



**ПРОБЛЕМИ
ЗАКОННОСТІ**

87

**Харків
2007**

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

**ПРОБЛЕМИ
ЗАКОННОСТІ**

**Республіканський міжвідомчий
науковий збірник**

Випуск 87

Засновано в 1976 р.

**Харків
2007**

ББК 67я5

П78

УДК 340(06)

Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В.Я. Тацій. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2007. – Вип. 87. – 189 с.

ISSN 0201-7245

У збірнику друкуються наукові статті, присвячені актуальним проблемам правознавства: теорії й історії держави і права, конституційного й державного будівництва, цивільного, трудового, фінансового, господарського, адміністративного, митного, екологічного, кримінального права, кримінального й цивільного процесів, криміналістики, питанням боротьби зі злочинністю.

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

Статті в збірнику друкуються мовою авторів.

Редакційна колегія: проф. В.Я.Тацій (відп.ред.); проф. М.І. Панов (заст. відп. ред.); проф. Ю.М. Грошевий (відп. секретар); проф. В.В.Сташис, проф. В.В. Комаров, проф. Ю.П. Битяк, проф. В.І. Борисов, доц. В.І. Борисова, проф. М.В. Буроменський, проф. В.М. Гарашук, проф. Л.М. Герасіна, проф. А.П. Гетьман, проф. В.В. Голіна, проф. В.Д. Гончаренко, доц. Г.С. Гончарова, проф. О.Г. Данильян, проф. І.М. Даньшин, проф. П.І. Жигалкін, проф. В.П. Жушман, доц. Д.В. Задохайло, проф. В.П. Колісник, проф. В.О. Коновалова, проф. Л.М. Кривоченко, проф. М.П. Кучерявенко, проф. С.І. Максимов, проф. І.Є.Марочкін, проф. О.В. Петришин, проф. В.К. Попов, доц. С.Г. Серьогіна, проф. А.М. Статівка, проф. М.М. Страхів, проф. В.І. Тертишніков, доц. В.Д. Ткаченко, проф. М.В. Цвік, проф. В.Ю. Шепітько, проф. М.В. Шульга.

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

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

© Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого, 2007

З М І С Т

<u>Лозо В.И.</u>	Развитие законодательства ЕС о защите озонового слоя.....	3
<u>Лизогуб В.А.</u>	Законодательное регулирование передвижения населения в Российской империи во второй половине XIX – в начале XX веков..	12
<u>Ольховський Б.І., Ольховський Є.Б. Пучковська І.Й.</u>	До питання взаємовідносин гілок влади в сучасних умовах.....	18
<u>Гусаров К.В.</u>	Щодо визначення юридичної природи завдатку.....	30
<u>Степанюк А.А.</u>	Деякі проблеми касаційного оскарження судових рішень у цивільних справах.....	38
<u>Туєва О.М.</u>	Правонаступництво і рецепція в міжнародному приватному праві.....	46
<u>Гордеев В.И. Шульга Т.М.</u>	Правові питання садівництва як форми підсобного сільськогосподарського землекористування громадян України.....	52
<u>Гордеев В.И. Шульга Т.М.</u>	Правовая классификация водных объектов. До питання про становлення й розвиток законодавства щодо оподаткування у сфері природокористування.....	58
<u>Зима О.Т.</u>	Деякі аспекти захисту права промислової власності в адміністративних судах.....	65
<u>Сіліч І.І.</u>	До питання про сутність і структуру адміністративного процесу.....	71
<u>Бех Г.В.</u>	Действие норм финансового права во времени, пространстве и по кругу лиц.....	77
<u>Чьонг Тхи Ким Зунг</u>	Правовой механизм налога на доход предприятий по законодательству Социалистической Республики Вьетнам.....	83
<u>Демидова Л.М.</u>	Майнова шкода як різновид тяжких наслідків злочину.....	89
<u>Дем'яненко Ю.І.</u>	Об'єкт злочину, передбаченого ст. 182 КК України «Порушення недоторканності приватного життя».....	97
<u>Дзюба Ю.П.</u>	Поняття офіційного документа як предмета злочину, передбаченого ст. 357 КК України	105
<u>Петрова Н.М.</u>	Звільнення особи від кримінальної відповідальності: загальні підстави й умови.....	112
<u>Оболенцев В.Ф.</u>	Використання статистичного обліку з метою вдосконалення правоохоронної діяльності.....	121
<u>Соколова Я.А.</u>	Виды промежуточных задач расследования при	125

	похищенніи человека.....	128
<u>Павлюк Н.В.</u>	Проблема стадійності формування показань неповнолітніх.....	134
<u>Кутоманов Д.Є.</u>	Заявлення обвинуваченим клопотання як засіб реалізації його права на захист на досудовому слідстві.....	141
<u>Щёкин Ю.В.</u>	Особенности формирования двусторонних международно-правовых обычаев.....	147
<u>Новиков О.В.</u>	Законодавче вето Президента Республіки Польща в політичній практиці країни.....	156
<u>Максимов С.И.</u>	Антропологическое обоснование права.....	161
<u>Невельська-Гордєєва О.П.</u>	Субкультури в нормативному полі.....	170
<u>Зархина С.Э.</u>	Проблемы языка в классической немецкой философии права.....	177

РАЗВИТИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ЕС О ЗАЩИТЕ ОЗОНОВОГО СЛОЯ

В рамках *Европейской политики соседства* 2005 г. [18] Европейский Союз и Украина согласовали Совместную рабочую программу, в рамках которой предусмотрены такие приоритеты, как гармонизация экологического законодательства и стандартов, приграничное и региональное сотрудничество в сфере охраны окружающей среды, содействие экологическим инвестициям в Украине, защита озонового слоя земли в рамках Монреальского протокола.

Использование опыта ЕС в этих сферах важно для Украины не только в силу разрешения экологических задач. Замена устаревших технологий, сокращение будущих затрат на ликвидацию негативных последствий, а также снижение риска несчастных случаев и заболеваний, вызванных неблагоприятными экологическими условиями, помогут Украине повысить эффективность экономики и укрепить социальное благополучие.

Этой проблеме уделяется большое внимание в экологических изданиях и периодической печати, но специальные историко-правовые исследования по этому вопросу в отечественной литературе не проводились.

Создание правовых основ сокращения и предупреждения негативных последствий истощения озонового слоя приобретает в последние десятилетия глобальное значение и тесно связано с угрозами парникового эффекта и изменения климата. Экологические исследования ЕС в начале 80-х годов показали, что состав атмосферы значительно изменяется действиями человека, что согласно доступным климатическим моделям может вызвать так называемый парниковый эффект, климатические модификации, имеющие серьезное воздействие на окружающую среду, на людей и их деятельность. Поэтому возникла неотложная потребность выявить возможности предотвращения риска, связанного с парниковым эффектом. Решения Совета 80/372/ЕЕС [2, р. 45] и 82/795/ЕЕС [3, р. 29] предусмотрели средства контроля за применением газов для начала двух видов (CFC 11 и CFC 12), вызывающих это явление. Решение Совета от 16 сентября 1986 г. о новых целях энергетической политики Сообщества и совместимости политики государств-членов [4, р. 1] призвало к поиску сбалансированных решений в области энергетики и окружающей среды.

Рассмотрению этой проблемы и выработке средств ее контроля была посвящена Венская конвенция 1985 г. [5, р.8, 9] о защите озонового слоя и Монреальский протокол 1987 г. о веществах, истощающих озоновый слой (CFC и halons), одобренные Решением Совета ЕС 88/540/ЕЕС [5, р. 8-28]. Стороны признали потенциально вредное воздействие на человеческое здоровье и окружающую среду модификации озонового слоя и, учитывая обеспеченную Уставом ООН и принципами международного права прерогативу каждого государства использовать собственные ресурсы в соответствии с национальной экологической политикой, указали на обязанность стран гарантировать, что действия в пределах их юрисдикции или контроля не наносят ущерба окружающей среде других государств или областей вне пределов национальной юрисдикции. Работа

по этому вопросу уже была проведена в рамках Всемирного плана действий ЮНЕП в сфере озонового слоя, а также профилактических акций на национальном и международном уровнях. Защита озонового слоя требует научно обоснованного международного сотрудничества, которое предполагает дальнейшие исследования и систематические наблюдения для расширения знаний об озоновом слое и выявления неблагоприятных эффектов его модификации на человеческое здоровье и окружающую среду.

Под «неблагоприятными эффектами» Конвенция имела в виду нарушения в физической окружающей среде или биоматерии с учетом изменений климата, вредно воздействующих на человеческое здоровье или на состав, устойчивость и производительность природных и искусственных экосистем, или на материалы, полезные для человечества. Альтернативные технологии или вещества означали процессы или элементы, использование которых уменьшает или устраняет неблагоприятное воздействие на озоновый слой.

В обязательства Сторон вошли: а) совместное систематическое наблюдение и обмен научной, технической, социально-экономической, коммерческой и юридической информацией; б) принятие соответствующих законодательных или административных мер и гармонизация экологической политики; в) определение согласованных мер, процедур и стандартов, а также г) сотрудничество с компетентными международными организациями. Осуществлению этих обязательств были призваны содействовать ежегодно созываемые Секретариатом Конференции сторон, которые могли определять процедуры и финансовые правила своей деятельности, осуществлять обзор выполнения Конвенции и интегрировать научную информацию, содействовать гармонизации политики, стратегий и мер защиты и минимизации воздействия на озоновый слой.

Решение Совета 88/540/ЕЕС оформило присоединение ЕС к Венской конвенции 1985 г. и Монреальскому протоколу 1987 г. В сравнении с решениями Совета 80/372/ЕЕС и 82/795/ЕЕС о контроле за двумя веществами Протокол расширял поле действия Конвенции и был призван служить защите озонового слоя посредством принятия предупредительных мер и контроля за глобальной эмиссией истощающих его веществ с окончательной целью их устранения на основе развития научного знания. Для содействия выполнению Протокола развивающимися странами предусматривались дополнительные финансовые ресурсы и доступ к соответствующим технологиям. Финансовый механизм строился на базе вкладов его участников как многосторонний Фонд, включая средства регионального и двустороннего сотрудничества. Стороны учредили Исполком для осуществления эксплуатационной политики, руководящих принципов и административных мер с учетом накопления ресурсов для достижения целей Фонда. Исполком действовал в сотрудничестве с Всемирным банком (МБРР), ЮНЕП, Программой развития и другими агентствами в зависимости от области их компетенции. Решения по возможности принимались консенсусом Сторон, а в случае несогласия – большинством в две трети голосов присутствующих.

Вещества, подлежащие контролю, вносились в специальные списки Приложений. Их потребление означало произведенное их количество плюс импорт минус экспорт подконтрольных веществ. Каждая Страна должна была гарантировать, что в течение 12-месячного периода расчетный уровень потребления подконтрольных веществ не превысит показатели 1986 г., с 1 июля 1993 г. до 30 июня 1994 г. составит 80 %, а с 1 июля 1998 г. до 30 июня 1999 г. – 50 % уровня 1986 г. Любая Страна, чей расчетный уровень в 1986 г. был меньше 25 килотонн, с целью индустриальной модернизации могла передавать или получать от другой Страны производство парниковых газов,

превышающее указанные пределы, при условии, что общий уровень производства заинтересованных Сторон не превысит установленные пределы.

Для реализации своих договорных обязательств Совет принял Регламент 3322/88 [5, р. 1] о веществах, истощающих озоновый слой, согласно которому многие государства-члены заключили ряд добровольных соглашений с изготовителями аэрозолей о прогрессивном сокращении этих веществ. Намечалось установить порядок ограничения использования последних. В сотрудничестве с промышленностью разрабатывались экологически приемлемые альтернативы. Решением от 14 октября 1988 г. [6, р.1, 2] Совет призвал стимулировать добровольные соглашения со всеми заинтересованными отраслями промышленности о замене CFC и halons в изделиях, оборудовании или процессах, использующих их. Ожидаемая пригодность альтернативных веществ зависела от их коммерческой пригодности, низкого потенциала истощения озона (ODP) и экологической приемлемости.

С учетом сложности парникового эффекта и многих далеко идущих последствий, в Решении Совета ЕС от 21 июня 1989 г., специально посвященном роли Сообщества в преодолении этой проблемы [7, р. 4, 5], указывалось, что выбору и принятию мер по его предотвращению или смягчению последствий должна предшествовать квалифицированная экспертиза. ЕС наращивал активность на международных форумах и стимулировал заключение международного соглашения по изменению климата в рамках ЮНЕП и ВМО. В соответствии с заключениями Совета от 2 марта 1989 г. Сообщество призвало к пересмотру к 1990 г. Монреальского протокола с целью сокращения использования CFC по крайней мере на 85 %, а к концу столетия – прекращения их производства и потребления. Предстояло принять меры и относительно других веществ, не охваченных Протоколом. ЕС также обязывался содействовать расширению масштабов лесонасаждения, покрытию растительностью территории Сообщества, международным усилиям по борьбе с разрушением тропических лесов и процессом опустынивания.

Комиссии поручалось в политических ориентациях Сообщества учитывать проблемы потенциального изменения климата, содействовать использованию альтернативных источников энергии, которые не вызывают парникового эффекта, и обеспечивать приоритетное внедрение инновационных рентабельных технологий с учетом интересов здравоохранения. ЕС помогал развивающимся странам в согласовании потребностей их развития с защитой озонового слоя, стимулировал исследования природы парникового эффекта, его потенциальных социально-экономических и экологических последствий.

Предложенная Комиссией программа включала: 1) разработку и техническую оценку мер и технологий по уменьшению эмиссии парниковых газов, в особенности CO₂, а также такой деятельности, как лесонасаждение и предотвращение лесных пожаров, которые усугубляют парниковый эффект; 2) анализ и коррекцию экологической, экономической, индустриальной, энергетической, социальной и аграрной политики; 3) оценку и выбор экологической эффективности различных политических решений с помощью их структурного анализа; 4) меры адаптации к прогнозируемым вследствие парникового эффекта ситуациям.

Комиссии предстояло координировать выполнение этой программы с Межправительственной группой по изменению климата и государствами-членами, совместно обеспечивая информированность общественности о парниковом эффекте и действиях, необходимых для борьбы с ним, о потребности международных усилий и востребованности вклада каждого гражданина.

На саммите 1990 г. в Дублине Европейский Совет призвал к безотлагательному принятию стратегий по ограничению эмиссии парниковых газов и повышению

эффективности энергетики. Осуществлять их предписывалось на базе концепции равноправного распределения бремени и механизма контроля и интегрированной оценки обзоров энергетических программ государств-членов. Совет министров по окружающей среде и энергетике поставил задачу к 2000 г. стабилизировать общую эмиссию CO₂ на уровне 1990 г. Страны ЕС, которые начинали с относительно низких уровней потребления энергии и эмиссии, приняли обязательства сообразно их экономическому и социальному развитию.

Научные исследования подтверждали истощение озонового слоя, концентрацию в атмосфере парниковых газов и необходимость прогрессивного сокращения их производства и применения. Поэтому рекомендации Комиссии 90/437/ЕЕС и 90/438/ЕЕС ограничили использование Сообществом CFC в пенопластовой индустрии и холодильной промышленности [8, р.26-30]. Европейские производители CFC, представленные Европейской Федерацией химической промышленности (CEFIC), объявили, что там, где это технически выполнимо, они возвратят и переработают используемые CFC. Холодильная промышленность Сообщества разработала свод правил (SECOMAF GT1-001) по проектированию, установке, обслуживанию и ремонту охлаждающего оборудования, а также по ликвидации отходов, чтобы сократить выбросы CFC в атмосферу. Исходя из этого, Комиссия предложила всем производителям охлаждающего оборудования и кондиционеров воздуха уменьшить потребление halogenated CFC на 25 % к концу 1991 г. и на 50 % к концу 1993 г. относительно потребления 1986 г. (28 800 тонн).

Научные исследования показали, что для адекватной защиты озонового слоя необходима более высокая степень наблюдения за указанными газами и взятие под контроль ряда дополнительных веществ. Поэтому Решения Совета в Лондоне в 1991 г. [9, р. 28-40] и в Копенгагене в 1994 г. [12, р. 1-10] внесли поправки о дальнейшем расширении действия Монреальского протокола. Кроме того, Сторона, которая в течение контрольного периода не использовала свои квоты, могла передавать другой Стороне часть расчетного уровня потребления подконтрольных веществ при условии, что он не превышает 0,25 кг на душу населения в 1989 г. и что общий объем расчетных уровней потребления заинтересованных Сторон не превышает установленные пределы потребления.

Пятая экологическая программа ЕС 1993 г. [10, р. 1] в качестве одной из основных целей достижения устойчивого развития выделила борьбу с факторами изменения климата в соответствующих экономических секторах, включая контроль за эмиссиями CO₂ и других парниковых газов. Решение Совета 93/389/ЕЕС установило механизм контроля за этими эмиссиями в Сообществе [11, р. 31-33].

Рамочная Конвенция ООН об изменении климата (UNFCCC), подписанная в Рио-де-Жанейро в 1992 г. [13, р. 11-28] и вступившая в силу 21 марта 1994 г., обязала Стороны принимать меры по ограничению антропогенной эмиссии CO₂ и других парниковых газов, не охваченных Монреальским протоколом, с целью возвращения к концу десятилетия к уровням эмиссии 1990 г. Установленный механизм контроля был призван гарантировать последовательность выполнения этих обязательств. Государствам-членам предписывалось внедрение национальных программ по ограничению своей антропогенной эмиссии CO₂ для их стабилизации в Сообществе в целом и выполнения обязательств по данной Конвенции. Причем с участием Комиссии и специального Комитета ежегодно следовало производить оценку реализации этих программ и состояния эмиссии в ЕС.

Конечная цель UNFCCC и сопутствующих ей юридических инструментов, которые

могла внедрять Конференция Сторон, состояла в стабилизации концентраций парниковых газов в атмосфере на уровне, который предотвратил бы опасное антропогенное вмешательство в климатическую систему без угрозы устойчивому развитию. Наибольшая доля глобальной эмиссии парниковых газов приходилась на развитые страны. Эмиссия на душу населения в развивающихся странах оставалась относительно низкой, но росла соразмерно потребностям их развития. Государствам предписывалось принимать эффективное экологическое законодательство, в котором стандарты окружающей среды, цели управления и приоритеты будут гарантировать, что действия в пределах их юрисдикции или управления не нанесут ущерб окружающей среде других государств.

Несмотря на неуверенность в прогнозах изменения климата, глобальный характер проблемы требовал самого широкого сотрудничества всех стран в принятии эффективных и адекватных мер. Особенно уязвимыми для парникового эффекта признавались страны и острова, засушливые области или регионы, подверженные наводнению, а также развивающиеся страны с хрупкими экосистемами, чья экономика зависела от экспорта ископаемого топлива. Поэтому во избежание неблагоприятных последствий ответные меры на изменение климата следовало координировать с социально-экономическим развитием с учетом приоритетов экономического роста, ликвидации бедности, восполнения роста потребления энергии и эффективности энергетики при контроле за эмиссией парниковых газов.

В неблагоприятные последствия изменения климата вслед за Венским соглашением данная Конвенция включала пагубные нарушения в социально-экономических системах, человеческом здоровье и благосостоянии. Изменение климата было определено как антропогенная трансформация, которая нарушает состав глобальной атмосферы, в дополнение к чему естественная перемена климата наблюдается в сопоставимые периоды времени. В климатическую систему включались атмосфера, гидросфера, биосфера и геосфера в их взаимодействии.

Конвенция определяла ряд принципов:

1. Соразмерная возможностям мирового сообщества защита климатической системы во имя нынешних и будущих поколений людей.
2. Учет особенностей развивающихся стран, уязвимых для неблагоприятных воздействий изменения климата, и тех Сторон, на которые по Конвенции может быть возложено непропорциональное бремя.
3. Предотвращение или минимизация причин изменения климата и его неблагоприятных последствий. В случае угрозы экологического ущерба, недостаток научной уверенности не должен служить причиной отсрочки предупредительных мер. Рентабельная экологическая политика должна гарантировать глобальные выгоды при минимальной цене с учетом особенностей регионов и всех источников парниковых газов.
4. Внедрение устойчивого развития посредством политики защиты климатической системы от антропогенных изменений в соответствии с национальными программами и с учетом роли экономики в предупреждении изменения климата.
5. Формирование благоприятной и открытой международной экономической системы, способной к устойчивому развитию всех участников Конвенции.

Национальные и региональные приоритеты развития потребовали закрепления обязанностей Сторон:

- а) использовать сопоставимые методологии, совершенствовать национальные списки антропогенных источников эмиссии парниковых газов, не охваченных Монреальским протоколом;

b) осуществлять национальные и региональные программы мер по смягчению изменения климата и по адаптации к нему;

c) сотрудничать в развитии и распространении технологий, методов контроля и в предотвращении антропогенных эмиссий в индустрии и аграрном секторе;

d) внедрять устойчивый контроль за источниками парниковых газов, включая биомассу, леса и океаны, а также другие земные и морские экосистемы;

e) сотрудничать в адаптации к воздействиям изменения климата, в интегрированном планировании управления прибрежными зонами, водными ресурсами и сельским хозяйством, а также в восстановлении областей, пострадавших от засухи или наводнений;

f) учитывать изменение климата в социальной, экономической и экологической политике; для уменьшения неблагоприятных воздействий на экономику, здравоохранение и качество окружающей среды использовать национальные методы оценки воздействия проектов или мер по смягчению изменения климата;

g) содействовать систематическим исследованиям причин и последствий изменения климата, а также разработке стратегий ответных действий;

h) осуществлять обмен научной, технологической, социально-экономической и юридической информацией, связанной с климатической системой;

i) посредством образования и обучения содействовать широкому пониманию проблем изменения климата с привлечением общественности и НПО.

Развитым странам была уготована роль лидеров в изменении долговременных антропогенных тенденций с учетом различий в стартовых позициях и подходах Сторон, их экономических структур и базовых ресурсов, потребностей устойчивого экономического роста, доступных технологий и других индивидуальных обстоятельств. Степень осуществления развивающимися странами своих обязательств зависела от эффективного выполнения таковых странами развитыми. Для контроля за осуществлением Конвенции была создана Конференция Сторон во главе с Секретариатом.

UNFCCC обязала все Стороны периодически обновлять национальные данные об антропогенной эмиссии, не охваченной Монреальским протоколом, и программы по смягчению изменения климата. Чтобы учесть при этом требования Киотского протокола, Решение Совета 1999/296/ЕС [14, р. 35-38] во изменение Решения 93/389/ЕЕС установило прозрачный и точный контроль всех парниковых газов с включением в национальные программы оценки результатов политики сокращения эмиссии как минимум для шести указанных веществ и инструментов, предусмотренных для выполнения экологического законодательства Сообщества.

Производство и потребление подконтрольных газов последовательно сокращается [15, р.14-18]. Разрешается использование только веществ, необходимых для здоровья, безопасности и функционирования общества (включая культурные и интеллектуальные аспекты) при отсутствии приемлемых заменителей. Импорт подконтрольных веществ из третьих стран и их допуск к свободному обращению в Сообществе подчинен установленным квотам [16, р. 31] с тенденцией уменьшения их производства, импорта и использования при минимальном вмешательстве в деятельность рынка. Согласно поправкам, внесенным в Монреальский протокол в 2000 г. [17, р.26-28], Сторонам в течение года предписывалось запретить импорт и экспорт подконтрольных веществ государствам, не состоящим участниками этого Протокола, внедрить систему лицензирования их импорта и экспорта, а также гарантировать к 2000 г. сведение производства и потребления этих веществ к нулевым показателям.

Таким образом, истощение озонового слоя, защищающего землю от избытка солнечной радиации, стало одной из глобальных проблем. Производство и использование фреонов и других химических веществ, вызывающих этот процесс, ограничено Венской конвенцией 1985 г., Монреальским протоколом 1987 г. и законодательством, обеспечивающим их выполнение. С 1989 г. производство этих веществ сократилось на территории ЕС на 90 %, постепенно они исчезают из атмосферного воздуха. Ожидается, что с 2020 г. озоновый слой начнет восстанавливаться с ощутимыми для Европы результатами к 2050 г. [1] Украина же, будучи участницей указанных Конвенции и Протокола, вносит посильный вклад в разрешение этой глобальной проблемы.

Список литературы: 1. Энтин М. Необходимый элемент глобализации // Европа: Журн. Комиссии ЕС. – № 36. – 2004. – Февр. 2. Official Journal of the EU: Luxembourg, L 90, 3.4.1980, p. 45. 3. OJ L 329, 25.11.1982, p. 29. 4. OJ C 241, 25.9.1986, p. 1. 5. OJ L 297 31.10.1988 p.8-28 с изм.: OJ L 377 31.12.1991 p.30-40; OJ L 033 07.02.1994 p.3. 6. OJ C 285 9.11.1988 p.1-2. 7. OJ C 183 20.07.1989 p.4-5. 8. OJ L 227 21.08.1990 p.26-30. 9. 91/690/ЕЕС; OJ L 377 31.12.1991 p.28-40. 10. OJ C 138, 17.5.1993, p. 1. 11. OJ L 167 9.07.1993 p.31-33 с изм. OJ L 117 5.05.1999 p.35. 12. 94/68/ЕС; OJ L 033 07.02.1994 p.1-10. 13. 94/69/ЕС; OJ L 033 7.02.1994 p.11-28. 14. OJ L 117, 5.05.1999 p. 35 - 38. 15. 2000/22/ЕС; OJ L 007 12.01.2000 p.14-18. 16. 2000/379/ЕС; OJ L 139 10.06.2000 p.31. 17. OJ L 272 25.10.2000 p.26-28. 18. www.delukr.cec.eu.int.

Надійшла до редакції 02.10.2006 р.

УДК 340(47+57)(091)"18-19" В.А. Лизогуб, канд. юрид. наук
*Национальная юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого, г. Харьков*

ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПЕРЕДВИЖЕНИЯ НАСЕЛЕНИЯ В РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ ВО ВТОРОЙ ПОЛОВИНЕ XIX – В НАЧАЛЕ XX ВЕКОВ

Современная независимая Украина выбрала свой путь исторического развития: она строит демократическое социальное правовое государство. Актуальной проблемой на пути демократизации Украины является формирование гражданского общества, важным элементом которого выступает свобода передвижения.

Во второй половине XIX – начале XX века в истории Российской империи, в состав которой входили украинские земли, проблема свободы передвижения населения приобрела распространение в юридической литературе, происходит закрепление данного института и в законодательстве.

На наш взгляд, актуальными задачами исторического исследования данной проблемы являются: а) определение основных подходов представителей власти, ученых того времени к законодательному регулированию свободы передвижения и б) раскрытие характерных черт законодательства о свободе передвижения.

Исследовали данную проблему в дореволюционный период А.С. Алексеев, А.Д. Градовский, В.В. Ивановский, М.М. Коркунов, М.М. Свешников [см.: 1-3]. Они оценивали законодательство о свободе передвижения как полицейское.

Основными нормативными актами, регулирующими передвижение российских подданных и иностранцев в конце XIX – начале XX в., были Положение о видах на жительство и Устав о паспортах и беглых [7, ст. 68]. Эти документы переняли все основные черты паспортной системы, возникшей еще при Петре I и действовавшей без особых изменений при его преемниках [2, с. 334]. С петровских времен развитие законодательства о паспортах находилось в тесной связи с существованием подушной подати и рекрутских наборов. Паспорта служили средством контроля над путешествующими лицами. С их помощью государство выявляло всех подозрительных и так называемых «гулящих» лиц. Те, кто не имел паспортов, автоматически признавались за «недобрых или за прямых воров» [7, ст. 3445].

Через полтора века ст. 1 Устава о паспортах и беглых (1890 г.) в таком же духе закрепляла следующее положение: «Никто не может отлучиться с места своего постоянного жительства без узаконенного вида или паспорта» [7, ст. 1]. Понимание «места постоянного жительства» лица зависело от разных факторов. Согласно ст. 2 указанного Устава им считалось место: 1) «где кто обязан службою или состоит в ведомстве оной; 2) где находится недвижимое его имущество, в коем он имеет постоянное пребывание; 3) где кто, быв записан в книгах дворянских, городских или ревизских, имеет водворение» [7, ст. 2].

Все подданные Российской империи должны были быть где-нибудь приписаны. Там, где лицо было приписано, оно считалось «водворенным», т.е. имеющим оседлость [1, с. 259]. При этом определяющее значение для установления места постоянного жительства имела принадлежность к тому или иному сословию. Наиболее детально определялась оседлость, конечно же, в отношении дворян. В том случае, если дворянин не находился на государственной службе, учитывалось место нахождения его недвижимого имущества. Кроме того, дворяне, не имевшие недвижимого имущества, должны были записываться в родословные книги губернии, а которые доказали по предкам наличие прав данного состояния, записывались в книгу той губернии, где владели имениями их предки (ст. 2, 4). Те, которые получили дворянство и дослужились до соответствующего чина или были награждены орденом, дающим право на дворянство, заносились в книгу губернии, где они желали быть записаны [7, ст. 1103, 1104].

Некоторая специфика в определении постоянного места жительства существовала в отношении духовенства. Местом постоянного жительства лиц, принадлежащих к белому духовенству и приписанных к своим церквям, считались церкви, где они состояли в должности. Местом постоянного жительства монахов, приписанных к монастырям, считались эти монастыри [7, ст. 52].

Постоянным местом жительства купцов считалось место, где им выдали гильдейское свидетельство [7, ст. 79].

Местом оседлости лиц так называемых «податных состояний» признавались волости и общества, к которым они были приписаны: а) для мещан это был город, где они были записаны в обывательские книги [7, ст. 4]; б) для крестьян оно определялось в селах и местах, где они были записаны в подушный оклад [7, ст. 7]; в) для ремесленников и посадских это было место записи в цехи и посады и уплаты государственных повинностей [7, ст. 6].

Выбор постоянного места жительства, в принципе, зависел от свободного волеизъявления заинтересованного лица. Вместе с тем условия перемены оседлости существенно различались в зависимости от принадлежности к тому или иному сословию. Наибольшей свободой в выборе места оседлости обладали дворяне и купцы. Купец мог записаться в купеческую гильдию любого города, который впоследствии и

рассматривался как место его постоянного жительства. Свобода в его перемене для представителей податных сословий была стеснена в гораздо большей степени. Условия такой перемены отличались особой сложностью и имели тем самым явно выраженный дискриминационный характер. Лицо, изъявившее желание изменить место своей оседлости, т.е. перейти из одного податного общества в другое, было обязано предоставить увольнительный приговор одного сословного общества и получить согласие другого [1, с.261].

Характерной особенностью Российской империи было то, что в ней существовали определенные ограничения в праве на перемену постоянного места жительства по национальному и религиозному признакам [7, ст. 11, 12].

В Российской империи были установлены различные паспорта и виды для отдельных категорий подданных. Для лиц привилегированных сословий получение указанных документов не было сопряжено с какими-либо стеснительными формальностями. Для лиц податных сословий, напротив, существовало много дополнительных условий, которые существенно затрудняли получение паспортов. Так, мещане и крестьяне при получении паспорта были зависимы от сословных обществ и тем самым находились в более стесненном положении [1, с. 262].

Российское законодательство предусматривало выдачу только срочных паспортов, за исключением чиновников, уволенных со службы, их вдов и дочерей, отставных нижних воинских чинов и их жен [7, ст. 40]. Данные категории подданных, как и дворяне, получали паспорта для временных отлучек без срока и денежного взноса. Купцам выдавались годовые свидетельства, которые служили заменой паспорта. Они могли повсеместно жить и отлучаться, используя свидетельства, которые выдавались каждому лицу мужского пола, записанному в один патент с главой купеческого семейства по правам торговли [1, с. 262]. С 4 января 1863 г. купеческие паспорта были заменены особыми свидетельствами о принадлежности к купеческому сословию. Лица, получившие такие свидетельства, не обязаны были иметь какой-либо другой документ, чтобы свободно проживать на территории всей Российской империи [7, ст. 79].

Право на передвижение гражданских и военных служащих помимо регламентации Уставом о паспортах и беглых было связано с их служебным положением: служащие не имели права отлучаться без разрешения своего ближайшего начальства [7, ст. 51]; священнослужители и монахи – покидать место жительства без разрешения своего духовного начальства [7, ст. 64-67, 73-75]; представители духовенства – являться без особого разрешения в Москву и Санкт-Петербург [7, ст. 79, 80].

Для податных сословий существовали следующие виды паспортов: а) простые письменные; б) билеты, выдаваемые на обыкновенной гербовой бумаге, облагаемые гербовым сбором; в) печатные плакатные паспорта [7, ст. 80, 111]. Порядок их выдачи четко разграничивал сословия податные от привилегированных. Жесткий контроль относительно первых был обусловлен необходимостью обеспечения надлежащего выполнения повинностей и выплаты податей. В дореформенную эпоху для лиц податного состояния одной из наиболее тяжелых была воинская повинность (рекрутство). Однако и после замены рекрутства всеобщей воинской повинностью на волостные правления, мещанские и ремесленные управы была наложена обязанность при выдаче паспортов соблюдать правила, обеспечивающие отбывание воинской повинности, хотя Устав о воинской повинности и не содержал в себе этих правил [2, с. 338].

Для достижения финансового и полицейского контроля служил также другой элемент паспортной системы – так называемая явка паспортов. Путешествующее лицо должно было предъявлять его на заставах, а при въезде в город – полицейскому начальству,

которое было обязано, зарегистрировав паспорт, возвратить его назад в безвозмездном порядке [7, ст. 331]. Кроме того, каждое лицо, изменяющее свое местожительство и поселяющееся на новом месте, должно было заявить об этом хозяину дома и отдать ему свой паспорт для прописки [6, ст. 58, 59].

За нарушение постановлений о паспортах в дореволюционном российском законодательстве была разработана определенная система санкций, которые содержались прежде всего в Уставе о предупреждении и пресечении преступлений и Уложении о наказаниях уголовных и исправительных. Одним из наиболее серьезных правонарушений считалось отсутствие паспорта. В законодательстве четко прослеживалась своего рода презумпция, согласно которой предполагалось, что лица, не имеющие паспортов, совершили какие-либо преступления. Они сразу же подводились под понятие беглых или бродяг [2, с. 340]. При этом в дореволюционной юридической науке проводилось различие между этими двумя понятиями. «Беглым называется лицо, отлучившееся с места своего постоянного жительства без узаконенного вида и без разрешения своего общественного или правительственного начальства. Под именем бродяги разумеется лицо, которое не только не имеет узаконенного вида, но и не может доказать своего состояния или упорно отказывается от этого» [2, с. 340].

Выезд за границу также требовал наличия паспорта. Здесь различались два понятия – «выход из подданства» и «временная отлучка». Законодательство Российской империи не содержало точных указаний и нигде не закрепляло права перехода из подданства России в подданство других государств. Устав о паспортах по поводу отлучек за границу различал лишь паспорта с возвратом и паспорта без возврата. Первые выдавались русским подданным, вторые – только иностранцам. Для выхода из российского подданства необходимо было получить особое разрешение и соблюсти особую процедуру. Косвенные указания на возможность изменения подданства содержал Устав о воинской повинности [2, с. 341]. Статья 3 Устава гласила: «Лица мужского пола, имеющие от роду более пятнадцати лет, могут быть увольняемы из русского подданства лишь по совершенном отбытии ими воинской повинности, или же по вынужденности жеребья, освобождающего их от службы в постоянных войсках» [5, ст. 3]. Более того, законодательство не регламентировало достаточно определенным образом порядка такого увольнения, а наоборот, строго запрещало самовольное оставление отечества, неявку лица из-за границы по вызову правительства и подстрекательство к переселению в иностранные государства [2, с. 341].

Временный выезд за границу разрешался при условии получения узаконенного паспорта, который был действителен в течение 5-ти лет и облагался 5-10-рублевой пошлиной. Лицам, выехавшим за границу, не было прямо запрещено оставаться там более 5-летнего срока, при условии, что им не будет предписано со стороны правительства вернуться. Лица, просрочившие свои паспорта, были обязаны уплатить при возвращении за каждые полгода просрочки по 4 руб. 50 коп. [2, с. 342]. Лицо, выбывшее за границу, было обязано при первом требовании вернуться на родину.

Желающий отбыть за границу должен был иметь не менее 25 лет от роду. Исключение из данного правила составляли: лица, владевшие землей в нескольких государствах, и лица, отправляющиеся за границу для излечения болезни, получения наследства, усовершенствования в науках, художествах и т. д.

Иностранец мог приехать в Россию либо в качестве временного путешественника, либо как переселенец. В качестве временного путешественника иностранец должен был иметь паспорт своего государства, визированный русским посольством. Прибыв в Российскую империю, иностранец предъявлял паспорт губернатору губернии, где

останавливался. После чего паспорт отбирался, а взамен его выдавался новый [2, с. 342].

В Российской империи, приезжие иностранцы рассматривались как временные подданные, которые были обязаны исполнять все законы, касающиеся порядка и благоустройства в государстве [3, с. 167]. Иностранцы переселенцы могли быть приняты только при условии предъявления особых, так называемых «кордонных свидетельств» от своего начальства. Отсутствие такового влекло за собой различные негативные последствия, предусмотренные Уложением о наказаниях уголовных и исправительных, Уставом о предупреждении и пресечении преступлений и другими законами. В любое время иностранцы могли быть высланы обратно в свою страну. В случае самовольного въезда в Российскую империю иностранец мог быть подвергнут наказанию наравне с бродягами [4, ст. 954].

Исходя из изложенного, можно сделать вывод о том, что законодательство Российской империи конца XIX – начала XX вв., регулирующее вопросы передвижения российских подданных и иностранцев, было крайне консервативным. Право на свободный выбор места жительства могло быть реализовано в зависимости от принадлежности к определенному сословию, национальности и исповедуемой религии. При этом наибольшие ограничения касались наименее обеспеченных и наиболее зависимых слоев населения – мещан, рабочих и крестьян. В привилегированном положении были представители дворянства и купечества. Реализация права на выбор места жительства церковнослужителей зависела от наличия и уровня духовного звания.

Существовавшая паспортная система имела дискриминационный характер и обеспечивала тотальный контроль за передвижением в государстве как своих подданных, так и иностранцев.

В паспортной системе наиболее ярким образом проявились черты Российской империи как полицейского государства.

Список литературы: 1. Алексеев А.С. Русское государственное право: Конспект лекций. – М.: Тип. А.А. Гатцука, 1982. – 473, XI с. 2. Градовский А.Д. Начала русского государственного права. – Т.1: О государственном устройстве. – М.: Тип. Стасюлевича, 1875. – 436 с. 3. Свешников М.Н. Русское государственное право: Пособ. к лекциям. – СПб.: Тип. Вольфа, 1896. – 363 с. 4. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 г. – 5-е изд., доп. – СПб.: Изд. Н.С. Таганцева, 1886. – 714 с. 5. Устав о воинской повинности // Свод законов Российской империи – СПб., 1874. Т 4. – Ст 3. 6. Устав о наказаниях налагаемых мировыми судьями. – СПб., 1885. – 36 с. 7. Устав о паспортах и беглых // Свод законов Российской империи. – СПб.: Тип. Собств. Его Имп. Величества канцелярии, 1892. – Т 14. – С. 1-84.

Надійшла до редакції 01.11.2006 р.

УДК 342.33(477) **Б.І. Ольховський**, канд. юрид. наук, професор
*Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків*
Є.Б. Ольховський, канд. юрид. наук
суддя Ленінського суду, м. Харків

**ДО ПИТАННЯ ВЗАЄМВІДНОСИН ГІЛОК ВЛАДИ
В СУЧАСНИХ УМОВАХ**

Проблема взаємовідносин гілок влади, починаючи з прийняття Конституції України 1996 р., завжди залишалася злободенною. Питання їх діяльності неодноразово порушували правознавці й політики, як-то: М.В. Баглай, Б.Н. Габричидзе, В.В. Долежан, В.М. Литвин, І.С. Плющ, С.Г. Серьогіна, В.Я. Тацій, П.М. Федорін, І.М. Шаркова [Див.: 1-9].

Згідно з Конституцією глава держави не належить до жодної з гілок влади, але він наділений досить великим обсягом повноважень. Однак за період свого перебування на посту Президента Л.Д. Кучма й особливо його оточення постійно конфліктували з Верховною Радою. Згадаймо ситуацію з прийняттям Конституційного договору. Майже весь час у країні гостро стояло питання реалізації конституційного принципу поділу влади, що потребувало ефективного застосування конституційних важелів – стримувань і противаг у взаємовідносинах усіх без винятку органів державної влади [5, с. 4]. Слід погодитися з І.С. Плющем, який стверджує, що створення ділового організаційно-правового механізму реалізації парламентом його конституційних законодавчих і контрольних повноважень, посилення впливу Верховної Ради на життя суспільства й держави є реальною гарантією реалізації його принципу, а це унеможливило узурпацію державної влади будь-яким органом або особою, стає суттєвою противагою тенденціям відмови від демократичного державоустрою [5, с. 4].

За сучасних умов важливим питанням стає як ефективність функціонування державної влади, так і його механізм та форми. Доцільно розглянути співвідношення й форми взаємодії найважливіших державних органів України – Верховної Ради і Президента. Аналізуючи конституційні норми, можна визначити декілька різноманітних форм їх співпраці цих органів.

Важливою формою співпраці, безперечно, є обов'язок Президента звертатися з посланнями до Верховної Ради України про зовнішнє і внутрішнє становище держави, у яких згідно з Конституцією можуть бути як черговими, так і позачерговими. У посланнях ідеться про ситуацію, що склалася в країні в політичній, економічній, культурній, соціальній та інших сферах. На підставі цього Президент пропонує можливі варіанти виходу з положення, що склалося. Позачергові послання до Верховної Ради проголошуються у випадках екстраординарних ситуацій загальнодержавного характеру й мають за мету закликати парламент до результативної співпраці для подолання екстремальних явищ. Такі послання Президента є не лише простою формальністю, а й надійним способом забезпечення поінформованості парламенту про стан справ у державі, особливо тих, що знаходяться у віданні органів виконавчої влади. Вони набувають особливої актуальності як форма співпраці. Держава постійно відчуває економічні й соціальні негаразди, а послання забезпечують своєчасну реакцію на них і мобілізацію зусиль усіх гілок влади для їх вирішення.

Конституція надає право Президентіві припиняти повноваження Верховної Ради, якщо протягом 30 днів однієї чергової сесії пленарні засідання не можуть розпочатися. Це яскравий приклад складової частини механізму стримувань і противаг. Парламент має бути дієздатним, тому необхідно розробляти механізм, який забезпечував би належну роботу Верховної Ради. Конституція 1996 давала право Президентіві контролювати роботу парламенту. Зрозуміло, що ситуації, у якій парламент не розпочинав би роботу протягом 30 днів, практично не буде. Здавалося б, що ця норма не потрібна, але вона виконує стимулюючу роль, установлюючи можливість впливу Президента на парламент, що властиво правовій державі, адже цим реалізується механізм стримувань і противаг. У той же час ця норма закріплює форму співробітництва цих двох органів.

Говорячи про їх взаємовідносини, треба звернути увагу на низку повноважень

Президента і Верховної Ради, які мають реалізуватися разом, тобто йдеться про різноманітні призначення посадових осіб [3, с. 4]. Спільні повноваження цих органів при призначенні на вищі державні посади в органах виконавчої влади вимагають від них високої взаємної довіри і згоди щодо державних інтересів.

Президентське право законодавчої ініціативи також потрібно розглядати як важливу форму взаємодії Президента і Верховної Ради. У цих випадках таку ініціативу слід розглядати як точку зору Президента на політичні, економічні й соціальні процеси суспільства. За Конституцією глава держави повинен чітко реагувати на них і вносити відповідні корективи у виді законопроектів. Це зумовлено тим, що Президент, будучи ближче до виконавчих органів влади, краще володіє ситуацією, що складається у процесі виконання законів.

Основний Закон проголошує, що Верховна Рада має позачергово розглядати законопроекти, визначені Президентом як невідкладні. Глава держави може безконтрольно, на свій розсуд користуватися цим правом. Із часів президентства Л.Д. Кучми у Верховній Раді постійно знаходилося близько 150 законопроектів, визначених Президентом як невідкладні. Така ситуація не сприяла взаєморозумінню й ефективній співпраці між цих органів.

Заслужує на увагу конституційне право президентського вето, яке можна розглядати як важливий момент у взаємодії Президента з Верховною Радою. Це досить суттєвий елемент у протидії між гілками влади в разі лобювання певних законопроектів. Подібна ситуація може сприяти зловживанням. Декілька разів Верховна Рада голосувала законопроект про Кабінет Міністрів, Президент неодноразово накладав на нього вето, навіть коли парламент подолав вето, він не хотів підписувати закон. Доцільно закріпити на конституційному рівні норму, коли б вето діяло впродовж чітко визначеного строку, а після його закінчення законопроект вважався б таким, що набрав законної сили. У такому разі з Президента знімалася б відповідальність щодо цього закону і, навпаки, накладалася б у разі, коли такий закон був потрібен, а глава держави відмовився його підписати без належних об'єктивних причин.

Президент має право призначати всеукраїнський референдум щодо внесення змін до Конституції України. Цей важливий засіб впливу, хоча й непрямий, але суттєво важливий. За його допомогою глава держави може провести свої конституційно-правові норми, які відмовився приймати парламент. Таке право Президента примушує Верховну Раду узгоджувати з ним проекти змін і доповнень до Конституції. Право призначати всеукраїнський референдум щодо змін до Конституції слід розглядати як складову частину механізму стримувань і противаг між органом законодавчої влади і Президентом.

Незважаючи на широкий обсяг повноважень Президента, для забезпечення ефективної взаємодії між ним і парламентом доцільно продовжувати пошуки нових форм співробітництва між цими органами державної влади. Діяльність постійного представника Президента у Верховній Раді теж має за мету поліпшення взаємовідносин між ними.

Відповідно до чинних нормативних актів постійний представник Президента у Верховній Раді є посадовою особою, уповноваженою ним забезпечувати взаємодію між главою держави й парламентом.

Ми погоджуємося з В.В. Долежаном, що принцип поділу влади, закріплений у ст. 6 Конституції, за своїм змістом не обмежується відгалуженням у державному механізмі окремих гілок влади. За сучасних умов державного розвитку України важливим є збереження і зміцнення авторитету Президента як глави держави [3, с. 169]. Ніхто не

вправі узурпувати державну владу (ст. 5), відповідно до чого й будується вся її організація, а носієм і єдиним джерелом цієї влади є народ України.

Послідовне проведення в життя, у політичну практику цих конституційних принципів залежить від оптимального співвідношення реальних повноважень усіх гілок влади, насамперед законодавчої й виконавчої. Будь-якому політичному режиму це співвідношення є однією з основних характеристик. Звичайно, посилення повноважень виконавчої влади за рахунок обмеження повноважень влади законодавчої веде до авторитарного режиму, а обмеження або позбавлення реальної самостійності парламенту, перетворення його на орган, підконтрольний виконавчим органам держави, обов'язково призведе до тоталітаризму. Лише в умовах демократії співвідношення цих галузей влади є певним балансом.

Взаємовідносини між виконавчою владою і парламентом визначаються формою державного правління. В Україні до останнього часу була президентсько-парламентська республіка, зараз у результаті внесення змін до Конституції стала парламентсько-президентською. Якщо раніше припускалася можливість втручання Президента у взаємовідносини парламенту з виконавчою владою (Президент як глава держави при цьому відігравав досить значну роль, виступаючи від імені держави (ст. 102), хоча й не був главою виконавчої влади), то зараз ситуація суттєво змінилася. Відбувся перерозподіл повноважень, які суттєво розширилися у парламенту й уряду, особливо їх керівництва.

Важливим є те, що недостатній парламентський вплив на діяльність виконавчої влади проковує останню застосовувати недемократичні методи управління суспільством, сприяє зростанню корупції й тіньової економіки, породжує інші форми зловживань у суспільстві, якому завжди потрібен дієздатний, націлений на співробітництво з виконавчою владою парламент. Без цього відновлення рівноваги у відносинах між трьома гілками влади неможливе. Гальмує роботу парламенту й недосконалість виборчого процесу та недостатня законодавча база, що регулює його діяльність. Сучасні виборчі технології не дають виборцям можливості об'єктивно розібратися з моральними й діловими якостями претендентів, у результаті чого до числа народних депутатів України нерідко потрапляють популісти або особи (олігархи, наприклад), інтереси й амбіції яких досить важко пов'язати з інтересами громадян. Існуюча виборча практика не сприяє стабільності роботи парламенту, що також пояснюється різкою зміною кількісного та якісного складу депутатського корпусу в результаті перевиборів. Через таку «ротацію» до парламенту приходять «конституційна більшість», коаліція, яка не досить обізнана з парламентською діяльністю й недостатньо до неї підготовлена. Активіст – член партії чи олігарх, який зробив суттєвий внесок до каси однієї з партій і за це отримав прохідне місце в партійному списку, ще зовсім не гарантія того, що ці люди будуть хорошим депутатом-законотворцем, від чого залежить ефективність діяльності Верховної Ради.

Для новообраного парламентаря період набуття необхідних професійних навичок триває мінімум рік, його представницькі й законодавчі функції досить складні, оволодіти якими повною мірою може далеко не кожний. Неприпустимо, коли наукове забезпечення законодавчого процесу фактично ігнорується. Ефективність роботи парламенту залежить насамперед від якості прийнятих законів і забезпечення контролю за їх виконанням. Для діяльності парламенту на сьогодні характерна безсистемність підготовки й розгляду законопроектів. Значна чисельність народних депутатів не досить чітко усвідомлює своє місце й роль у законодавчому процесі.

Народні депутати, як складова частина парламенту, мають спрямувати свої зусилля на

вирішення спірних питань шляхом не конфронтації, а пошуку компромісу зі своїми опонентами.

Володіючи правом законодавчої ініціативи (ст. 93 Конституції), переважна більшість із них не має достатнього досвіду організації законотворчої діяльності, а підготовлені за їх ініціативою документи часто незавершені, не відповідають вимогам часу. Нерідко відбувається сліпе дублювання зарубіжного досвіду, який не завжди відповідає принципам та умовам життя в нашій державі і не узгоджується з ними. Розгляд та обговорення неякісно підготовлених законопроектів викликає суттєве перевантаження роботи парламенту. Результативність такої роботи має досить низький рівень, кількість не завжди відповідає якості. Досвід зарубіжних парламентів свідчить, що такої кількості законопроектів ніхто не розглядає. В Україні протягом останніх 6-ти сесій Радою 4-го скликання було обговорено 1128 законопроектів, підготовлених за ініціативою народних депутатів, тобто понад 52% від загального числа розглянутих. Лише 25% підготовлених законопроектів було прийнято в першому читанні, інші направлені на доопрацювання або були взагалі відхилені. Окремі з них потім неодноразово переглядалися на пленарних засіданнях, але так і не були прийняті, а тому парламент часто витрачає час даремно. Як правильно стверджує М.П. Федорін, необхідно розробити заходи, які спрямовані на врегулювання законодавчої ініціативи народних депутатів України [8, с. 351].

Удосконалення нормативного забезпечення діяльності парламенту – одна з необхідних умов здійснення державно-правової реформи в країні. Ми підтримуємо позицію І.М. Шаркової, яка вважає, що від урегульованості правового статусу парламенту як єдиного органу законодавчої влади в державі значною мірою залежить успіх всього процесу реформування. Ось чому особливої уваги вимагають проблеми досягнення необхідної досконалості конституційних норм, які регулюють діяльність Верховної Ради і мають бути достатніми для реалізації норм Основного Закону України шляхом здійснення законодавчої, контрольної й установчої функцій парламенту. Додамо, що існує нагальна потреба в прискоренні прийняття окремих конституційних законів про статус Президента й Уряду. Зараз в розвиток так званої політичної реформи ведеться активна робота саме по підготовці перелічених законопроектів. Досить актуальним постає питання: у який спосіб має бути організовано комплекс стримувань і противаг, щоб стати системою, здатною чітко розмежувати компетенцію кожної з гілок влади, не допустити «розпорошення» публічної влади між різними суб'єктами і зберегти принцип єдності, соборності, консолідації суспільства й держави? Владні повноваження повинні консолідувати і спрямовувати на вирішення загальних проблем, програм і планів розвитку держави й суспільства. На сьогодні статус Президента України як глави держави дещо «обіднюється» тим, що значна кількість повноважень, які раніше йому належали, перерозподілені між спікером і главою Уряду. Вважаємо, що треба передбачити наявність відповідних повноважень і в Українського народу як єдиного носія суверенітету і джерела влади.

Як вбачається, гарантії зосередження всієї законодавчої влади мають бути в руках представницького органу. Доцільно було б до суб'єктів законодавчої ініціативи віднести Верховний Суд України, якому властиві досвід правозастосування й узагальнення судової практики в загальнодержавному масштабі, поінформованість стосовно реального стану правового регулювання. Усе це зумовило б виняткову компетентність, виваженість та обґрунтованість законодавчої ініціативи цього органу.

Народні депутати, виконуючи вказівки лідерів своїх партій, можуть діяти зовсім нелогічно, навіть неконституційно. Прикладом може бути ситуація з прийняттям, а потім скасування мораторію на підвищення цін на комунальні послуги для населення. Потрібен

певний час для повернення до вирішення проблем і питань, що постали на порядку денному. А вирішувати їх треба неодмінно, бо саме життя примусить це зробити. Адже зараз немало тих, хто нинішню політичну реформу й розглядає як реалізацію її ідеологами й розробниками довготривалого наміру досягти своєї мети – дістатися вершин влади. А якщо не поталанить сісти в президентське крісло, то зайняти одне з найвищих посадових крісел і забрати собі якомога більше повноважень, позбавивши від них главу держави. Можна було б лише вітати до певної міри ідеї переходу від президентсько-парламентської республіки до парламентсько-президентської. Але багатьма не сприймається те, що ідеологи й розробники даного законопроекту все робили для себе й під себе, видаючи, як завжди, що все це робиться для народу і в його інтересах.

Треба було ж так статися, що один із розробників і реалізаторів задуму значною мірою домігся свого, а іншому не вдалося навіть потрапити до парламенту. На нашу думку, склад цього злочину в тому, що самовільно й безвідповідально керівництво парламенту не приводило до присяги уже визначених згідно з чинним законодавством суддів Конституційного Суду. Можна часто чути (особливо від вождів політичних партій) про так звану політичну відповідальність. То яка ж то відповідальність, якщо минулий Президент не підписав неодноразово прийнятий Закон про Кабінет Міністрів, так і у відставку вийшов з цією «постійною політичною відповідальністю», а колишній спікер теж (правда не за своєю волею) залишив парламент, не понісши ніякої відповідальності.

У разі чіткої регламентації й вирішення цієї проблеми суттєво могли б поліпшитися взаємовідносини всіх гілок влади.

У правовій державі має чітко функціонувати поділ державної влади, що виключає можливість узурпації владних повноважень будь-яким державним органом або посадовою особою. Кожна гілка влади отримує можливість самостійно діяти в межах власної компетенції й під свою відповідальність. Між органами законодавчої, виконавчої й судової влади має спрацьовувати закріплений у конституційному законодавстві механізм стримувань і противаг, значення якого не слід недооцінювати [9, с. 360].

Ми погоджуємося з В.Я. Тацієм, який вважає, що наукового опрацювання потребують основні положення класичної концепції поділу влади з урахуванням сучасних політико-правових реалій й досвіду адаптації так званої «м'якої моделі» співвідношення гілок влади в багатьох країнах Європи. На законодавчому рівні слід точніше визначати права й обов'язки основних суб'єктів політичної системи. Потребує вдосконалення і правовий статус політичних партій, без чого надання їм значних важелів впливу у виборчому процесі може призвести до негативних наслідків для держави й суспільства. Особливого значення набуває ефективне й доступне судочинство, статус судової влади як кінцевої правової інстанції, що виконує функцію арбітра між особою й державою з питань права, здійснення й захисту прав та свобод людини і громадянина. Особливу увагу треба приділити подальшому розробленню концепції верховенства права.

На нашу думку, треба з усією відповідальністю підтримати рекомендації всеукраїнської науково-практичної конференції «Теоретичні та практичні проблеми реалізації Конституції України», що реальне життя гостро потребує політичних інновацій, демократизації політичної системи загалом, *гармонізації взаємодії гілок влади*, зміцнення реального народовладдя, ефективної багатопартійної системи, якісного прориву України на міжнародній арені. Одна з площин, у якій лежать найбільш назрілі й очевидні потреби в цих змінах, – це стосунки між гілками державної влади, ступінь узгодженості й скоординованості їхніх зусиль, відповідальності за політичні й соціально-економічні наслідки рішень і дій. Слід визнати, що внесені 8 грудня 2005 р. зміни до

Конституції далекі від досконалості.

Дійсно, існує потреба ретельної розробки механізму застосування конституційного принципу верховенства права в діяльності трьох гілок влади, пошуку шляхів удосконалення системи стримувань і противаг у процесі здійснення принципу поділу влади. Найскладніші питання належить вирішувати в узгоджувальному, а не конфронтаційному режимі, що має основоположне значення для забезпечення стабільності конституційного ладу. Слід удосконалити систему державного управління щодо централізації й децентралізації влади, збалансованості інтересів загальнодержавних, регіональних і територіальних громад. Слід суттєво підвищити конституційно-правовий статус органів місцевого самоврядування як важливого елемента народовладдя, домогтися, щоб законодавство про місцеве самоврядування відповідало європейським стандартам (зокрема, Європейській хартії місцевого самоврядування) забезпечити розмежування компетенції цих органів і місцевих державних адміністрацій, закріпивши за останніми тільки контрольні-наглядові функції, а не управлінські, як це має місце зараз.

Деякі науковці вважають зловбоденням прийняття закону про гілки влади в Україні, окресливши в ньому функції кожної, систему органів, які їх здійснюватимуть, а також засади їх взаємодії.

Втілення в життя нових положень Конституції що (до речі, провадиться хаотично й безсистемно) поставлено в один ряд з іншими новими викликами й небезпеками для національної безпеки України. Таку думку висловив голова парламентського Комітету з питань національної безпеки й оборони А.К. Кінах, відкриваючи комітетні слухання щодо стратегії національної безпеки України [7, с. 2].

С.Г. Серьогіна переконує, що необхідність кардинальної зміни існуючого політичного ладу взагалі й організації державної влади, зокрема, виявилися однією з рушійних сил конституційного процесу в Україні [8, с. 119] і справедливо, на наш погляд, стверджує, що проблема реформування влади зводиться до 2-х головних моментів: (а) яка форма правління є найбільш прийнятною для молодого незалежного держави і (б) як повинні бути розподілені повноваження між різними органами державної влади на всіх рівнях, у першу чергу, між вищими органами державної влади, до яких традиційно відносять главу держави, парламент і уряд.

Процес поділу влади розпочався не сьогодні й не вчора. Боротьба за неї велася завжди, особливо амбітним і властолюбивим особам влади було мало постійно. За сучасних умов особливо актуальним є офіційне закріплення поділу влади, для чого необхідні чіткі, діючі механізми цього процесу.

Те, що отримали держава й суспільство сьогодні в результаті проведення політичної реформи, свідчить про те, що повноваження глави держави занадто обмежені, їх «перетягування» здійснено під себе керівництвом перш за все парламентом й урядом. А мав би бути розумний перерозподіл владних повноважень в інших ешелонах державної влади.

Зараз ми спостерігаємо не зовсім виправданий дисбаланс у відносинах між Президентом, Верховною Радою й урядом країни. Але ж Конституція, закріпивши принцип поділу влади, закріпила, що ці три гілки влади, що їх посадові особи виконують свої повноваження у встановлених нею межах і відповідно до законів України (ст. 19). Зазначений поділ влади можна вважати певним розмежуванням компетенції (функцій), своєрідним «розподілом праці» в системі державних органів, у державному механізмі. При цьому має здійснюватися організаційно-правовий розподіл повноважень між гілками влади, для чого необхідно, щоб (а) закони мали вищу юридичну силу і

приймалися виключно лише законодавчим (представницьким) органом; (б) виконавча влада займалася в основному виконанням законів і тільки обмеженою нормотворчістю, була підзвітною або главі держави, або парламенту; (в) між законодавчим і виконавчим органом забезпечувався баланс повноважень, що виключає перенесення центру владних рішень, а тим більше всієї повноти влади на одного з них; (г) судові органи були дійсно незалежними і у межах своєї компетенції діяли самостійно; (д) жодна з трьох гілок влади не втручалася в діяльність іншої, чи об'єднувалася з іншою; (е) спори щодо компетенції вирішувалися лише конституційним шляхом; (ж) конституційна система передбачала правові засоби стримування кожної гілки влади двома іншими, а взаємні противаги існували б для всіх трьох [9, с. 130].

І хоча такі положення закріплені в Конституції 1996 р., на жаль, їх реалізація здійснювалася, треба визнати, незадовільно. Досить часто створювалися (навіть штучно) конфліктні ситуації з цього приводу, що продовжується певною мірою й нині.

Проблема оптимального розвитку владних повноважень між Президентом, Верховною Радою й урядом, залишається актуальною. Розподіл владних повноважень між різними гілками влади не повинен призвести до підриву цілісності державної влади. Ідеться не лише про уникнення конфліктів взагалі, а про те, щоб зробити їх якомога рідшими, знизити їх деструктивний, руйнівний потенціал і знайти шляхи оперативного, ділового виходу з конфліктних ситуацій.

Головним принципом взаємовідносин між гілками влади має бути необхідність взаємоузгоджувати свої дії для успішної реалізації будь-яких політичних рішень. Узгодження позицій і координація зусиль у досягненні накреслених завдань і планів повинні стати основним завданням повсякденного функціонування всіх гілок влади, вищих посадових осіб держави, всього державного механізму.

Більш ефективній співпраці Президента, парламенту й уряду може сприяти продовження конституційної реформи в напрямку подальшої диверсифікації публічної влади, оптимізації її інституційно-функціональної й політико-територіальної організації з метою розбудови сучасного державного механізму, здатного працювати в умовах демократії й активної ролі інститутів громадянського суспільства. Життя вимагає вдосконалення системи державного управління в питаннях централізації й децентралізації влади, об'єктивної збалансованості інтересів загальнодержавних і громадських. Нагальною є потреба (а) привести конституційне законодавство у відповідність з положеннями Конституції, (б) прискорити прийняття законів, спрямованих на більш чітку подальшу регламентацію статусу Президента, Верховної Ради, Кабінету Міністрів України, центральних органів виконавчої влади, (в) урегулювати на законодавчому рівні питання порядку створення парламентської опозиції, особливостей її правового статусу, гарантій діяльності, її взаємовідносин з органами публічної влади й засобами масової інформації.

Потрібно вдосконалювати статус політичних партій в Україні, згідно з новими їх можливостями по формуванню державних структур та органів місцевого самоврядування, забезпечити гласність їх діяльності, особливо з фінансових питань, не допускати їх фінансування з боку іноземних суб'єктів, вжити заходи для боротьби з політичною корупцією у сфері відносин народовладдя. Слід підвищити конституційно-правовий статус також органів місцевого самоврядування як важливого елемента влади народу, забезпечити функціонування інституту місцевого самоврядування як потужного складника громадського суспільства.

На жаль, і сьогодні не вщухають внутрішньополітичні і внутрішньовладні конфлікти, міжособисті чвари і протистояння, поглиблюється боротьба за владу заради влади.

Звертає на себе увагу те, що, говорячи про Конституцію, намагаючись вносити зміни до неї чи навіть активізуючи прийняття її нового тексту, українське суспільство не дуже переймається необхідністю мати і конституцію, і парламент. Постійно апелюючи до Основного Закону (там, де це вигідно), влада не поспішає дотримуватися його. Але ж хто, як не влада, яка сама нерідко має бути прикладом поваги до Конституції, цинічно демонструє ігнорування конституційних вимог і приписів, беручи на себе відповідальність тлумачення їх на свою користь. Ось чому створення парламентської і президентської комісій по вдосконаленню чи поглибленню конституційної реформи сприймається як відверта спроба виписати її під себе і для себе. І треба погодитися з В.М. Литвином, який вважає непринятною «змову еліт» стосовно управління державою. Мабуть, за сучасних умов треба вести мову про еліту не політичну, а номенклатурну або про правлячі політичні угруповання, зважаючи на те, що практика підтверджує серйозні недоліки існуючої виборчої системи, бо партії втратили реальне представництво інтересів населення, що викликає в народі відчуття власного безсилля. Справедливо наголошує В.М. Литвин, що на прикладі парламентських партій проглядається тенденція перетворення цього інституту на високорентабельний бізнес, що вирішує проблеми не простих людей, а спонсорів, які дають гроші. Вони багато галасують про корупцію, але спонсорують їх саме ті кола, боротьбу з якими вони декларують, а підбір кадрів ведеться за принципом особистої лояльності й кумівства. Відбувається надмірна схильність до нав'язування власної позиції, що призводить до зростаючої загрози вітчизняної концепції «команда при владі».

Зараз належність до тієї чи іншої «команди», коли не професіоналізм і ділові якості мають першочергове значення, а особиста відданість, є обов'язковою передумовою доступу до державних посад. Ми поділяємо точку зору В.М. Литвина, який стверджує, що посередні люди, збиваючись у політичні «зграї», починають видавати себе за дійсних патріотів, доводячи, що тільки вони знають, що потрібно країні, й починають нав'язувати його людям.

Командний принцип дозволяє не лише забезпечувати тотальний контроль над державними ресурсами й можливостями, а й творити специфічну групову етику, яку він намагається поширити на все суспільство.

У такий спосіб влада врешті-решт позбавляється будь-якого контролю й може коригувати лінію поведінки й політику лише сама, відповідно до власних інтересів. На жаль, сьогодні широкі верстви населення фактично майже відсторонені від впливу на реалізацію державної політики, хоча в Конституції записано, що влада в Україні належить народу і він є її носієм і джерелом.

Усе вищенаведене, так чи інакше впливає на реальні відносини в трикутнику «Президент – парламент – уряд». Реалії життя вимагають чіткої регламентації і відповідного врегулювання повноважень і компетенції всіх гілок влади. Лідери партії регіонів, виходячи з кланових інтересів, заявляють про пріоритети саме членів своєї партії при призначенні на державну службу. Це можна розглядати як пряме порушення вимог ст. 24 Конституції України: громадяни мають рівні права і свободи, вони рівні перед законом. А ст. 36 наголошує, що ніхто не може бути примушений до вступу в будь-яке об'єднання громадян чи обмежений у правах за належність чи неналежність до політичних партій. Основний Закон країни прямо передбачає, що «громадяни користуються рівним доступом до державної служби, а також до служби в органах місцевого самоврядування» (ст. 38). Отже, поведінку вождів партії регіонів і коаліції можна розцінювати як антиконституційну.

Список літератури: 1. Баглай М.В., Габричидзе Б.Н. Конституционное право Российской Федерации // Учебник для вузов. – М.: ИНФРА, 1996. – 130 с. 2. Голос України, 2006. – № 191 (3941). 3. Долежан В.В. Дія системи стримувань і противаг у відносинах між законодавчою і президентською владами в Україні // Парламентаризм в Україні: теорія і практика. – К., 2001. – 169 с. 4. Конституція України. – Х.: Право, 2005. – 90 с. 5. Плющ І.С. Парламентаризм в Україні – шляхи і тенденції розвитку // Парламентаризм в Україні: теорія і практика. – К.: ВР України, Ін-т законодавства, 2001. 6. Серьогіна С.Г. Теоретико-правові та організаційні засади функціонування інституту президентства в Україні. – Х.: Ксілон, 2001. – 277 с. 7. Тацій В.Я. Проблеми розбудови демократичної, правової держави в Україні та завдання юридичної науки // Матер. наук.-практ. конф., м. Харків, 24-25 трав. 2005. – Х.: НЮАУ, – 2005. 8. Федорін М.П. Про деякі проблеми парламентаризму в Україні // Парламентаризм в Україні: теорія і практика. – К.: ВР України, Ін-т законодавства, 2001. 9. Шаркова І.М. Удосконалення нормативного забезпечення діяльності парламенту – одна з необхідних умов здійснення державної правової реформи в Україні // Парламентаризм в Україні: теорія і практика. – К.: ВР України, Ін-т законодавства, 2001.

Надійшла до редакції 20.12.2006 р.

УДК 347.4 **І.Й. Пучковська**, канд. юрид. наук, доцент
*Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків*

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ПРИРОДИ ЗАВДАТКУ

Завдаток названо законодавцем у ст. 546 ЦК України серед видів забезпечення виконання зобов'язань поряд з неустойкою, порукою, заставою, притриманням і гарантією. У науковій же та навчальній юридичній літературі [2, с. 75; 5, с. 212; 9, с. 4; 11, с. 42; 12, с. 695] правознавці відносять його як до видів забезпечення виконання зобов'язань, так і до мір (форм) відповідальності. Чим же викликано таке положення завдатку? Яка його юридична природа?

Метою даної статті є з'ясування правової природи завдатку шляхом дослідження здійснюваних ним функцій як виду забезпечення виконання зобов'язань. Зауважимо, що розкриття поняття “завдаток” за допомогою аналізу його функцій є традиційним.

Відповідно до ст. 570 ЦК завдатком визнається грошова сума або рухоме майно, що видається кредиторіві боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання. Наведена дефініція вказує на визнання за завдатком платіжної, посвідчувальної й забезпечувальної функцій.

Завдаток (arra) у римському приватному праві з'явився для підтвердження факту укладення договору (arra confirmatoria). Це була грошова сума або цінність (наприклад, каблучка), яку одна сторона (найчастіше покупець або наймач) вручала іншій стороні в момент укладення договору. Гай підкреслює, що передається завдаток для наглядного доказу укладеного договору. Указ Юстиніана від 528 р. підкреслює другу функцію завдатку – штрафну (arra poenalis), що має на меті спонукати боржника виконати зобов'язання, а саме: покупець, який відмовляється виконувати договір, втрачає завдаток, а продавець, що відмовляється виконувати договір, зобов'язаний повернути завдаток у подвійному розмірі. Конструкція завдатку в римському праві передбачала можливість сторін домовитися, щоб відповідальність особи, відступаючої від договору,

вичерпувалася розміром, що дорівнює сумі завдатку. У такому випадку йдеться про завдаток, який відіграє роль відступного – *arra poenitentialis*. Якщо ж відносини розвивалися нормально і договір сторонами виконувався, сума завдатку зараховувалася в рахунок належного платежу [8, с. 335, 336].

Посвідчувальну й забезпечувальну функції завдатку в дореволюційній літературі виділяє Г.Ф. Шершеневич, зазначаючи, що з побутової точки зору він має подвійне значення – способу забезпечення зобов'язань і моменту укладення договору. За народним уявленням, якщо завдаток передано і отримано, договір укладено безповоротно [13, с. 380]. Учений наголошує, що забезпечення, яке ним досягається, полягає в тому, що особа, яка сплатила завдаток, уже заінтересована у виконанні зобов'язання, бо інакше вона ризикує його сумою. Значення виданого й отриманого завдатку за законодавством ХІХ ст. полягало в тому, що при невиконанні дії, що становить зміст зобов'язання, особа, яка дала завдаток, втрачає його, а особа, яка його отримала, має повернути його [13, с. 380]. Як бачимо, втрата завдатку встановлювала відповідальність лише для особи, яка дала його. Для особи ж, яка отримала завдаток і не виконала свій обов'язок, його повернення ніяких додаткових обтяжень майнового характеру за порушення зобов'язання не тягло, а тому й не виступало мірою (формою) цивільно-правової відповідальності.

Протягом усього часу існування завдатку (ще з часів римського права) його встановлення було можливим лише щодо тих зобов'язальних відносин, у яких одна особа брала на себе обов'язок сплатити іншій певну грошову суму.

Завдаток забезпечує виключно грошові і лише договірні зобов'язання, а ні деліктні, ні кондикційні забезпечуватися ним не можуть.

Завдаток становить собою попереднє виконання, сплату частини раніше того часу, коли повинно бути сплачено все [13, с. 380]. Ця його функція визначається в науковій літературі як платіжна й означає, що сума завдатку передається в рахунок належних за договором платежів і виконується ним лише в разі належного виконання сторонами договірних зобов'язань. Платіжна, посвідчувальна й забезпечувальна функції завдатку підкреслюються в самому визначенні цієї категорії у ст. 570 ЦК. Але при цьому слід наголосити, що забезпечувальну функцію він виконує завжди, а платіжну й посвідчувальну – за певних умов. Так, платіжна функція виконується завдатком лише в разі належного виконання сторонами зобов'язання. Він може бути виданий лише тією стороною за договором, на якій лежить обов'язок передати грошову суму або рухоме майно. У випадку виконання зобов'язання сторонами сума завдатку або зараховується в рахунок належних платежів, або притримується стороною, яка передала завдаток, із суми належних з неї платежів. Передача й отримання завдатку є частковим виконанням договірних зобов'язань [4, с. 61].

Посвідчувальну функцію завдаток виконує у спорі між сторонами щодо того, чи було укладено договір. Якщо сторона надасть докази передачі й отримання завдатку в письмовій формі, згідно вимогами ст. 547 ЦК, можна вести мову і про наявність факту укладення договору, забезпеченого завдатком. При цьому, безумовно, мається на увазі укладення такого договору в усній формі з додержанням вимог закону, за якими договір вважається укладеним (статті 638-640 ЦК). Договір, який підлягає нотаріальному посвідченню або державній реєстрації за ч. 3 ст. 640 ЦК є укладеним з моменту його нотаріального посвідчення або державної реєстрації, а при необхідності і нотаріального посвідчення, і державної реєстрації – з моменту державної реєстрації. У зв'язку з цим факт укладення такого договору не може бути підтверджено передачею завдатку. Однак це не означає, що сторони, укладаючи договір у письмовій формі, який потребує

нотаріального посвідчення або державної реєстрації, не можуть застосовувати завдаток. При його застосуванні в таких випадках посвідчувальна функція завдатку для сторін не має значення, бо він встановлюється для виконання платіжної й забезпечувальної функцій. На нашу думку, сьогодні, коли законодавство чітко визначає, що договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов останнього, посвідчувальна функція завдатку відігравати свою роль може виключно щодо договорів, укладених в усній формі, коли недодержання сторонами письмової форми, установленної законом, не має наслідком його недійсність. Саме в цьому разі факт укладення договору може доводитися передачею й одержанням завдатку, що оформлюється відповідно до вимог ст. 547 ЦК, а це буде письмовим доказом, передбаченим ч. 1 ст. 218 ЦК.

Ураховуючи зазначене, ми не можемо погодитися з думкою Н.Ю. Рассказової: оскільки видача завдатку є доказом укладення забезпеченого ним договору, такий договір є реальним і вважається укладеним з моменту передачі завдатку, а спеціальна вказівка законодавця на доказову функцію останнього означає, що забезпечений ним договір є не консенсуальним, а реальним [6, с. 896]. Договір про завдаток – це додатковий до основного договір, що укладається з метою забезпечення його виконання. Його недійсність не спричиняє недійсності основного зобов'язання (ч. 3 ст. 548 ЦК). Він підтверджує укладення між сторонами усного договору, але не може перетворювати консенсуальний договір на реальний. Інша справа, що сам договір про завдаток незалежно від суми останнього має завжди вчинятися в письмовій формі (ст. 547 ЦК) і вважається укладеним лише після виконання обов'язку по передачі предмета завдатку контрагентові. Якщо сторони вирішили забезпечити виконання договору завдатком, то з моменту передачі його боржником і отримання кредитором, що оформлюється згідно з вимогами ст. 547 ЦК, такий договір є укладеним і виконуватиме свою забезпечувальну функцію, стимулюючи сторони до належного виконання забезпеченого завдатком договірною зобов'язання. У зв'язку з цим вважаємо неправильною висловлену в юридичній літературі точку зору щодо можливості визнання договору про завдаток як реальним, так і консенсуальним [4, с. 62]. Такий договір не має самостійного значення, а його мета й цінність полягають у забезпеченні виконання основного зобов'язання. Якщо сторони забезпечили виконання зобов'язання завдатком, це означає, що боржник передав кредиторіві з метою забезпечення свого зобов'язання грошову суму або рухоме майно, яке зараховується як часткове виконання зобов'язання і підтверджує існування основного. Мета сторін – установити забезпечення, а забезпечувальну функцію завдаток може відігравати, лише стимулюючи сторони до належного виконання зобов'язання під острахом втрати переданої суми чи рухомого майна. Саме тому тлумачення договору завдатку як реального є традиційним, на що звертається увага в навчальних юридичних джерелах [11, с. 42].

Розглядаючи функції завдатку, дослідники завжди підкреслюють його відмінність від авансу. Аванс – це повний або частковий платіж за договором, який передається кредиторіві в рахунок майбутніх платежів. Його видача підкоряється загальним правилам про виконання зобов'язання, а при невиконанні останнього аванс завжди підлягає поверненню. Сума авансу, що залишилася у сторони, відповідальної за порушення зобов'язання, розцінюється як безпідставне збагачення. У ст. 570 ЦК законодавець прямо встановив презумпцію, за якою будь-який платіж вважається авансом, якщо не буде встановлено, що сума, сплачена в рахунок належних з боржника платежів, є завдатком. Протилежна презумпція не є виправданою, оскільки може призвести до обтяження сторін всупереч їх волі. Крім того, законодавець резонно

виходить з того, що обіг прагне до спрощення, а тому, якщо не доведено інше, припускається, що сторони виходили більш простого і звичного (аванс), а не складного й меншзвичного (завдаток).

Домовленість сторін про передачу завдатку може бути закріплена як в основному договорі, так і в окремому про завдаток. Закон передбачає письмову форму правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання під загрозою його нікчемності (ст. 547 ЦК). Якщо сторони укладають окремий договір про завдаток, суттєвою його умовою виступає посилання на основний договір, тобто суть і розмір основного зобов'язання, строк його виконання та ін. Прийнято вважати, що аванс, як і завдаток, теж виконує посвідчувальну і платіжну функції, але, не будучи видом забезпечення виконання зобов'язання, він не може виконувати забезпечувальну функцію [1, с. 603; 11, с. 42; 12, с. 665]. Між тим заслуговує на увагу точка зору Б.М. Гонгало: оскільки чітко визначеного цивільно-правового поняття авансу не існує, то в разі передачі потенційним покупцем потенційному продавцеві грошової суми в рахунок платежів за майбутнім договором купівлі-продажу її вряд чи можна назвати інакше, ніж аванс, хоча посвідчувальної функції вона не виконує, бо сторони лише передбачають укладення договору в майбутньому [2, с. 76].

Аванс завжди виконує платіжну функцію, а може виконувати й посвідчувальну, але, на відміну від завдатку, ніколи не виконує забезпечувальної функції. Якщо сторона, яка одержала аванс, не виконала своїх зобов'язань, інша має право вимагати лише його повернення, а не сплати в подвійному розмірі. І навпаки, якщо відповідальною за невиконання зобов'язання сторона, яка передала аванс, вона вправі вимагати його повернення.

Забезпечувальна функція завдатку виділяється дослідниками як особлива. О.С. Йоффе підкреслює, що завдаток є способом, забезпечуючим виконання зобов'язання, в чому й полягає його основна функція [5, с. 212]. Б.М. Гонгало наголошує, що визначення забезпечувальної функції завдатку має ключове значення щодо цього поняття [2, с. 76]. Г.Ф. Шершеневич зазначаючи, що завдаток з побутової точки зору виконує подвійну роль – як спосіб забезпечення зобов'язань і як момент укладення договору, розглядає завдаток лише в першому значенні [13, с. 380]. В.С. Єм забезпечення виконання договірною зобов'язання називає головною функцією завдатку [4, с. 64]. Забезпечувальна функція завдатку, без сумніву, є визначальною. Саме вона визначає природу цього правового інструменту. Механізм забезпечення зобов'язання завдатком з часів римського права не зазнав змін, що доводить його ефективність і доступність у застосуванні. Суть забезпечувальної функції полягає в тому, що завдаток стимулює сторони до належного виконання зобов'язання. Сторони, забезпечуючи його завдатком, тим самим погоджуються на втрату останнього відповідальною за порушення зобов'язання стороною. Так, якщо порушення зобов'язання станеться з вини боржника, завдаток залишається у кредитора. Якщо ж воно станеться з вини кредитора, той зобов'язаний повернути боржникові завдаток і додатково сплатити суму в розмірі завдатку або його вартості. Усвідомлення можливості настання таких наслідків стимулює сторони до належного виконання зобов'язання.

Отже забезпечувальна функція завдатку полягає у стимулюванні сторін до належного виконання зобов'язання, а з моменту його порушення виявляються такі функції завдатку, як штрафна й компенсаційна, що притаманні завдатку як мірі (формі) цивільно-правової відповідальності. Компенсаційна функція завдатку виділяється Т.О. Фадеєвою поряд із платіжною, посвідчувальною й забезпечувальною [3, с. 585]. Обґрунтовуючи компенсаційну функцію завдатку тим, що сторона, відповідальна за порушення

договору, зобов'язана відшкодувати другій збитки із зарахуванням його суми, вона підкреслює, що втрата завдатку винною в порушенні зобов'язання стороною „зближує завдаток із санкціями, встановленими в якості відповідальності на випадок невиконання або неналежного виконання зобов'язання” [3, с. 585]. На думку В.О. Тархова, завдаток одночасно є також визначеним при укладенні договору розміром відповідальності [9, с. 85]. В.В. Луць підкреслює, що втрата завдатку однією стороною або повернення його в подвійному розмірі другою є мірою цивільно-правової відповідальності. Науковець обґрунтовано вважає, що й відшкодування збитків, і сплата неустойки, і втрата завдатку є додатковими обов'язками, бо основний обов'язок боржника полягає в передачі майна, виконанні роботи, наданні послуг тощо і він виконується на еквівалентних та оплатних засадах. Сплачуючи неустойку, втрачаючи завдаток або відшкодовуючи кредиторів заподіяні збитки, боржник не отримує від нього жодної компенсації, а отже, на нього покладаються всі не вигідні майнові наслідки порушення зобов'язання [12, с. 695]. До спеціальних форм цивільно-правової відповідальності, що застосовується у спеціально передбачених договором або законом випадках для відповідного виду цивільних правопорушень, поряд з неустойкою відносять втрату завдатку Л.М. Баранова й С.Є. Сиротенко [10, с. 277].

Н.Ю. Рассказова, відмовляючи завдатку у визнанні його видом забезпечення виконання зобов'язання, посилається на авторитет М. Плянїоля. Вона вважає віднесення завдатку до забезпечення виконання зобов'язань неправомірним і зазначає, що міри відповідальності не повинні визнаватися забезпеченнями саме тому, що різні функції цих інститутів, різні ризики, відмінні один від одного, проти яких спрямовані їх норми, усуваються різними засобами [7, с. 55, 56].

Таким чином у доктрині цивільного права спостерігається поступовий перехід від визнання завдатку видом забезпечення виконання зобов'язання до самостійної міри (форми) цивільно-правової договірної відповідальності. Як вбачається, передача завдатку за договором забезпечує виконання зобов'язання сторонами лише щодо стимулювання їх до належного виконання, що недостатньо для визнання правового інструменту видом забезпечення виконання зобов'язань. Види забезпечення виконання зобов'язання спрямовані не на стимулювання боржника до виконання зобов'язання, а на захист кредитора від ризику його невиконання. Тому саме захисна функція має бути визначальною в питанні визнання того чи іншого правового інструменту видом забезпечення виконання зобов'язання, що останнім часом знаходить підтримку в наукових правових джерелах [7, с. 46].

Види забезпечення виконання зобов'язань стоять на сторожі інтересів кредитора у випадку порушення зобов'язання, надаючи йому те, що він отримав би при належному виконанні зобов'язання, відшкодовуючи збитки, викликані його невиконанням.

Забезпечувальну функцію інституту видів забезпечення виконання зобов'язань і інституту цивільно-правової відповідальності часто уподібнюють. Вести мову про виконання забезпечувальної функції інститутом цивільно-правової відповідальності можна лише з точки зору виконання ним стимулюючої функції. Тут ми з упевненістю можемо поставити знак рівності. Чи забезпечує інститут відповідальності виконання зобов'язань? Так. Яким чином? Міри (форми) цивільно-правової відповідальності стимулюють сторони до належного виконання зобов'язання, тобто, виконуючи стимулюючу функцію, міри відповідальності забезпечують виконання зобов'язань. Інші функції цивільно-правової відповідальності (компенсаторно-відновлювальна і штрафна, або каральна не стосуються забезпечення виконання зобов'язань.

Стимулююча ж функція інституту видів забезпечення виконання зобов'язань – це

лише один складник забезпечувальної функції, спрямований на спонукання боржника до належного виконання зобов'язання. Вона має значення тільки при виконанні забезпечувальним засобом ще й функції захисної, спрямованої на захист інтересів кредитора у випадку порушення зобов'язання, – як основної. Щоб правовий механізм можна було віднести до видів забезпечення виконання зобов'язань, йому повинна бути притаманна або тільки захисна функція (як при поруці), або ще й стимулююча, але завжди поряд із захисною (при заставі, притриманні). Стимулююча функція діє до моменту порушення зобов'язання, виконання якого вона стимулювала. Якщо боржник порушив зобов'язання, це означає, що стимулююча функція не здійснила на нього належного впливу і боржник зможе отримати те, що він мав би в разі належного виконання зобов'язання. Отже, захисна функція захищає майнові інтереси кредитора у випадку порушення зобов'язання боржником. Одні види забезпечення виконання зобов'язань виконують як стимулюючу, так і захисну функцію (застава, притримання), інші – лише захисну (порука). Так, застава і притримання стимулюють боржника до належного виконання зобов'язання можливістю звернення стягнення на заставлене (притримане) майно, а при порушенні – за рахунок цього майна як наперед визначеного резерву (джерела) задовольняють інтереси кредитора, пов'язані з отриманням виконання зобов'язання за рахунок цього майна й відшкодуванням збитків, спричинених порушенням останнього.

У правовій літературі усталеною є думка, що завдаток виступає засобом забезпечення виконання зобов'язань, бо виконує забезпечувальну функцію. Але ж забезпечувальна функція завдатку дослідниками безперечно визначається як стимулююча. Наприклад, В.В. Вітрянський і М.І. Брагинський підкреслюють, що „значення завдатку як способу забезпечення виконання зобов'язання полягає в тому, що завдаток перш за все має на меті запобігти невиконанню договору” [1, с. 604].

Неустойка й завдаток тому й не можуть належати до видів забезпечення виконання зобов'язань, а виступають мірами (формами) цивільно-правової договірної відповідальності, що лише стимулюють сторони до належного виконання зобов'язання під страхом стягнення неустойки і втрати завдатку, але основна, захисна функція забезпечень їм не властива. Вони не створюють додаткового джерела на випадок порушення зобов'язання боржником, за рахунок якого кредитор реалізує свої права на отримання виконання, відшкодування збитків тощо.

Зазначене дозволяє зробити висновок щодо визначення юридичної природи завдатку як однієї з мір (форм) цивільно-правової договірної відповідальності. На нашу думку, слід принципово відокремити види забезпечення виконання зобов'язань від мір цивільно-правової відповідальності. Це різні інститути, хоча їх роль щодо виконання зобов'язань досить близька, і тому не слід покладати на завдаток і неустойку подвійне навантаження. Але це вже проблеми наступних пошуків, досліджень і публікацій.

Список літератури: 1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Кн. I: Общие положения: – Изд. 3-е, стереотип. – М.: Статут. – 2001. – 848 с. 2. Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. – М.: Статут, 2002.– 222 с. 3. Гражданское право: Учебник: Ч. I: – Изд. 2-е, перераб. и доп. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: Проспект, 1997. – 600с. 4. Гражданское право: Учебник: В 2-х т.– Т. II. – Полут. 1: / Отв. ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 704 с. 5. Йоффе О.С. Избранные труды: В 4-х т. – Т.III: Обязательственное право. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – 837 с. 6. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. – Ч.1 (постатейный) / Под ред. Н.Д. Егорова, А.П. Сергеева. – 3-е изд.,

перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Проспект, 2005, – 896 с. 7. *Рассказова Н.Ю.* Вопросы общей теории обеспечительных обязательств // Правоведение. – 2004. – № 4. – С. 41-59. 8. Римское частное право: Учебник / Под ред. *И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского.* – М.: Юрист, 2004. – 544 с. 9. *Хохлов В.А.* Обеспечение исполнения обязательств: Учебн. пособ. Самара: Самарск. гос. экон. акад., 1997. – 100 с. 10. Цивільне право України: Підручник: У 2-х т. – Т. 1 / За заг. ред *В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького.* – К.: Юрінком Інтер, 2004.– 480 с. 11. Цивільне право України: Підручник: У 2-х т. – Т. 2 / За заг. ред *В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького.* – К.: Юрінком Інтер, 2004.– 552 с. 12. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. – Кн. 1 / За ред. *О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової.* – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 720 с. 13. *Шершеневич Г.Ф.* Курс гражданского права. – Тула: Автограф, 2001. – 720 с.

Надійшла до редакції 18.11.2006 р.

УДК 347.957 (477) **К.В. Гусаров**, канд. юрид. наук, доцент
*Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків*

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ КАСАЦІЙНОГО ОСКАРЖЕННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ У ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ

Стаття 129 Конституції визнала однією з основних засад судочинства перегляд рішень у касаційному порядку. Стаття 12 Закону “Про судоустрій України” (далі – Закон) передбачає право учасників судового процесу та інших осіб у випадках і порядку, передбачених процесуальним законом, оскарження судового рішення в апеляційному суді [3; 2002. – № 10. – Ст. 441]. Оскарження рішення суду є елементом конституційного права на судовий захист, що реалізується у процесуальній формі касаційного провадження.

Завдання статті полягає в дослідженні механізму реалізації права оскарження в цивільному процесі, порядку його здійснення та підстав касаційного оскарження судових рішень у цивільних справах і зв'язку цієї проблеми з дослідженнями наукових та практичних працівників.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання зазначених питань і на які спирається автор, дозволяє зробити висновок, що розглядуваний правовий інститут став предметом поглибленого вивчення насамперед після запровадження у 2001 р. в цивільне процесуальне законодавство нової за змістом касації. Проблемами касаційного провадження займалися такі науковці, як О.А. Борисова, Л.Є. Гузь, В.В. Комаров, П.І. Шевчук [Див.: 2; 6; 8; 10] та ін.

При стрімкому оновленні цивільного процесуального законодавства, протиріччях результатів правозастосовчої практики в науці поки немає єдиного доктринального дослідження, яке охоплювало б як теоретичне обґрунтування окремих інститутів касаційного провадження, так і практичні результати цього виду цивільно-процесуальної діяльності. Мета статті – дослідити окремі проблеми теорії та практики застосування касаційного оскарження судових рішень у цивільних справах.

За ст. 323 ЦПК України 2004 р., на відміну від ЦПК 1963 р., суди касаційної інстанції визначаються зазначеним Законом, а не Цивільним процесуальним кодексом. Підпунктом 9 п. 3 розд. VII цього Закону встановлено, що до законодавчого визначення

суду, який буде здійснювати повноваження касаційної інстанції в цивільних справах, його створення й початку діяльності перегляд цих справ у касаційному порядку здійснює Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України.

Частина 2 ст. 6 і ст. 18 Закону закріплюють функціонування судів касаційної інстанції з метою забезпечення всебічного, повного й об'єктивного розгляду справ. Згідно із Законом судом касаційної інстанції виступає Вищий спеціалізований суд, який утворюється Президентом України в порядку, встановленому Законом.

Згідно з розд. III Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів виконувати функції судів касаційної інстанції повинні вищі спеціалізовані суди. Такий підхід зумовить необхідність утворення в системі загальних судів Вищого цивільного суду як касаційної інстанції для справ цивільної юрисдикції. У разі ж виявлення різного застосування норм права судами окремих спеціалізованих юрисдикцій та в інших виняткових випадках, визначених законодавством, правосудність судових рішень має забезпечувати найвищий судовий орган у системі судів загальної юрисдикції – Верховний Суд України [9].

У правовій літературі такі пропозиції сприймаються неоднозначно. Чотирирівнева система судів, як вважають деякі юристи, може призвести лише до ускладнення процесів і затягування розгляду справ. А Верховний Суд України в такому випадку не буде мати можливості виконувати свої функції по узагальненню практики в силу її відсутності [5, с. 11]. На нашу думку, система судів касаційної інстанції в цивільному судочинстві повинна існувати на міжобласному рівні. Верховний Суд України, як вбачається, має переглядати судові рішення лише у зв'язку з винятковими обставинами.

Суб'єкти права касаційного оскарження передбачені у ст. 324 ЦПК України. До них належать сторони та інші особи, які беруть участь у справі, а також ті особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права й обов'язки. Стосовно касаційного оскарження судового рішення особами, які не брали участі у справі, але суд вирішив питання про їх права та обов'язки, варто зазначити, що при реалізації ними цього права цивільне процесуальне законодавство слід доповнити положенням про те, що при подачі вказаними особами скарги вони мають обґрунтувати в касаційній скарзі наявність у них права касаційного оскарження й довести, яким чином суд вирішив питання про їх права й обов'язки за їх відсутності й не повідомив про час і місце судового розгляду справи. У юридичній літературі справедливо вказується, що будь-якій особі, яка вважає своє право порушеним ухваленим судовим рішенням, гарантується право його оскарження в касаційному порядку безпосередньо на підставі ст. 8 Конституції України, яка має найвищу юридичну силу [7, с. 12]. У зв'язку з цим ми не можемо погодитися з позицією О.А. Борисової, що особи, які не брали участі при розгляді справи, не можуть оскаржити судові рішення чи інший судовий акт, порушуючий їх права. При цьому неможливе оскарження як рішення, що не набрало законної сили (відсутність тотожності спірних правовідносин), так і рішення, що набрало законної сили (суб'єктивні межі законної сили рішення) [2, с. 162-168].

Аналогічні правила містяться й у нормах Господарського процесуального кодексу України, ст. 107 якого надає право касаційного оскарження особам, яких не було залучено до участі у справі, а суд прийняв рішення чи постанову, що стосується їх прав та обов'язків. Наведемо приклад із практики. ПП „Мрія” звернулося до Господарського суду Харківської області з позовом до Харківської міської ради про визнання права власності на майно, що є власністю ВАТ „Діпрозаводтранс”. Суд першої інстанції позов задовольнив у повному обсязі без залучення безпосереднього власника майна. Оскільки ця справа розглядалася без участі й повідомлення ВАТ „Діпрозаводтранс”, а судовим

рішенням прямо було зачіплено права й обов'язки останнього, то ВАТ „Діпрозаводтранс” подало касаційну скаргу на рішення по цій справі до Вищого господарського суду України. Підставою касаційного оскарження стало порушення судом першої інстанції норм процесуального права і те, що господарський суд Харківської області прийняв рішення про права й обов'язки юридичної особи, яка не була залучена до участі у справі [1, с. 42].

Відповідно до ст. 324 ЦПК України об'єктом касаційного оскарження виступають рішення апеляційного суду й суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, а також ухвали апеляційного суду, що винесені за результатами апеляційного розгляду, а також ті ухвали суду апеляційної інстанції, що перешкоджають подальшому провадженню у справі.

Об'єктом касаційного оскарження може бути й додаткове рішення суду. Наприклад, Б. звернулася до суду з позовом до державного підприємства „Харківський метрополітен” (далі – ДП) (третьою особою виступав Ф.) про поновлення на роботі і стягнення з відповідача заробітної плати. Позивачка зазначила, що з 21 лютого 1995 р. працювала енергодиспетчером служби електропостачання ДП. Наказом від 31 січня 2003 р., № 2/к її звільнено з роботи на підставі п.2 ч.1 ст.40 КЗпП за станом здоров'я, а наказом від 17 лютого 2003 р., №9/к змінено дату звільнення з 31 січня на 3 лютого 2003 р. Оскільки в день звільнення Б. була у відпустці (з 2 по 31 січня 2003 р.), а з 1 до 7 лютого 2003 р. хворіла, про що має листок непрацездатності, вона вважає звільнення не відповідаючим вимогам законодавства про працю.

Ленінський районний суд м.Харкова рішенням від 26 листопада 2003 р. відмовив у задоволенні позову Б. про поновлення її на роботі, зобов'язав управління ДП змінити дату її звільнення на 8 лютого 2003 р., внести в наказ про звільнення і в трудову книжку відповідні зміни і провести оплату листка непрацездатності. Апеляційний суд Харківської області 19 травня 2004 р. зазначене рішення суду скасував і ухвалив нове, яким поновив Б. на роботі з 3 лютого 2003 р. і постановив стягнути з ДП на її користь 14959 грн. заробітної плати за час вимушеного прогулу. Додатковим рішенням цього ж суду від 16 червня 2004 р. зменшено розмір заробітної плати за час вимушеного прогулу до 9922 грн. У касаційній скарзі Б. та ДП просили скасувати додаткове рішення апеляційного суду через порушення судом норм матеріального і процесуального права. Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України дійшла висновку, що касаційні скарги підлягають задоволенню з наступних підстав.

Суд, що постановив рішення, може за заявою осіб, які беруть участь у справі, чи з власної ініціативи після розгляду питання в судовому засіданні з викликом сторін постановити додаткове рішення, яке може бути постановлено судом за наявності обставин, визначених у чотирьох пунктах ч. 1 ст. 220 ЦПК.

Як вбачається зі змісту заяви, відповідач просив виправити допущені судом помилки щодо розрахунку заробітної плати за час вимушеного прогулу, тобто фактично оспорив рішення апеляційного суду стосовно правильності визначення середньомісячного заробітку Б. Крім того, суд розглянув заяву відповідача за відсутності позивачки, яку належним чином не повідомили про день і час розгляду справи. Оскільки порушення процесуального права призвели до неправильного вирішення справи, Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України касаційну скаргу Б. та ДП задовольнила, скасувавши додаткове рішення апеляційного суду від 16 червня 2004 р. й направивши справу на новий розгляд до цього ж суду [4; 2003. – №3 (37). – С. 8, 9].

Стосовно можливості оскарження ухвал суду першої інстанції п. 2 ч. 1 ст. 324 ЦПК містить положення, згідно з яким ухвали можуть бути оскаржені до касаційного суду

після їх перегляду в апеляційному порядку. До того ж зазначена норма обмежує ухвали суду першої інстанції, які можуть бути об'єктом касаційного оскарження (лише вказані в пунктах 1, 3, 4, 13-18, 20, 24-28, 29 ч. 1 ст. 293 ЦПК після їх перегляду в апеляційному порядку).

Подача касаційної скарги на ухвалу суду першої інстанції, яка є об'єктом касаційного оскарження, зумовлюється порушенням судами першої й (чи) апеляційної інстанцій норм процесуального права. Так, ухвалою судді Жовтневого районного суду м.Одеси від 1 лютого 2001 р. відмовлено ТОВ «Блек-Сі-Сервіс» (далі – ТОВ) у прийнятті позову про захист честі, гідності та про відшкодування моральної шкоди. У касаційній скарзі ТОВ порушується питання про скасування ухвали як такої, що не відповідає вимогам ЦПК 1963 р. Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України вирішила, що касаційна скарга підлягає задоволенню, а ухвала судді – скасуванню з тих підстав, що, відмовляючи у прийнятті позову, суддя виходив з того, що такий спір слід вирішувати в господарському суді. З таким висновком судді Судова палата не погодилась, оскільки відповідно до роз'яснень, викладених у п.5 постанови Пленуму Верховного Суду України від 28 вересня 1990 р., №7 «Про застосування судами законодавства, що регулює захист честі, гідності й ділової репутації громадян та організації», у випадках поширення відомостей, що принижують репутацію організації, остання, якщо вона є юридичною особою, має право звернутися до суду з вимогами про їх спростування незалежно від того, якою особою (фізичною чи юридичною) поширено ці відомості.

У зв'язку з тим, що суддя постановив ухвалу, яка суперечить вимогам чинного ЦПК і роз'ясненням Пленуму Верховного Суду України з питань про захист честі, гідності й ділової репутації, вона підлягає скасуванню з направленням матеріалів до суду першої інстанції для вирішення питання про прийняття позовної заяви з урахуванням вимог цивільного процесуального законодавства. Ось чому Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України ухвалу судді Жовтневого районного суду м.Одеси від 1 лютого 2001 р. скасувала, а матеріали справи повернула до суду першої інстанції для вирішення питання про прийняття позовної заяви [4; 2003. – №3 (37). – С. 21].

Об'єктом касаційного оскарження можуть бути також ухвали апеляційного суду, які перешкоджають подальшому провадженню у справі (приміром, ухвали про зупинення провадження у справі, відкладення розгляду справи або оголошення перерви в її розгляді).

Процесуальне законодавство обмежує право касаційного оскарження судових постанов. Це зумовлюється тим, що ст. 324 ЦПК передбачає можливість оскарження ухвал і рішень суду першої інстанції лише за умови, якщо останні переглядалися апеляційним судом. Таке положення законодавства є певним „фільтром” доступу до касації й обмежує можливість заінтересованої особи домагатися перегляду незаконного, на її погляд, судового рішення тими судовими установами, до компетенції яких таке повноваження віднесено законодавством.

Підставами касаційного оскарження, на відміну від підстав оскарження апеляційного, є тільки незаконність оскаржуваного судового рішення. Касаційна скарга може бути предметом розгляду лише за умови, якщо наведені в ній доводи свідчать про неправильне застосування судами першої чи апеляційної інстанції норм матеріального права або про порушення норм процесуального права. При її розгляді касаційний суд не вправі робити висновки про обґрунтованість рішення чи ухвали. Це є прерогативою судів першої й апеляційної інстанцій. Суд касаційної інстанції перевіряє тільки правильність застосування судом першої або апеляційної інстанції норм матеріального чи процесуального права. Він не може встановлювати або (та) вважати доведеними

обставини, що не були встановлені в рішенні чи відкинуті судом, щодо достовірності або недостовірності того чи іншого доказу, переваги одних доказів над іншими (ч. 1 ст. 335 ЦПК). Неправильне застосування судом норм матеріального права може бути підставою касаційного оскарження у випадку застосування матеріального закону, який не поширюється на спірні правовідносини, або у випадку незастосування закону, який мав бути застосований. Випадки порушення норм процесуального права, які є підставою касаційного оскарження, передбачені частинами 1-3 ст. 338 ЦПК.

Звернімося до прикладу. Колегія суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України розглянула в судовому засіданні справу за позовом Б. до Національного банку України (далі – НБУ) про поновлення його на роботі, стягнення середнього заробітку за час вимушеного прогулу й виплату заборгованості із заробітної плати. Печерський районний суд м.Києва рішенням від 25 березня 2003 р. поновив Б. строк на звернення до суду й при розгляді справи по суті у задоволенні зазначеного позову відмовив. Колегія суддів Судової палати у цивільних справах апеляційного суду м. Києва своїм рішенням від 31 липня 2003 р. рішення місцевого суду щодо відмови в задоволенні позовних вимог скасувала і постановила поновити Б. на посаді начальника господарського управління Управління справами НБУ і стягнути з відповідача на користь позивача середній заробіток за час вимушеного прогулу в сумі 28139 грн. У задоволенні вимог про виплату заборгованості із заробітної плати було відмовлено у зв'язку з відсутністю спору.

У касаційній скарзі НБУ просив скасувати рішення апеляційного суду стосовно поновлення Б. на роботі і стягнення на його користь середнього заробітку за час вимушеного прогулу і залишити в силі рішення районного суду. Свою вимогу він обґрунтував тим, що позивач відмовився поставити свій підпис під попередженням про звільнення з роботи, а тому висновки суду про те, що Б. не був належним чином повідомлений про майбутнє звільнення, суперечать фактичним обставинам справи. Скаржник також зазначив, що апеляційний суд порушив норми процесуального права і неправильно застосував норми права матеріального, зокрема, ст. 129 Конституції, ст. 49² КЗпП та статей 27, 41, 46 і 62 ЦПК 1963 р.

Обговоривши наведені в касаційній скарзі доводи й перевіrivши матеріали справи, Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України скаргу задовольнила, виходячи з наступного. Зі змісту ст. 49² КЗпП не випливає, що підставою для поновлення на роботі може бути лише недотримання строку попередження працівника про звільнення, якщо роботодавець дотримався всіх інших правил його звільнення, передбачених трудовим законодавством. Тому висновок апеляційної інстанції не ґрунтується на змісті норм матеріального права. Не можна погодитись і з переоцінкою доказів, досліджених судом першої інстанції, які стосувалися факту відмови позивача поставити підпис на письмовому попередженні про звільнення.

Висновок про недостовірність показань свідків, оцінку яким дав суд першої інстанції лише з тих мотивів, що вони є працівниками департаменту кадрів, не можна визнати обґрунтованим, тому що він суперечить процесуальним нормам про те, що суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й об'єктивному розгляді в судовому засіданні всіх обставин справи в їх сукупності і на законі. Ніякі докази не мають для суду наперед установленної сили.

А місцевий суд правильно встановив, що позивача звільнено з дотриманням вимог чинного законодавства, тому підстав для задоволення позовних вимог Б. у суду апеляційної інстанції не було. За таких обставин при порушенні судом апеляційної інстанції норм матеріального і процесуального права колегія суддів Судової палати у

цивільних справах Верховного Суду України, керуючись статтями 336 і 339 ЦПК, касаційну скаргу НБУ задовольнила: рішення колегії судів судової палати у цивільних справах апеляційного суду м. Києва скасувала, а рішення Печерського районного суду м. Києва залишила без зміни [4; 2005. – №12 (64). – С. 9-11].

Термін подачі касаційної скарги – два місяці з дня набрання законної сили рішенням (ухвалою) апеляційного суду. Законну силу зазначені акти органів судової влади набирають одразу після їх проголошення. При обчисленні строку на касаційне оскарження і при його поновленні слід керуватися як загальними нормами цивільного процесуального законодавства щодо процесуальних строків – гл. 6 розд. 1 ЦПК, – так і положеннями гл. 2 розд. 5 ЦПК.

У разі подачі касаційної скарги після закінчення вказаного строку питання про його поновлення вирішує суддя-доповідач. Поважність причин пропуску цього строку має доводити сама особа, яка подає касаційну скаргу, у відповідній заяві, що подається разом з касаційною скаргою окремим документом або може міститись у її тексті. До заяви можуть додаватися докази, що свідчать про поважність причин пропуску.

На розгляд судді-доповідача суду касаційної інстанції законодавець відніс повноваження щодо визнання причин пропуску строку на касаційне оскарження поважними. Таке визнання тягне за собою поновлення вказаного строку, про що суддя-доповідач виносить відповідну ухвалу, яка не підлягає оскарженню. У випадку недоведення поважності причин пропуску строку або при відсутності порушеного питання про його поновлення з боку заінтересованої особи суддя-доповідач відмовляє у задоволенні клопотання й повертає касаційну скаргу, про що виносить ухвалу, яка також не підлягає оскарженню.

Поновлення строку на касаційне оскарження можливе виключно за заявою заінтересованої особи, яка подає скаргу. Чинне законодавство, на відміну від редакції відповідної норми, що існувала до прийняття Закону України „Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України щодо касаційного провадження” №3570-IV від 16 березня 2006 р. [3; 2006. – № 15. – Ст. 1070], не обмежує граничного терміну поновлення строку на касаційне оскарження. До цього порушувати питання про поновлення такого строку можливо було в межах одного року з дня виникнення права на касаційне оскарження і питання вирішувалося судом без виклику заінтересованих осіб і без проведення судового засідання. На сьогодні питання про поновлення строку як на апеляційне, так і на касаційне оскарження судового рішення можливо в будь-який час за умови наявності поважних причин пропуску зазначеного строку. При поновленні останнього початок його перебігу починається з дня винесення судом ухвали щодо цього. Такий висновок можна зробити з аналізу статей 69 і 73 ЦПК України.

Вважаємо, що викладені пропозиції стосовно вдосконалення окремих положень правового регулювання касаційного провадження будуть спрямовані на подальше реформування цивільного процесуального законодавства в бік посилення гарантій оскарження неправосудних судових актів, винесення судами законних рішень щодо дотримання законності, диспозитивності та інших принципів цивільного процесуального права. Що ж стосується перспектив подальших розвідок у даних напрямках, то слід відзначити суттєву зацікавленість юристів у дослідженні проблем апеляційного й касаційного оскарження судових рішень. На нашу думку, існуючі теоретичні розробки щодо вдосконалення інституту процесуального перегляду судових актів необхідно врахувати при доповненні чинного ЦПК України.

Список літератури: 1. Архів Господарського суду Харківської області. Справа

№29/122-06. – 63 с. **2.** *Борисова Е.А.* Проверка судебных актов по гражданским делам. – М.: Издат. дом «Городец», 2005. – 304 с. **3.** Відомості Верховної Ради України. **4.** Вісник Верховного Суду України. **5.** *Гончар И., Гвоздецкий А.* Глас вопиющего судьи // Юрид. практика. – 2006. – №20 (438). – С. 1, 11. **6.** *Гузъ Л.Е.* Апелляционное и кассационное производство. Теория, проблемы и практика применения судами первой, апелляционной и кассационной инстанций. – Изд. 1-е. – Х.: Медиа гр. «Харьков юридический», 2003. – 248 с. **7.** *Ефименко В.* „Жалобные” процессуальные права // Юрид. практика. – 2006. – №18 (436). – 2 мая. – С. 12. **8.** *Комаров В.В.* Актуальные проблемы реформы гражданского процессуального и арбитражного процессуального законодательства Украины // СНГ: реформа гражданского процессуального права: Матер. Междунар. конф. / Под общ. ред. М.М. Богуславского и А. Трунка. – М.: Городец-издат, 2002. – С. 74-107. **9.** Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Указ Президента України // Уряд. кур'єр. Орієнтир. –№95. – С. 6-13. **10.** *Шевчук П.І.* Апеляційне та касаційне оскарження судових рішень: Наук.-практ. коментар. – К.: МАУП, 2002. – 96 с.

Надійшла до редакції 23.11.2006 р.

УДК 341.9 **А.А. Степанюк** канд. юрид. наук
*Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків*

ПРАВОНАСТУПНИЦТВО І РЕЦЕПЦІЯ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Через відносно недавню появу міжнародного приватного права (далі – МПрП) як науки, галузі правознавства й підсистеми внутрішнього права в Україні новими для дослідження є тенденції правонаступності й рецепції, що активно проникають у правоутворення, правореалізацію, освіту й доктрину МПрП. Особливо ж актуальними ці тенденції стають з огляду на становлення нового теоретичного напрямку дослідження – правової політики в МПрП. Окреслення загальних положень щодо правонаступництва й рецепції в МПрП та їх значення для правової політики в ньому і є метою цієї статті.

У науці МПрП на зазначену проблему увага зверталася вкрай рідко. У вітчизняних дослідженнях вона дещо освітлювалася в роботах В.І. Кисіля [6]. Щодо правової політики в МПрП, то питання правонаступництва й рецепції все ще очікують на своїх дослідників.

Водночас правонаступництво й рецепція вже були предметом розгляду у юридичній науці, причому здебільшого в межах загальної теорії права [Див.: 1; 2; 8; 9; 10]. Зокрема, у цій галузі правознавства відзначають, що правонаступництво буває двох видів – експліцитне, тобто усвідомлене на офіційному державному рівні, й імпліцитне, тобто неусвідомлене, стихійне [2, с. 10]. Безумовно, що для правової політики в МПрП має значення експліцитне правонаступництво, що здійснюється передовсім у сфері правового регулювання приватно-міжнародних відносин, а саме у правотворчості (законодавстві, санкціонуванні звичаїв, допуску міжнародних актів, систематизації, кодифікації), у правозастосуванні (тлумаченні, кваліфікації). Крім того, як указується у правовій літературі, правонаступництво може мати місце в системі юридичної освіти й навіть у викладанні конкретних юридичних дисциплін [3, с. 114, 115]. Для прикладу

достатньо пригадати курс римського права в університетах епохи середньовіччя і його викладання в сучасних юридичних вузах. Відповідно, правонаступництво у праві не може породити правонаступництва в науці про право [9, с. 158], що особливо відчутно в доктрині МПрП.

Що стосується правонаступництва у сфері правового регулювання, то тут відбувається запозичення позитивного й прийнятного досвіду регламентації приватно-міжнародних суспільних відносин з колишніх періодів розвитку правової системи і відмова від негативного й недоцільного. правонаступництво визнається закономірним зв'язком між різними етапами розвитку правової системи, що характеризується переходом тих чи інших елементів від попереднього етапу до наступного. А тому кожен новий виток спіралевидної генези правової політики в МПрП ґрунтується на попередніх досягненнях, залучає їх і підпорядковує новим потребам, інтересам, цілям. Накопичений теоретико-прикладний матеріал правової політики в МПрП передається новим поколінням, пристосовується до свого часу й рухається далі, виступаючи закономірністю прогресу, еволюції правових підходів, засобів, принципів упорядкування приватно-міжнародних відносин, пов'язаних з двома або більше правопорядками. Ось чому можемо стверджувати, що правова політика в МПрП розглядається як продукт історичного розвитку суспільства; вона відчуває вплив минулого, раніше діючого, що сягає з епохи античності, коли вперше з'явилося осмислене регламентування приватно-міжнародних суспільних відносин, а вибір варіанту їх упорядкування пов'язувався з відповідними причинами доцільності, корисності, зручності, що є актуальними і сьогодні. Для прикладу слід пригадати давньоримські корені колізійних критеріїв походження й доміцілію, що й дотепер використовуються правовою політикою в МПрП для підпорядкування особистих і речових приватно-міжнародних відносин певному законодавству, або ж середньовічний здобуток розв'язання колізій за допомогою автономії волі, що на сьогодні широко застосовується правовою політикою в МПрП для регулювання контрактів, шлюбно-сімейних і спадкових відносин з метою надання більшої індивідуальності, гнучкості й диспозитивності правового регламентування.

Правонаступництво поєднує минуле, сучасне й майбутнє, виступаючи своєрідним містком, провідником колишнього правового досвіду, накопиченими сторіччями правовими цінностями, що сприймаються в нинішній правовій системі й мають бути передані для подальшого розвитку. А тому законодавець повинен формулювати норму, використовуючи досвід минулого і маючи перед очима теперішнє. Між тим норма за своєю необхідністю завжди призначена для майбутнього [5, с. 117]. Як в унісон відзначається в теорії права, немає жодної з раніше існуючих чи нині діючих правових систем, яка тією чи іншою мірою не відчувала б впливу минулого. Наступництво вводить у життя нових поколінь уже готові досягнення у правовій сфері, що має велике значення для розвитку права в цілому, робить його більш динамічним і добродійно впливає на весь процес правотворчості. У результаті не тільки скорочується шлях пошуку оптимальних рішень у даній царині, але стає можливим уникнення багатьох подібних помилок, що мали місце у минулому [10, с. 11; 8, с. 145].

Тому можемо дійти висновку, що цінності, пріоритети, принципи, методи, норми і стандарти впорядкування приватно-міжнародних суспільних відносин з'явилися в нашій сучасній правовій системі не враз і раптово, а пройшли довгий еволюційний шлях становлення й фільтрації, й були сприйнятими за належне або неналежне на кожному наступному історичному етапі, отримали позитивну чи негативну оцінку й визнання, що дозволило зійти на подальшу часову сходинку і стати підвалинами сучасної правової політики в МПрП.

Слід зазначити, що правонаступництво здійснюється не автоматично, бо накопичений і прийнятний досвід правового регулювання приватно-міжнародних суспільних відносин чимдалі вдосконалюється й поліпшується, що забезпечує відчутний прогрес у правовій регламентації. Для прикладу згадаємо регулювання угод за допомогою використання колізійного критерію *lex loci contractus*, що спершу мав визнаний пріоритет перед багатьма іншими. Однак з розвитком технічних можливостей комунікацій, зростаючою мобільністю, що вплинула на можливу випадковість місця укладення контракту, законодавчими розбіжностями у праві різних країн щодо критерію такого місця, названий колізійний критерій нерідко поступається іншим (наприклад, закону (-ам), що обирають сторони контракту, закону сторони, що має вирішальне значення для реалізації контракту та ін.). За словами Н. Неновські, нова формація успадковує інститути права, а потім удосконалює їх, оскільки вони відповідають новому базису, спорідненому у своїй основі старому. Народжені останнім, вони розвиваються й удосконалюються в нових умовах [9, с. 45].

Водночас необхідно відмітити, що далеко не всі здобутки колишньої правової політики в МПрП знаходять позитивну оцінку й перепустку в сучасність. За думкою Р. Іеринга, право є Сатурн, який пожирає власних дітей; воно може оновлюватися лише відрікаючись від свого минулого [6, с. 7]. А тому багато чого залишається в історії, знаходить заперечення в сучасності й відкидається як неналежне. Звернімося до докладно розробленої теорії статутів, що панувала декілька століть в Західній Європі як засіб вирішення колізій. Її технічний характер, умовність, непридатність для врахування важливих аспектів приватно-міжнародних відносин вплинули на відмову від її застосування. А тому цю теорію спіткала неприваблива доля забутої концепції, яка більше не має прибічників чи розробників, не сприймається законодавством і згадується як один з етапів розвитку МПрП лише в підручниках та під час лекцій в університетських аудиторіях.

Як заперечення деяких старих конструкцій, так і їх оновлення виступають закономірностями діалектичного розвитку правової політики в МПрП, необхідними її елементами, без чого неможливим є рух уперед від однієї історичної епохи до іншої, досягнення більш високого ступеня регламентування приватно-міжнародних суспільних відносин. І можливо, саме через існування в минулому статутної теорії, що не витримала випробовування часом і практикою, з'явилися нові концепції й теорії і тепер ми маємо наявну парадигму регулювання цих відносин.

Іншою важливою рисою історичного розвитку правової політики в МПрП виступає рецепція, (лат. *rescriptio*) що в теорії права означає “запозичення” або “відтворення”. В історії права цей термін вживається для позначення саме запозичення, відтворення якою-небудь внутрішньодержавною правовою системою принципів, інститутів, основних рис іншої внутрішньодержавної правової системи [4, с. 597]. Тут може відбуватися запозичення елементів іноземної правової системи в національну.

Для МПрП рецепція має особливо важливе значення. Адже на основі здобутків іноземних правових систем можна відшукати такі прийнятні й доцільні схеми й варіанти впливу на приватно-міжнародні суспільні відносини, які вже були випробувані іншими системами права. Як цілком слушно відзначив В.І. Кисіль, “юридична наука і практика будь-якої країни не можуть розвиватися лише на основі інформації, отриманої у рамках власної правової системи” [7, с. 34]. А тому існує можливість і неминучість використання порівняно відсталою країною правового досвіду більш прогресивних щодо цього країн [10, с. 16]. Для прикладу можна навести широку рецепцію критерію розв’язання колізій за допомогою найбільш тісного зв’язку, що був запозичений

національною правовою системою з американської. Більше того, через відносно малу історію вітчизняного МПрП, тривалу закритість радянського суспільства, недооцінку державою значення наукових досліджень у цій сфері значна кількість його здобутків є результатом рецепції саме з права іноземного.

Зараз також можна спостерігати прояви рецепції з іноземних правопорядків. Але варто зауважити, що при залученні й використанні іноземного досвіду правовій політиці в МПрП необхідно враховувати національні особливості, реалії вітчизняної правової системи, стан розвитку суспільства тощо. Як відзначається у правовій літературі, “у процесі запозичення у формі права його суб’єкт (законодавець, правозастосувач) мусить не тільки оволодіти сумою готових правових норм і вимог, які сприймаються (з чужого досвіду), й погодити їх з національним ґрунтом, з наявними нормами й вимогами свого суспільства (перш за все Конституцією), пропустити їх не тільки через власну правосвідомість, а й через правосвідомість суспільства, з тим, щоб елементи, що вводяться у вітчизняну правову систему, стали як його особистими переконаннями і принципами, так і всього суспільства, тобто прижилися на національному ґрунті” [1, с. 12]. Теоретики права застерігають: там, де йдеться про правове регулювання, пов’язане з такими чинниками, як психологія, культура, людський фактор, у таких відносинах питання правонаступництва стоять під великим сумнівом [8, с. 152]. А тому в разі запозичення іноземного права насамперед пропонується перевірити його виправданість, оптимальність, прийнятність для правової системи відповідної країни й соціального середовища [7, с. 34, 35]. Усе це вказує на необхідність обережного й виваженого підходу до рецепцій з іноземного права, особливо у сфері правової регламентації приватних відносин, пов’язаних з двома або більше правопорядками.

Незважаючи на те, що і правонаступництво, і рецепція є об’єктивними закономірностями подальшого розвитку МПрП, їх використання повинно бути узгодженим з національною позицією, пріоритетами, стандартами в царині правового регулювання приватно-міжнародних суспільних відносин. Ось чому правонаступництво й рецепція, будучи чинниками історичного становлення, формування й розвитку МПрП, можуть використовуватись як усвідомлені засоби і знаряддя правової політики в цій сфері, за допомогою яких відбувається еволюція правового регулювання, добираються прийнятні й доцільні варіанти опосередкування приватно-міжнародних відносин, способи впливу на них для забезпечення національних потреб та інтересів, досягнення бажаних правових результатів.

Подальший розвиток наведених положень та поглиблене обґрунтування висновків можуть бути проведені в наступних наукових дослідженнях.

Список літератури: 1. Авраменко Л.В. Межі й помилки спадкоємності та запозичення у праві // Пробл. законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В.Я. Тацій. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2005. – Вип. № 76. – С. 8-16. 2. Авраменко Л.В. Механізм преемственности в праве // Пробл. законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В.Я. Тацій. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 1998. – Вип. 34. – С. 10-15. 3. Бажанов М.И. К вопросу о преемственности в уголовном праве // Пробл. законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В.Я. Тацій. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 1995. – Вип. 30. – С. 114-121. 4. Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. – М.: ИНФРА-М, 1999. – 790 с. 5. Гредескул Н.А. К учению об осуществлении права. – Х.: Тип. Адольфа Дарре, 1900. – 236 с. 6. Иеринг Р. Борьба за право. – М.: Изд. маг. «Кн. дело», 1901. – 80 с. 7. Кисіль В.І. Особливості кодифікації міжнародного приватного права у країнах германської правової сім’ї // Міжнародне

приватне право. Актуальні проблеми / За ред А. Довгерта. – К.: Укр. центр правн. студій, 2001. – С. 33-60. **8. Колдаєва Н.П.** О преемственности в праве // Теория права: новые идеи. – Вып. 1. – М.: ИГП АН СССР, 1991. – С. 140-152. **9. Неновски Н.** Преемственность в праве. – М.: Юрид. лит, 1977. – 168 с. **10. Швеков Г.В.** Преемственность в праве. – М.: Высш. шк., 1983. – 184 с.

Надійшла до редакції 30.10.2006 р.

УДК 347.235 **О.М. Туєва**, канд. юрид. наук
*Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків*

ПРАВОВІ ПИТАННЯ САДІВНИЦТВА ЯК ФОРМИ ПІДСОБНОГО СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ЗЕМЛЕКОРИСТУВАННЯ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ

Садівництво останнім часом є доволі популярною й поширеною сферою діяльності населення України, спрямованою на підвищення матеріального добробуту, однією з форм ведіння громадянами підсобного господарства, що дозволяє забезпечити сільських і міських жителів овочами, фруктами, ягодами, а також організувати відпочинок. Водночас воно становить досить складний об'єкт з точки зору правового регулювання.

Дослідженню правової природи садівництва присвятили свої роботи такі науковці, як Г.С. Башмаков, О.Ф. Калинин, М.І. Козир, П.Ф.Кулинич, В.П. Цемко [Див.: 1; 3; 4; 6] та ін..

Мета цієї статті є аналіз правової природи використання громадянами України земельних ділянок під садівництво для виробництва сільськогосподарської продукції для власних потреб, визначення їх характерних рис правового режиму, а також сформулювання пропозицій по вдосконаленню правового регулювання суспільних відносин, що виникають у цій сфері.

Характер земельних правовідносин, що виникають у зв'язку із використанням земель під садівництво, має свої особливості, що зумовлюються тими цілями для яких надається земля, і порядком її використання. На таких земельних ділянках громадяни вирощують сільськогосподарську продукцію для задоволення власних потреб і реалізації її надлишків. Інакше кажучи, головною ознакою такого землекористування є його підсобний характер.

Протягом тривалого часу, до прийняття Земельного кодексу України 1991р. [2; 1991. – №10. – Ст. 98], земельні відносини, пов'язані із садівництвом, були засновані на колективній формі власності. Надання земельних ділянок спеціально для індивідуального саду законом не передбачалося, а ті, що були зайняті колективними садами, знаходилися в користуванні садівницьких товариств, що склалися із працівників підприємств, організацій та установ, і використовувалися відповідно до цілей, визначених Статутами товариств.

Питання надання й використання земельних ділянок під колективні сади регулювалися ЗК УРСР 1970 р. у розділі про землі несільськогосподарського призначення [2; 1970. – №29. – Ст. 205]. Такий підхід пояснювався тим, що садівничі колективи – не виробничі сільськогосподарські організації. Вони створювалися, щоб надати можливості робітникам і службовцям додатково, у вільний від роботи час, займатися сільськогосподарською діяльністю. Від них не можна вимагати ефективного

використання землі, як від сільськогосподарських виробництв. Якщо ж для таких садівничих колективів відводити землі сільськогосподарського призначення, то це деякою мірою може свідчити про нераціональне, неефективне використання продуктивних сільськогосподарських угідь [6, с. 198]. Таке твердження повністю відповідало ст. 42 ЗК УРСР, де чітко визначалося, що землі сільськогосподарського призначення використовуються сільськогосподарськими підприємствами, організаціями і установами відповідно до планів розвитку сільського господарства з метою задоволення зростаючих потреб народного господарства в сільськогосподарській продукції.

Членами садівничих товариств могли бути громадяни, які не користувалися присадибними земельними ділянками й городами. Така норма закону перешкоджала більшості сільського населення (та й частині міського) бути членами садівничого товариства, до того ж правовий режим городніх земельних ділянок не дозволяв вирощувати на них багаторічні насадження (фруктові дерева, ягідники). Статут закріплював права й обов'язки членів садівничого товариства, встановлював граничні розміри будівель і споруд, які можна було зводити на земельній ділянці.

Суттєві нововведення були запроваджені в колективне садівництво Земельним кодексом України 1991 р. Розмір земельної ділянки було збільшено вдвічі – до 0,12 га, земельні ділянки поділені на землі загального користування, що знаходяться в колективній власності кооперативу, і на землі, що є власністю членів кооперативу. Усі раніше діючі обмеження щодо облаштування садових ділянок були скасовані. На них можна було будувати будинки й господарські будівлі, зводити теплиці та інші споруди для вирощування сільськогосподарських культур. Крім того, стало можливим індивідуальне садівництво. Разом із тим чіткого визначення поняття земель для ведіння садівництва цей Кодекс не містив.

Земельний кодекс України 2001р. [2; 2002. – № 3-4. – Ст. 27] виправив цей недолік, установивши, що земельні ділянки для садівництва можуть використовуватися для закладання багаторічних плодкових насаджень, вирощування сільськогосподарських культур, а також зведення необхідних будинків, господарських споруд тощо (ч. 3 ст. 35 ЗКУ).

Основне цільове призначення ділянок для садівництва – це закладання й вирощування багаторічних плодкових насаджень, інших сільськогосподарських культур та експлуатація житлового будинку й господарських будівель, необхідних для сезонного проживання й задоволення господарських потреб громадян – власників земельної ділянки, а також членів їх сімей. Садовий будинок не може використовуватися для реєстрації постійного місця проживання його власника, оскільки, як правило, земельні ділянки для садівництва надаються за межами населених пунктів і не мають поштової адреси [4, с. 4].

Садівничке товариство є юридичною особою, що діє згідно із законодавством на підставі Статуту, який регулює основні засади його діяльності, встановлює права й обов'язки його членів. Статут садівничого товариства розробляється на підставі Типового статуту, і після його затвердження загальними зборами підлягає державній реєстрації у виконкомі за місцем знаходження товариства.

Надані садівничкому товариству земельні ділянки складаються із земель загального користування, що знаходяться у власності самого товариства як юридичної особи, і земель, що належать на праві власності громадянам – членам садівничого товариства. До перших належать землі, зайняті захисними смугами, шляхами, проїздами, будівлями, спорудами та іншими об'єктами загального користування. На них місцевими держадміністраціями або органами самоврядування товариству видається державний акт на право власності. Розпорядження землями загального користування відбувається за

рішенням загальних зборів садівницького товариства.

Земельні ділянки товариства, призначені для закладення й вирощування багаторічних плодкових насаджень, а також зведення й експлуатації необхідних будівель та господарських споруд передаються у приватну власність членам цих товариств.

Якщо садівницьке товариство було створене до введення в дію ЗКУ 2001 р. і йому була виділена земельна ділянка на праві колективної власності, вона підлягає приватизації зі збереженням її цільового призначення.

Згідно з ч. 5 ст. 35 ЗКУ приватизація земельної ділянки громадянином – членом садівницького товариства здійснюється без згоди на це інших членів цього товариства на безоплатній основі в розмірі, що не перевищує 0,12 га. Ініціатива приватизації земельних ділянок має виходити від товариства як юридичної особи і його членів шляхом подання відповідної заяви до уповноваженого органу. На земельні ділянки, що передаються у власність кожному члену товариства, відповідними органами місцевого самоврядування або держадміністраціями видається державний акт на право власності на землю. Приватизація земельної ділянки не виключає громадянина зі складу товариства, оскільки існує низка питань, які можуть і повинні вирішуватися громадянами у складі останнього (наприклад, питання облаштування й підтримання в належному стані під'їзних шляхів, водо- й енергозабезпечення, санітарного стану садової території, її охорони, боротьби зі шкідниками сільськогосподарських культур та ін.).

Суб'єктом прав на земельну ділянку в садівницькому товаристві є конкретний громадянин, який досяг 18-річного віку, – член цього товариства, якому земля належить на праві приватної власності. Іншими словами, він володіє, користується й розпоряджається земельною ділянкою на власний розсуд, у тому числі може здати її в оренду для садівництва або продати в установленому законом порядку. Статутом товариства не можуть бути встановлені обмеження на користування громадянином (як власником, так і орендарем) земельною ділянкою для садівництва. Проте, якщо громадянин, будучи членом садівницького товариства підписав установчий договір, що містить певні обмеження, то вони будуть чинними відповідно до ст.110 ЗКУ.

Члени садівницького товариства мають право власності не лише на приватизовані земельні ділянки, а й на все створене й вирощене на них. Продукція, вирощена на зазначених земельних ділянках, має використовуватися на власні потреби громадян, а надлишки можуть продаватися на ринку.

Усі члени товариства мають рівні права на участь в управлінні його справами. Кожен його член зобов'язаний брати участь особистою працею або працею членів своєї сім'ї у загальних заходах, що провадяться в товаристві, дотримуватися санітарних і протипожежних правил, виконувати комплекс агротехнічних заходів по закладенню насаджень і догляду за ними, берегти спільне майно товариства і брати участь в охороні колективного саду.

Члени садівницького товариства зобов'язані виконувати (у тому числі і при використанні землі) вимоги його Статуту й постанови органу управління товариства. Однак ця норма не відповідає закріпленим ЗКУ правам власників земельних ділянок. Так, п. «б» ст.90 Кодексу надає власникові земельної ділянки право самостійного господарювання на землі, а основним принципом земельного законодавства, відповідно до п. «а» ст.5 ЗКУ, є невтручання в діяльність власників земельних ділянок, пов'язану з використанням землі.

У той же час дія Статуту товариства не може поширюватися на тих громадян, які придбали земельні ділянки у членів товариства, але не вступили до нього, оскільки законодавством не передбачена обов'язковість цього.

Земельний кодекс України встановлює, що використання земельних ділянок садівницьких товариств здійснюється згідно із законом і їх Статутом. Однак сам Кодекс присвячує садівництву лише одну статтю (ст. 35 ЗКУ), а Типовий статут садівницького товариства, затверджено постановою Ради Міністрів УРСР і Української республіканської Ради професійних спілок від 2 грудня 1986 р., на підставі якого розроблялися статuti конкретних товариств, скасовано. Ніяких інших правових норм, присвячених правовому регулюванню таких ділянок, законодавство не містить.

Усе це викликає істотні проблеми, пов'язані зі створенням нових садівницьких товариств, з визначенням їх організаційно-правової форми тощо. Так, Державний комітет України з питань регуляторної політики та підприємництва Листом від 13 жовтня 2004 р., №7076 «Про державну реєстрацію садового товариства» [5] роз'яснив, що садівницькі товариства відносяться до обслуговуючих кооперативів. Слід погодитися з П.Ф. Кулиничем, що за своєю суттю й природою діяльності садове товариство не є обслуговуючим кооперативом: воно не надає послуг своїм членам, крім представництва кооперативу (а не його окремих членів) в органах влади, організації підведення до земельних ділянок електроенергії, водогону, найому сторожа та іншого обслуговуючого персоналу. Але такі ж функції здійснює будь-яка юридична особа, а не лише обслуговуючий кооператив. Тому діяльність садівницьких кооперативів слід урегулювати шляхом прийняття окремого закону «Про садівницькі товариства», в якому має бути визначено, хто може бути членом товариства, тип такої юридичної особи, вимоги до змісту Статуту, порядок створення й діяльності тощо [4, с. 4].

Цілком очевидно, що і Типові статuti садівницького товариства уже відійшли в минуле, адже вони стримували розвиток колективного садівництва. Напевно, корисним може стати прийняття нового Примірного статуту садівницького товариства як однієї з форм сільськогосподарського використання землі, положення якого будуть мати рекомендаційний характер, що дасть можливість кожному товариству прийняти Статут відповідно до своїх потреб, які не суперечать законодавству.

Правовий режим земельних ділянок під індивідуальним садом чинним законодавством також детально не регламентується. Між тим практика потребує відповіді на деякі запитання. По-перше, чи лише із земель державної й комунальної власності сільськогосподарського призначення можуть відводитися такі ділянки? Чи недоцільніше планувати спеціальні масиви сільськогосподарських земель для компактного розташування індивідуальних садів? Можливо, це можуть бути й землі сільського населеного пункту (житлової забудови), оскільки на таких земельних ділянках поєднуються функції розміщення житла й виробництва сільськогосподарської продукції для власного споживання. Не слід також виключати й виділення для індивідуального садівництва окремо розташованих невеликих сільськогосподарських ділянок, використання яких іншими способами є нераціональним і які можуть бути ефективно використані лише для закладення садів, що не потребують механізованої обробки. По-друге, в чому ж полягає конкретне цільове призначення землі під індивідуальним садом? А якщо на такій земельній ділянці можна зводити будівлі, то чим вона, засаджена індивідуальним садом, буде відрізнятися від дачної земельної ділянки? Вважаємо справедливим, щоб порядок використання земель під індивідуальним садом був би аналогічним передбаченому для земельних ділянок садівницьких товариств. Що ж до конкретного цільового призначення, то основною їх ознакою має бути вирощування сільськогосподарської продукції для власних потреб.

Таким чином, висновки даного дослідження можуть бути такі:

1. Враховуючи значну роль земельних ділянок для садівництва в забезпеченні

населення сільськогосподарською продукцією, законодавству необхідно приділяти більшу увагу їх правовому регулюванню, що сприятиме не тільки збереженню, а й розвитку сільськогосподарського напрямку цільового призначення земельних ділянок для садівництва.

2. Незважаючи на приватизацію земельних ділянок для садівництва, доцільно збереження садівницьких товариств як форми діяльності громадян, яка полегшує процес їх обслуговування: прокладення під'їзних шляхів, енерго- й водозабезпечення, охорону ділянок, боротьбу з бур'янами і шкідниками сільськогосподарських культур тощо. Колективні форми використання землі під сади, на нашу думку, є сенс розвивати й далі, оскільки це сприяє забезпеченню не лише селян, а й міського населення продуктами сільськогосподарського виробництва, а також відіграє значну роль в ефективному й повному використанні земель сільськогосподарського призначення.

3. Зважаючи на недостатню врегульованість правового становища садівницького товариства, слід визнати необхідність прийняття закону «Про садівницькі товариства».

4. На зміну Типовому статуту садівницького товариства, як такому, що стримує розвиток колективного садівництва, має бути прийнятий Примірний статут, положення якого будуть мати рекомендаційний характер, що дасть можливість кожному товариству прийняти Статут відповідно до своїх потреб, що не суперечать законодавству.

Список літератури: 1. *Башмаков Г.С.* Право собственности на землю в личных подсобных хозяйствах и садовых товариществах // Право собственности на землю в сельском хозяйстве Российской Федерации / Отв. ред. *И.А. Иконническая* – М.: ИГП РАН, 1996. – С. 67-78. 2. Відомості Верховної Ради України (УРСР). 3. *Калинкин А.Ф., Козырь М.И.* Личное подсобное хозяйство, коллективное садоводство и огородничество. – М.: Колос, 1981. – 225 с. 4. *Кулинич П.Ф.* Земля для садівництва: правові питання // Юрид. вісн. України. – 2005. – №15 (511). – 16-22 квіт. 5. Про державну реєстрацію садового товариства: Лист Держком. України з питань регуляторної політики та підприємництва//www.nau.kiev.ua 6. *Цемко В.П.* Право сільськогосподарського використання землі в Українській РСР. – К.: Наук. думка. 1974. – 125 с.

Надійшла до редакції 26.10.2006 р.

УДК 349.6 **В.И. Гордеев, канд. юрид наук, доцент**
Национальная юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого, г. Харьков

ПРАВОВАЯ КЛАССИФИКАЦИЯ ВОДНЫХ ОБЪЕКТОВ

Водные объекты в силу природных характеристик не являются однородными, а поэтому важно в законодательстве закрепить их правовую классификацию. Как справедливо отметил О.С. Колбасов, «...она должна основываться на учете таких свойств и особенностей различных категорий вод, которые имеют юридическое значение, т.е. обуславливают необходимость установления различного порядка пользования различными видами вод, порождают дифференциацию правового режима вод» [8, с. 107]. В этой связи классификацию водных объектов можно осуществить по многим критериям, в нескольких аспектах и в различных направлениях.

После принятия новой редакции Водного кодекса Украины (далее – ВКУ) (1995 г.) [2;

1995. – №24. – Ст. 189] данная проблема не исследовалась. Между тем вопрос правовой классификации водных объектов имеет не только теоретический интерес, но и большое практическое значение. Поэтому целью данной статьи является обоснование четких критериев правовой классификации водных объектов и дальнейшее совершенствование водного законодательства Украины.

Классификации вод (водных объектов) ученые уделяли особое внимание в юридической литературе, в частности, О.С. Колбасов, Л.И. Дембо, С. Байсалов, Ю.А. Вовк [См.: 1; 3; 5; 8]. Этими исследователями в первую очередь отмечался естественно-природный (физико-географический) критерий их деления, так как именно он оказывает существенное влияние на правовой режим вод. Не случайно в ВКУ закреплена классификация водных объектов именно по этому критерию. Согласно ст. 3 ВКУ водные объекты делятся на поверхностные и подземные, на внутренние морские воды и территориальное море. Указанный критерий является основным, но не исчерпывающим.

В свою очередь поверхностные водные объекты стали подразделяться на водоемы и водотоки. Однако в ВКУ не указывается их различия. Вот почему представляется необходимым определить в законодательстве понятия «водоем» и «водоток». В научной правовой литературе высказывалось мнение о возможности разделять воды в замкнутых водоемах и проточные воды (не исключена, заметим, и дальнейшая их дифференциация) [3, с. 40]. В то же время правильное определение указанных объектов и их отличий имеет существенное значение, в особенности для правоприменительных органов.

Основным отличием водоемов от водотоков является движение воды в них. П. Павлов, отмечая новшества ВК РФ от 19 ноября 1995 г., указывает, что правовая классификация вод стала основываться не только по признаку расположения их на поверхности суши или в недрах, но и по характеру движения водных масс [10, с. 35].

Представляется целесообразным проанализировать состояние вод в поверхностных водных объектах. Воды, находящиеся в водоемах (озерах, прудах, водохранилищах), как правило, характеризуются замедленным движением или полным отсутствием последнего. Воды поверхностных водотоков (рек и ручьев) находятся в движении постоянно. При этом оно происходит в направлении углубления земной поверхности. Как видим, основным критерием деления поверхностных водных объектов на водоемы и водотоки должно являться движение их водных масс. Такой критерий деления приближает водное законодательство к реальным потребностям водного хозяйства и одновременно диктует необходимость соответствия правовой формы естественно научным характеристикам водных объектов.

В этой связи следует обратить внимание на содержание ст. 3. ВКУ, в которой закрепляется, что к поверхностным водным объектам относятся также и каналы – искусственные водоемы. Но если учесть, что вода в них находится постоянно в движении в направлении искусственно созданного углубления земной поверхности, то по критерию движения вод каналы должны относиться к водотокам. Следовательно, классификация водных объектов, закрепленная в ст. 3 ВКУ не совсем удачна. Это объясняется прежде всего применением в одной статье одновременно 3-х критериев правовой классификации: естественно-природного (физико-географического), по движению водных масс и происхождению водных объектов.

Наиболее приемлемым, на наш взгляд, следует считать, что при определении состава водного фонда необходимо применять только основной критерий деления водных объектов, а дополнительные, имеющие правовое значение, должны найти свое закрепление в отдельных статьях ВК.

Водные объекты в водном законодательстве различаются в зависимости от

происхождения и подразделяются на естественные и искусственные. При этом последние создаются в результате деятельности человека, его волеизъявления. В частности, выделяются такие искусственные водные объекты: водохранилища, пруды, каналы. Деление поверхностных водных объектов по такому критерию является вполне приемлемым. Данный критерий классификации нашел свое закрепление в водном законодательстве Украины, Азербайджанской Республики. В соответствии с ним поверхностные водные объекты делятся на искусственные и естественные водоемы. Между тем по этому критерию подлежат такой классификации не только водоемы, но и водотоки. Например, к искусственным водотокам следует отнести каналы, а к естественным – реки и ручьи. В свою очередь в категорию естественных водоемов подлежат включению озера, а искусственных – пруды и водохранилища.

В свое время О.С. Колбасов отрицал необходимость и полезность классификации вод на естественные и искусственные, так как воды, переустроенные или образовавшиеся при содействии человека (водохранилища, пруды и т.п.), не имеют таких юридически значимых особенностей, в силу которых их надлежало бы выделять в самостоятельную разновидность вод [8, с. 108, 109].

По нашему мнению, критерий деления поверхностных водных объектов в зависимости от их происхождения имеет юридическое значение, что подтверждается правовыми нормами действующего законодательства Украины. В частности, в ст. 59 ЗК Украины предусматривается, что замкнутые естественные водоемы площадью до 3-х гектаров могут передаваться в собственность юридическим и физическим лицам. Соответственно, можно сделать вывод, что имеющиеся поверхностные искусственные водоемы (пруды, водохранилища или их части) независимо от их площади не могут перейти в частную собственность. По законодательству собственники земельных участков имеют право создавать на них искусственные водоемы. В ст. 82 ВКУ закрепляется особый порядок их создания. Как видим, данный критерий классификации указывает и на правовой режим того или иного водного объекта и подлежит применению при определении их видов.

Водный кодекс Украины закрепляет критерий классификации водных объектов также в зависимости от их значимости для государства. А.К. Соколова [7, с. 246], М.В. Краснова и П.И. Лапечук [6, с. 340] его называют «критерий в зависимости от правового режима». Однако трудно согласиться с таким названием, так как именно значение тех или иных водных объектов для государства определяет их правовой режим, а не наоборот. Деление водных объектов на поверхностные и подземные, водотоки и водоемы, искусственные и естественные также определяет специфику их правового режима. Важно отметить, что отнесение различных объектов к той или иной категории существенно влияет на их правовой режим, установленный действующим законодательством.

В юридической литературе в период существования СССР обсуждались вопросы о возможности деления водных объектов на общегосударственные, республиканские и местные. По этому вопросу среди ученых не было единства. С. Байсалов доказывал, что воды можно разделить на районные, межрайонные, областные, межобластные, республиканские и межреспубликанские (общесоюзные) [1, с. 82]. Думается, что такое дробное деление вод на виды необоснованно. В частности, О.С. Колбасов, касаясь классификации вод в СССР и возражая С. Байсалову, отстаивал невозможность их деления применительно к иерархии органов государственной власти и управления на общесоюзные, республиканские и местные. Согласно точке зрения ученого, это весьма затруднительно из-за отсутствия обоснованных критериев разграничения вод, а поэтому такой способ их классификации чреват серьезными ошибками в определении их

правового режима и не может оказаться полезным [8, с. 109]. Следует отметить, что Советский союз являлся федеративным государством и включал территорию множества водных бассейнов. Но О.С. Колбасов прав в том плане, что действительно нельзя делить воды (водные объекты) применительно к органам государственной власти и управления, а если уж это и делать, то необходимо найти четкие и обоснованные критерии такого разграничения.

В правовой литературе отдельными учеными предпринимались попытки найти такие критерии деления. Так, Ю.А. Вовк указывал: «Нельзя, вероятно, при классификации водных объектов игнорировать их различную экологическую, экономическую и историко-культурную значимость, от которой зависит порядок эксплуатации и охраны конкретных водоемов» [3, с. 40]. Поэтому он предложил говорить с этой позиции о водных объектах местного, республиканского и союзного значения. Таким образом, учеными было предложено несколько критериев деления водных объектов в зависимости от их значимости для государства.

После провозглашения Украины самостоятельным государством в юридической литературе возникла точка зрения о необходимости деления водных объектов на две группы. А.М. Шумило поддерживает такую градацию водных объектов на республиканские и местные с учетом их зависимости от экономического и культурного значения. По его мнению, указанная дифференциация необходима для установления соответствующего правового режима водных объектов и с ее учетом должна определяться ответственность за причиненный ущерб [12, с. 12]. Трудно согласиться с позицией правоведа, что культурная значимость водных объектов может выступить критерием их деления на определенные виды. Как и научная или лечебная ценность, она также может послужить основанием отнесения определенного водного объекта к особо ценным объектам для Украины.

Думается, что основным критерием деления водных объектов на общегосударственного и местного уровня является их экономическая значимость для государства. Экологический же критерий здесь не может проявляться столь ярко, ибо любой водный объект выполняет огромную экологическую роль не только для жителей определенного населенного пункта, но и для конкретного региона.

Критерий деления водных объектов по экономической значимости для страны является приемлемым, и он фактически нашел свое отражение в действующем водном законодательстве Украины. Кроме того, в ст. 5 ВКУ дополнительно указан критерий их деления по нахождению поверхностных вод на территории более одной области, что также подтверждает экономическую весомость таких водных объектов. В этой связи все водные объекты на территории Украины подразделяются на два вида – общегосударственного и местного значения. Такая градация является обоснованной, так как существенно влияет на правовой режим водных объектов и имеет немаловажную практическую значимость. Интересно отметить, что действующий ВК РФ не закрепляет такого критерия классификации водных объектов [4].

В экологическом законодательстве Украины все природные ресурсы подразделяются на два вида – общегосударственные и местные. Не являются исключением и водные объекты. Закрепленная классификация их деления позволяет дифференцированно исчислять размеры сборов за пользование водными объектами, осуществлять их распределение между соответствующими бюджетами, определять возможность передачи местных водных объектов в иные формы собственности (частную, коммунальную) или в аренду. Кроме того, в ст. 49 ВКУ в зависимости от значимости водного объекта названы органы, имеющие право выдавать разрешение на специальное водопользование.

Между тем имеются отдельные несогласованности некоторых правовых норм, что вызывает определенные затруднения в правоприменительной деятельности. В ст. 39 Закона Украины «Об охране окружающей природной среды» указывается, что к природным ресурсам общегосударственного значения относятся подземные воды независимо от того, какие это виды вод, где они находятся и как используются [2; 1991. – №41. – Ст. 546]. Однако анализ ст. 5. ВКУ показывает, что подземные воды одновременно относятся и к общегосударственным и местным. При этом ВК основным критерием такого деления называет возможность (или невозможность) их централизованного использования. Выходит, что в соответствии с одним нормативным актом эти воды относятся к общегосударственным природным ресурсам, а согласно другому – могут быть водами как общегосударственного, так и местного значения. Представляется целесообразным привести нормативные акты в соответствие друг другу и устранить подобные нестыковки.

Вызывает сомнение и высказанная точка зрения А.М. Шумило, что в зависимости от категории водного объекта зависит, какие именно государственные органы – республиканские или местные – будут осуществлять контроль за его охраной и использованием. Независимо от значимости водного объекта функции такого контроля выполняют уполномоченные на то государственные органы. Согласно ст. 19 ВКУ эта обязанность возложена на Кабинет Министров Украины, государственные органы охраны окружающей природной среды, иные специально уполномоченные государственные органы в соответствии с законодательством Украины.

В отличие от земельного законодательства, где в основу деления земель на категории положено их основное хозяйственное назначение, водные объекты могут предоставляться в пользование для различных целей. Поэтому возможно выделить и дополнительные критерии классификации водных объектов и дифференцировать их правовой режим в зависимости от целей использования [8, с. 58].

Во-первых, все поверхностные водные объекты подразделяются на судоходные и несудоходные. Перечень внутренних водных путей, отнесенных к первой категории, утвержден Кабинетом Министров Украины 12 июня 1996 г. Судоходными являются водные пути, по которым осуществляется судоходство и которые внесены в реестр судоходных путей. При этом в Перечне отдельно выделены речные и морские пути.

Во-вторых, водные объекты делятся на источники водоснабжения и водоприемники. К первым относятся водные объекты, из которых производится забор воды для хозяйственно-питьевого, промышленного, сельскохозяйственного или иного водоснабжения. В свою очередь, эти объекты могут подразделяться на источники питьевого и непитьевого качества. К водоприемникам относятся водные объекты, в которые производится сброс возвратных вод, в том числе и сточных.

Считаем целесообразным выделить рыбохозяйственные водные объекты, водные объекты представляющие особую научную или культурную ценность или обладающие лечебными свойствами. Например, в ст. 62 ВК Украины указывается, что водные объекты, имеющие лечебные свойства, относятся к категории лечебных, если они включены в специальный перечень. Кабинетом Министров Украины 11 декабря 1996 года утвержден Перечень водных объектов, которые относятся к категории лечебных.

Приведенная классификация водных объектов с учетом цели их использования имеет в большинстве случаев относительный характер, поскольку в области водопользования действует принцип комплексной их эксплуатации. Вот почему тот или иной водный объект в одно и то же время может использоваться для различных целей [11, с. 10]. С учетом их других особенностей, например государственного правового статуса в ВКУ

виділяються водні об'єкти внутрішні, територіальні, а також приграничні.

Таким образом, в Водном кодексе Украины закріплені різні критерії класифікації водних об'єктів, які мають правовий значення. Між тим з урахуванням викладеного вважаємо необхідним удосконалити окремі його правові норми.

Список літератури: 1. Байсалов С. Водне право Казахської ССР (деякі проблеми теорії і практики). – Алма-Ата: Наука Каз. ССР, 1966. – 195 с. 2. Відомості Верховної Ради України. 3. Вовк Ю.А. Советське природоресурсове право і правова охорона оточуючої природної середовища (Общ. ч.): Учеб. посіб. – Х.: Вища шк., 1986. – 160 с. 4. Водний кодекс Російської Федерації. Офіц. текст.–М.: Изд. гр. “ИНФРА М. – КОДЕКС”, 1996. – 112 с. 5. Дембо Л.И. Основні проблеми советського водного законодавства. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1948. – 134 с. 6. Екологічне право: Особл. ч.: Підручник для студ. юрид. вуз. і фак. / За ред. В.І. Андрейцева. – К.: Істина, 2001. – 544 с. 7. Екологічне право України: Підручник для студ. юрид. вищ. навч. закл. / За ред. В.К. Попова та А.П. Гетьмана – Х.: Право, 2001. – 479 с. 8. Колбасов О.С. Водне законодавство в СРСР. – М.: Юрид. лит., 1972. – 216 с. 9. Колбасов О.С. Теоретичні основи права користування водами в СРСР. – М.: Наука, 1972. – 220 с. 10. Павлов П. Водне законодавство: теперішнє і майбутнє // Рос. юстиція. – 1996. – № 6. – С. 35-37. 11. Тимофеев Л.И. Комплексне використання вод. Правові питання / За ред. В.Н. Дем'яненко. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1985. – 88 с. 12. Шумило О.М. Проблеми відповідальності за порушення водного законодавства: Автореф. ... канд. юрид. наук. – Х., 1993. – 24 с.

Надійшла до редакції 06.11.2006 р.

УДК 347.73: 336.226.44] (477) Т.М. Шульга, асистентка
Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків

ДО ПИТАННЯ ПРО СТАНОВЛЕННЯ Й РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ОПОДАТКУВАННЯ У СФЕРІ ПРИРОДОКОРИСТУВАННЯ

Чинний Закон України „Про систему оподаткування” називає самостійними елементами цієї системи: плату (податок) за землю; збір за геологорозвідувальні роботи, виконані за рахунок Державного бюджету; збір за спеціальне використання природних ресурсів; збір за забруднення навколишнього природного середовища (ст. 14) [1; 1997. – № 16. – Ст. 119]. Деякі з названих зборів відомі й екологічному законодавству. Зокрема, статті 43 і 44 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» закріплюють збір за спеціальне використання природних ресурсів і збір за забруднення довкілля [1; 1991. – №41. – Ст. 546]. Усі зазначені збори об'єднують те, що вони безпосередньо стосуються використання природних ресурсів та охорони довкілля. Становлення й розвиток законодавства щодо них має свою історію. Їх виникнення пов'язане з переходом економіки України до ринкових відносин і законодавчим закріпленням принципу платності у сфері природокористування й охорони довкілля.

Питання щодо генези правового регулювання у сфері земельного оподаткування було предметом спеціального аналізу в науковій літературі історичного спрямування, зокрема,

в дослідженнях М.М. Шевердіна, М. Никирси [Див.: 6; 4] та ін. Представники фінансового права, як-то І.Є. Криницький, М.П. Кучерявенко, В.В. Хохуляк [Див.: 2; 3; 5] теж зверталися до зазначеної тематики. У наукових доробках учених досить докладно проаналізовано історичний аспект формування й розвитку законодавчих приписів щодо земельного оподаткування. Проте зазначені дослідники обмежились аналізом становлення й розвитку законодавства щодо земельного податку, який справляється при використанні земель. Що ж стосується оподаткування використання інших природних ресурсів, то до останнього часу ця проблема залишалася недослідженою. У той же час у сучасних умовах необхідність такого аналізу не викликає сумнівів, оскільки відомо, що за рахунок податків і зборів (у тому числі й у сфері природокористування) здійснюється формування Державного й місцевих бюджетів. Вважаємо, що дослідження в царині наповнення бюджетів за рахунок платежів природноресурсового характеру не буде повним без аналізу ознак і розгляду цієї категорії в історичному аспекті.

Слід зазначити, що за радянських часів в умовах командно-адміністративного управління у сфері охорони й використання природних ресурсів важливим чинником виступала така характерна ознака законодавства, як його імперативність. Таке становище не було випадковим, бо в умовах виключної державної власності на землю та інші природні ресурси проблема щодо платності за використання природних ресурсів взагалі не виникала.

Діючим на той час законодавством закріплювалося загальне правило, що використання не тільки землі, а й інших природних ресурсів здійснюється безоплатно. Разом із тим суб'єкти, які використовували, наприклад, землю, згідно із законом одночасно вважалися платниками земельного податку. Однак така ситуація розглядалася як виняток із загального правила.

Започаткування становлення й розвитку податкового законодавства незалежної держави пов'язано з прийняттям 25 червня 1991 р. Закону України „Про систему оподаткування” (далі – Закон). Цей Закон (у першій редакції) став необхідним підґрунтям для формування системи законодавства про оподаткування, закріпив принципи її побудови і призначення. Крім того, він встановлював види податків, зборів та обов'язкових платежів, напрямки їх зарахування, визначав коло платників податків, об'єкти оподаткування і передбачав відповідальність за порушення законодавства про податки. У складі загального переліку податків і зборів ст. 5 Закону називала податки та платежі, так чи інакше пов'язані з використанням природних ресурсів.

По-перше, самостійне місце в системі податків законодавець відводив платі за використання природних ресурсів (ст. 15). Її повинні були сплачувати всі підприємства, об'єднання та громадяни, які отримали природні ресурси у встановленому законом порядку у володіння, використання чи оренду для здійснення виробничої чи іншої діяльності. Нормативи, порядок визначення лімітів і плата за використання природних ресурсів згідно із Законом встановлювалися Кабінетом Міністрів (тобто на підзаконному рівні), а кошти від цієї плати зараховувалися до бюджету адміністративно-територіальної одиниці базового рівня місцевого самоврядування.

По-друге, спеціальна норма Закону (ст. 16) була присвячена платі за землю. Вона мала сплачуватися колгоспами, радгоспами, підприємствами, об'єднаннями та громадянами, яким земля надавалась у володіння, використання, у тому числі й на умовах оренди. Розмір цієї плати визначався залежно від якості й місцезнаходження земельної ділянки, з урахуванням кадастрової оцінки землі. Плата стягувалась у вигляді земельного податку чи орендної плати залежно від суб'єктного складу. Питання щодо розподілу коштів, отриманих від плати за землю, вирішувалося в такий спосіб: земельний податок

повністю зараховувався до бюджету адміністративно-територіальної одиниці базового рівня місцевого самоврядування, а орендна плата за землю надходила до позабюджетних фондів місцевих рад.

По-третє, окреме місце в Законі відводилося лісовому доходу (ст. 17). Він сплачувався лісокористувачами у вигляді плати за деревину, що відпускалася їм на корню або як плата за інше лісокористування в лісах державного значення. Зазначені положення не стосувалися колгоспних лісів. Лісовий дохід, як і плата за використання природних ресурсів і плата за землю (у формі земельного податку) теж зараховувався до бюджету адміністративно-територіальної одиниці базового рівня місцевого самоврядування.

По-четверте, спеціальні правові приписи були присвячені екологічному податку (ст. 18), який стягувався з усіх підприємств, об'єднань, організацій та громадян, які спричиняли шкоду навколишньому природному середовищу й погіршували якість природних ресурсів. Екологічний податок стягувався за нормативами, що встановлювалися залежно від рівня, обсягу й характеру забруднення довкілля та погіршення якості природних ресурсів. Нормативи плати за забруднення довкілля й погіршення якості природних ресурсів, порядок її розрахунку визначалися Кабінетом Міністрів. На відміну від зазначених вище платежів, екологічний податок зараховувався до позабюджетних фондів охорони навколишнього природного середовища місцевих рад.

Аналіз правових приписів першої редакції Закону дозволяє зробити деякі висновки. Насамперед слід зазначити, що поряд з платою за використання природних ресурсів, яку мали сплачувати всі природокористувачі, Закон виокремлював плату за землю (у вигляді земельного податку чи орендної плати) і лісовий дохід. І це не випадково. Відомо, що земля, будучи основою екологічної системи, завжди займала і займає домінуюче місце серед усіх природних ресурсів. Що ж стосується лісів, то за основу законодавцем, мабуть, приймалося те, що за своїм характером і властивостями цей об'єкт природи є відновлювальним. Саме тому він вимагав необхідності особливого підходу. Окрім того, звертає на себе увагу й те, що нормативи плати, порядок її розрахунку та інші важливі питання щодо оподаткування вирішувалися на підзаконному рівні Кабінетом Міністрів України: на розвиток принципів положень Закону уряд мав прийняти відповідні постанови.

Перша редакція Закону, присвячуючи платі за природні ресурси й землю, лісовому доходу й екологічному податку окремі статті, закріплювала також положення про те, що відповідні кошти, як надходження від названих платежів зараховувалися до бюджету адміністративно-територіальної одиниці базового рівня місцевого самоврядування. Виняток становив лише екологічний податок, кошти від якого зараховувалися до позабюджетних фондів охорони навколишнього природного середовища місцевих рад. Як бачимо, викладений підхід законодавця до формування вітчизняної системи оподаткування та визначення місця в ній платежів і податків екологічного спрямування мав на меті забезпечити фінансову основу функціонування адміністративно-територіальних одиниць базового рівня місцевого самоврядування – сіл, селищ та міст.

Нарешті, слід підкреслити, що Закон (в ред. від 25 червня 1991 р.), закріплюючи принципи побудови системи оподаткування та її призначення, задекларував також принцип економного використання природних ресурсів та охорони довкілля (ст. 3). Це створювало необхідне підґрунтя для реалізації принципів положень Закону України „Про охорону навколишнього природного середовища”, прийнятого того ж дня, що й Закон України „Про систему оподаткування”, тобто 25 червня 1991 р. В останньому, передбачено, що встановлення нормативів і розмірів зборів за використання природних

ресурсів, за викиди і скиди забруднюючих речовин у навколишнє природне середовище, утворення й розміщення відходів та за інші види шкідливого впливу є самостійним елементом економічного механізму забезпечення охорони довкілля (ст. 41).

У подальшому зміст досліджуваного нами Закону суттєво змінювався. Друга його редакція (2 лютого 1994 р.) не тільки визначала загальне поняття податку, збору та іншого обов'язкового платежу до бюджетів і внеску до державних цільових фондів системи оподаткування, а й передбачала суб'єктно-об'єктний склад оподаткування, чого не було передбачено в першій редакції Закону. Так, до об'єктів оподаткування ст. 6 віднесла спеціальне використання природних ресурсів.

Суттєвих змін зазнав також перелік загальнодержавних податків та інших обов'язкових платежів. Згідно зі ст. 14 Закону (у другій редакції) до загальнодержавних податків та інших обов'язкових платежів законодавець відносив плату за землю, плату по відшкодуванню витрат на геологорозвідувальні роботи, плату за спеціальне використання природних ресурсів, плату за забруднення довкілля. Проте, на відміну від першої редакції Закону, в другій, на жаль, немає визначення поняття й сутності зазначених видів платежів. Однак це зовсім не означає, що для характеристики відповідних видів платежів за основу не можна брати принципових моментів, закріплених попередньою його редакцією. Також слід звернути увагу на той факт, що з назви ст. 14 було вилучено термін „збори” (хоча він використовувався в першій редакції Закону і відновлений у чинній).

Третя, існуюча сьогодні редакція Закону від 18 лютого 1997 р., зберігаючи наступництво в основних положеннях, внесла зміни щодо податків і зборів у царині природокористування. Наприклад, уточнюється категорія земельного податку, яка в попередніх редакціях була представлена лише як плата за землю. У чинній редакції Закону додається термін „податок”, що не випадково, оскільки плата за землю виражається у двох самостійних формах: (а) як земельний податок і (б) як орендна плата. До речі, в першій редакції Закону, земельний податок і орендна плата фактично ототожнювались. Різниця полягала лише в тому, що плата за землю зараховувалась до бюджету адміністративно-територіальної одиниці базового рівня місцевого самоврядування, а орендна плата – до позабюджетних фондів місцевих рад (ч. 3 ст. 16). Вбачається, треба зазначити, що орендна плата – категорія цивілістична, на відміну від податку, який є фінансово-правовою категорією.

Крім того, термін „плата”, який використовувався в пунктах “ї”, “й”, “к” ст. 14 Закону в другій редакції, у чинному Законі замінено терміном “збір”. Також редакційно уточнено зміст п. “ї” ст.14: “плата по відшкодуванню витрат на геологорозвідувальні роботи” трансформувалася у “збір за геологорозвідувальні роботи, виконані за рахунок Державного бюджету” (п.12 ст.14). Подібне характерно і для збору за спеціальне використання природних ресурсів. У першій редакції Закону (п.13) мав назву “Плата за використання природних ресурсів” (ст.15), у другій уже уточнювалося, що плата стягується за спеціальне використання природних ресурсів (п. „й” ст.14), а чинним Законом, як уже зазначалося, термін “плата” було взагалі замінено на “збір” за спеціальне використання природних ресурсів.

Окремого аналізу заслуговує доля екологічного податку (п.13 ст.5 Закону в першій редакції), який згідно зі ст.18 мали сплачувати всі підприємства, об'єднання, організації та громадяни, що спричиняли шкоду навколишньому природному середовищу й погіршували якість природних ресурсів. Перш за все слід зазначити, що введення цього податку було здійснено паралельно із закріпленням у ст. 69 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" принципів положень щодо

особливостей застосування цивільної відповідальності. Цією нормою передбачено, що шкода, заподіяна внаслідок порушення законодавства про охорону довкілля, підлягає компенсації, як правило, в повному обсязі без застосування норм зниження розміру стягнення й незалежно від збору за забруднення навколишнього природного середовища й погіршення якості природних ресурсів.

Як бачимо, законодавець створив ситуацію, коли, з одного боку, шкода, заподіяна забрудненням довкілля та погіршенням якості природних ресурсів обов'язково підлягала відшкодуванню винними суб'єктами, а з другого – закріплювався обов'язок усіх суб'єктів, які спричиняли шкоду довкіллю та погіршували якість природних ресурсів, сплатити відповідні збори. У першому випадку йдеться про цивільно-правовий інститут відповідальності, у другому – про інститут податкового права. Зрозуміло, що стягнення екологічного податку стосувалося лише його платників, тобто суб'єктів, визнаних такими податковим законодавством. Відшкодування ж заподіяної шкоди здійснюється всіма винними суб'єктами, отже, її зобов'язані відшкодувати як особи, визнані платниками екологічного податку, так і інші особи, які не мають такого статусу, але спричинили шкоду довкіллю. Така правова конструкція цілком реальна, і її існування може бути обґрунтовано тим, що заподіяння шкоди, з одного боку, є правопорушенням, а з другого – обов'язком платника сплачувати екологічний податок.

Із викладеного можна зробити висновок, що екологічний податок включав два складники: (а) плату за забруднення навколишнього природного середовища і (б) плату за погіршення якості природних ресурсів. Однак у другій редакції Закону про екологічний податок взагалі вже не йшлося. Замість нього самостійним обов'язковим платежем передбачено один з його елементів – збір за забруднення довкілля.

Що ж стосується другого складника – плати за погіршення якості природних ресурсів, – то вона з невідомих причин не була включена до переліку загальнодержавних податків, зборів та інших обов'язкових платежів ні в другій, ні в третій редакції. У той же час у Законі України "Про охорону навколишнього природного середовища" в ст.45 зазначаються підстави (умови), за наявності яких стягуватиметься збір за погіршення якості природних ресурсів. Такою підставою виступає, зокрема, зниження родючості ґрунтів, продуктивності лісів, рибопродуктивності водойм тощо, яке має місце в результаті володіння й користування природними ресурсами. Установлюється цей збір на підставі нормативів, які визначаються Кабінетом Міністрів України. Але, на жаль, відповідні нормативи ще до цього часу поки що не визначені. Як бачимо, трансформація екологічного податку в законодавстві України ще далека до завершення. Низка питань у зв'язку з цим потребують окремої уваги дослідників.

Отже, спираючись на наведені міркування, можемо зробити висновок, що історія становлення й розвитку законодавства про оподаткування у сфері природокористування пройшла декілька відносно самостійних етапів. Так, якщо в дореволюційний період законодавець лише фрагментарно регулює питання щодо оподаткування в царині використання окремих природних ресурсів, то за радянських часів в умовах безоплатності використання природних ресурсів оподаткування природокористування здійснювалося як виняток. А вже починаючи з 1990 р., зі становленням незалежної України, спостерігається активне формування правових підвалин оподаткування у сфері природокористування й охорони довкілля.

Список літератури: 1. Відомості Верховної Ради України. 2. *Криницький І.Е.* Правовое регулирование налогообложения имущества: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2001. – 210 с. 3. *Кучерявенко М. П.* Курс податкового права: У 6-ти. т. – Т.І: Генезис

податкового регулювання: У 2-х ч. – Ч. 2. – Х.: Легас, 2002. – 791 с. 4. *Никирса М.* З історії податків // Буковинське Віче. – 2001. – №45. – С. 4. 5. *Хохуляк В.В.* Правовое регулирование земельного налога в Украине. – Черновцы: Рута, 2004. – 280 с. 6. *Шевердін М.М.* Податкове законодавство в УРСР у період нової економічної політики (1921-1929 рр.): Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2005. – 212 с.

Надійшла до редакції 24.10.2006 р.

УДК 342.951: [347.988.85:347.779] **О.Т. Зима, канд. юрид. наук, доцент**
Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЗАХИСТУ ПРАВА ПРОМИСЛОВОЇ ВЛАСНОСТІ В АДМІНІСТРАТИВНИХ СУДАХ

Право промислової власності є складником правового інституту інтелектуальної власності, який традиційно входить до цивільного права. Ефективність його реалізації значною мірою залежить від якісного правового захисту. Оскільки право промислової власності тісно пов'язано з підприємницькою діяльністю, його суб'єктами майже завжди виступають юридичні особи та громадяни, що набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності (далі – підприємства). За ст. 1 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК) такі підприємства мають право на звернення до господарського суду за захистом своїх порушених та оспорюваних прав і законних інтересів [1; 1992. – № 6. – Ст. 56.]. Тому тривалий час судовий захист права промислової власності здійснювався в порядку господарського судочинства. Його особливості досліджувались у низці наукових робіт, а основні аспекти проблеми висвітлені в підручниках та посібниках [Див.: 3, 4].

З 1 вересня 2005 року набрав чинності Кодекс адміністративного судочинства (далі – КАС), що викликало істотні зміни в судовій системі України [1; 2005. – № 35-36. – Ст. 446]. Чи вплинуло запровадження адміністративних судів в Україні на реалізацію судового захисту прав промислової власності, а якщо вплинуло, то яким чином? Саме вирішенню цього питання і присвячена дана стаття.

Принагідно зазначимо, що згідно з ч. 2 ст. 1 Паризької конвенції про охорону промислової власності від 12 березня 1883 р. до числа об'єктів промислової власності належать патенти на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, товарні знаки, фірмові найменування і вказівки про місце походження [5]. У своїй роботі за браком місця ми обмежимося дослідженням лише можливостей захисту в порядку адміністративного судочинства об'єктів права інтелектуальної власності, які віднесені до групи засобів індивідуалізації товарів та послуг, а саме фірмового найменування, торговельної марки (товарного знаку, знаку для товарів і послуг) та географічного зазначення (вказівки про місце походження).

Розпочати слід із загального огляду практики господарських судів щодо вирішення спорів, пов'язаних із захистом промислової власності. Досить значного поширення набули лише справи про захист права на торговельну марку (знак для товарів та послуг). З огляду на зміст позовних вимог такі справи можна поділити на три великі групи.

До першої треба віднести спори між підприємствами за позовами про припинення порушення права власника на знак для товарів і послуг, про заборону використання

словесних та інших позначень, зареєстрованих як торговельна марка чи її частина, про стягнення збитків і про відшкодування моральної шкоди, які виникли в результаті порушення права інтелектуальної власності на торговельну марку.

Другу групу становлять справи за позовами підприємств до Державного департаменту з питань інтелектуальної власності (далі – Держдепартамент) Міністерства освіти і науки України чи до самого цього Міністерства щодо усунення порушень стосовно реєстрації знаку для товарів і послуг (наприклад, про визнання недійсним рішення Апеляційної ради Держдепартаменту).

Третю, найбільшу за кількістю справ групу складають позови про визнання недійсним свідоцтва України на знак для товарів і послуг. Такі позови, зазвичай, подаються заінтересованим підприємствам до 2-х відповідачів – іншого підприємства, право інтелектуальної власності якого на знак для товарів і послуг засвідчено відповідним свідоцтвом, і Держдепартаменту Міністерства освіти і науки України.

Визначимося з питанням, до компетенції яких судів належить вирішення таких справ.

Що стосується першої групи справ, то тут і позивачем, і відповідачем є підприємства. Суб'єкти владних повноважень сторонами у справі не виступають, а сам спір, як правило, виникає при виконанні господарських договорів щодо використання торговельної марки або порушенні чи оспорюванні майнових прав інтелектуальної власності на торговельну марку. Вирішення таких справ відповідно до ст. 12 ГПК України належить до компетенції господарських судів.

Сторонами другої групи справ є суб'єкти з різним юридичним статусом. Тут позивачем може виступати підприємство, а відповідачем – Держдепартамент Міністерства освіти і науки України.

Держдепартамент слід визнати суб'єктом владних повноважень, оскільки він є державним органом, який відповідно до чинного законодавства наділено владними управлінськими функціями, необхідними для державного управління у сфері інтелектуальної власності. Реєстрації знаків для товарів і послуг є однією з функцій цього органу, що здійснюється в порядку, визначеному Законом України „Про охорону прав на знаки для товарів і послуг” [1; 1994. – № 7. – Ст. 36]. Аналіз норм цього Закону дає змогу стверджувати, що видається свідоцтво на знак для товарів і послуг у межах окремого адміністративного провадження неюрисдикційного характеру, яке слід віднести до групи реєстраційно-дозвільних проваджень. Такий спір виникає в результаті оспорювання підприємством дій, бездіяльності чи правових актів індивідуального характеру, здійснених чи прийнятих Держдепартаментом у межах згаданого адміністративного провадження. Позивач розцінює ці дії, бездіяльність чи правовий акт як незаконні і реалізує своє право на їх оскарження. Подібні справи згідно з п. 1 ч. 1 ст. 17 КАС України, безперечно, належать до компетенції адміністративних судів.

Найскладніше з третьою групою справ, де маємо ситуацію, коли підприємство подає позов до 2-х відповідачів. Одним з них є інше підприємство, другим – суб'єкт владних повноважень. За умови, якщо сторонами у справі є 2 підприємства, її слід направити до господарського суду; якщо позивачем є підприємство, а відповідачем – суб'єкт владних повноважень, позов розглядатиметься адміністративним судом.

На перший погляд така ситуація чітко врегульована ст. 21 КАС України, за ч. 3 якої не допускається об'єднання в одному провадженні кількох вимог, які слід розглядати в порядку різних судочинств, якщо інше не передбачено законом.

Інакше кажучи, кожна зі справ, віднесених до третьої групи, слід розділити на 2 самостійні, одна з яких має бути розглянута в порядку господарського, а інша – адміністративного судочинства.

Але річ у тім, що в зазначеній статті КАС йдеться про неможливість об'єднання в одному провадженні кількох різнорідних вимог. У нашому ж випадку вимога одна – визнання недійсним свідоцтва України на знак для товарів та послуг. Правда, іноді до неї додається вимога внести зміни до реєстру знаків для товарів і послуг, однак такий додаток не є суттєвим і має факультативну природу. Адже визнання недійсним свідоцтва автоматично тягне за собою внесення змін у реєстр знаків товарів та послуг. Іншими словами, у справах за позовом про визнання недійсним свідоцтва на знак для товарів і послуг вимога є єдиною і справа не може бути розділена на 2 частини, які б підлягали розгляду в різних провадженнях.

Варто застерегти практичних працівників від спроб паралельної подачі позовів про визнання недійсним свідоцтва на один і той ж знак для товарів і послуг до господарського і до адміністративного судів. Навіть якщо в одній справі відповідачем виступатиме підприємство, а в іншій суб'єкт владних повноважень, то все одно в обох випадках йтиметься про визнання недійсним одного й того ж індивідуального правового акта. Такий підхід може призвести до конфлікту рішень у разі, якщо один суд визнає свідоцтво недійсним, а інший відмовить у позові.

Щоб вирішити цю проблему, розглянемо ретельніше підстави віднесення справи про визнання недійсним свідоцтва на знак для товарів і послуг до компетенції адміністративного суду. З нашого погляду, тут потрібно виходити з наступного. Відповідачем у такій справі виступає суб'єкт владних повноважень (Держдепартамент), а позивачем – підприємство. Свідоцтво України на знак для товарів і послуг – це індивідуальний правовий акт, який є підсумковим документом у реєстраційно-дозвільному адміністративному провадженні. Інакше кажучи, у справах, віднесених нами до третьої групи, позивач фактично оскаржує індивідуальний правовий акт, виданий суб'єктом владних повноважень. А такі справи, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 17 КАС України належать до компетенції адміністративних судів, що виключає можливість їх розгляду судами господарськими.

Разом із тим постає інше запитання. Якщо в позові оскаржується індивідуальний правовий акт, виданий суб'єктом владних повноважень (порушується питання про визнання свідоцтва недійсним), то чи є підстави для участі у справі підприємства, якому видано таке свідоцтво, у якості відповідача? На нашу думку, так. Адже, з одного боку, набуття права інтелектуальної власності на знак для товарів і послуг засвідчується відповідним свідоцтвом, а визнання останнього недійсним анулює право інтелектуальної власності, тобто результати розгляду справи прямо впливають на права й законні інтереси підприємства, якому видано це свідоцтво. З іншого ж боку, провадження про видачу свідоцтва на знак для товарів і послуг порушується з ініціативи підприємства. Усі матеріали, на підставі яких приймалось рішення по справі, надаються підприємством. Підкреслимо, що його участь у цьому провадженні має надзвичайно велике значення. Тому об'єктивно вирішити справу щодо оскарження підсумкового документа такого провадження без участі його заінтересованого учасника майже не можливо.

Зазначимо, що в господарських судах склалася практика (правда, не дуже поширена), коли позов про визнання недійсним такого свідоцтва подаються саме до підприємства, якому воно видано, і справа розглядається й вирішується взагалі без залучення Держдепартаменту [2].

Безперечно, такий підхід не є виправданим: адже, як ми встановили, свідоцтво є індивідуальним правовим актом, виданим Держдепартаментом. Існування ж подібної практики ще раз підтверджує визнання господарськими судами за підприємствами – власниками свідоцтва на знак для товарів і послуг – правового статусу належного

відповідача у справах про визнання такого свідоцтва недійсним.

Узагальнивши всі отримані результати, можемо дійти висновку, що спори про визнання недійсними свідоцтв на знаки для товарів і послуг повинні розглядатись адміністративними судами, а відповідачами в таких справах мають виступати Держдепартамент і підприємство-власник свідоцтва.

Проте згідно з ч. 3 ст. 50 КАС України відповідачем в адміністративній справі може виступати лише суб'єкт владних повноважень, якщо інше не передбачено Кодексом. Тому запропонований нами висновок не може бути реалізованим на практиці. Водночас існує можливість залучення підприємства, якому видано свідоцтво на знак для товарів і послуг, до розгляду справи як третьою особою, яка не заявляє самостійних вимог на боці відповідача. Але правовий статус останньої не дасть змоги досить повно захистити права підприємства, що перебувають в залежності від результатів розгляду справи.

Як бачимо, остаточно й усебічно вирішити проблему щодо підвідомчості і складу учасників справ про визнання недійсним свідоцтва на знак для товарів і послуг з огляду на чинне законодавство неможливо.

Що ж до судового захисту права інтелектуальної власності на інші об'єкти, які є засобами індивідуалізації товарів і послуг, то про них зазначимо наступне. Судового захисту права власності на географічне зазначення (закріплення місця походження товару) стосується все наведене про судовий захист права власності на знак для товарів та послуг. Це й не дивно: адже у низці країн географічне зазначення розглядається як окремий підвид знаків для товарів і послуг або як їх складова частина. І хоча вітчизняний законодавець пішов іншим шляхом, чітко розмежувавши ці правові категорії, між ними залишилось дуже багато спільного.

Правова категорія „комерційне (фірмове) найменування” з'явилась в Україні нещодавно. Спеціального закону, який регламентував би особливості захисту права інтелектуальної власності на цей об'єкт, не існує. Норми Цивільного кодексу встановлюють лише загальні положення щодо комерційного найменування [1; 2003. – № 40-44. – Ст. 356]. Майже відсутня й судова практика з цього приводу. У той же час, оскільки набуття й реалізація права інтелектуальної власності на комерційне найменування не пов'язані з діяльністю будь-яких органів виконавчої влади чи інших суб'єктів владних повноважень, то можна стверджувати, що справи, пов'язані із захистом права інтелектуальної власності на комерційне найменування мають розглядатися в порядку господарського судочинства.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що адміністративне судочинство повинно посісти своє місце серед засобів захисту права інтелектуальної власності. У першу чергу йдеться про захист права промислової власності: адже в процесі її виникнення й реалізації вагому роль відіграє спеціалізований орган державного управління – Департамент інтелектуальної власності Міністерства освіти і науки України, який виступає суб'єктом владних повноважень.

Список літератури: 1. Відомості Верховної Ради України. 2. Господарське судочинство в Україні: Суд. практика. Захист прав інтелектуальної власності / Упоряд.: В.С. Москаленко та ін. – К.: Вид. дім „Ін Юре”, 2004. – С. 793-859. 3. Інтелектуальна власність в Україні: правові засади та практика. – Наук. – практ. вид: У 4-х т. – К.: Вид. дім „Ін Юре”, 1999. 4. Мельник О.М. Правова охорона знаків для товарів і послуг в Україні: Цивільно-правовий аспект. – Ірпінь: Академія ДПС України, 2001. – 135 с. 5. Паризька конвенція про охорону промислової власності // Господарське судочинство в Україні: Захист прав інтелектуальної власності. – К.: Вид. дім „Ін Юре”, 2004. – С. 114-

УДК 342.92 (477) **І.І. Сіліч, здобувач**
при кафедрі адміністративного права
Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків

ДО ПИТАННЯ ПРО СУТНІСТЬ І СТРУКТУРУ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОЦЕСУ

Становлення України як правової держави вимагає перетворення на демократичних засадах усіх основних державно-правових інститутів, запровадження нових принципів здійснення державної влади. першочерговим завданням якої є створення необхідних умов для реалізації громадянами своїх прав і свобод. У демократичному суспільстві права людини розглядаються як найважливіша соціальна цінність, а їх забезпечення – як головна функція держави.

Проблема належних взаємовідносин держави й людини – створення і функціонування відповідного механізму їх взаємодії. З огляду на це сфера адміністративно-правового й адміністративно-процесуального регулювання набуває особливого звучання стосовно забезпечення громадянам режиму найбільшого сприяння в їх стосунках з відповідними державними органами та їх посадовими особами. Навряд чи можна знайти інші сфери правового регулювання, де так яскраво відобразився б увесь спектр різноманітних людських інтересів, які фактично й забезпечують реальне життя індивіда в суспільстві. У цьому сенсі адміністративний процес становить собою одне з найцікавіших правових явищ, у якому взаємовідносини громадянина й держави (в особі її органів) одержують настільки широке правове підґрунтя. Тому важливо осмислити сутність адміністративного процесу з урахуванням наукових розробок минулого й новітніх підходів, сформульованих адміністративно-правовою доктриною.

Досить широкий спектр питань щодо сутності адміністративного процесу, його ролі й значення в регулюванні відповідних правовідносин знайшов своє відбиття в роботах російських правознавців: О.Є. Луньова, В.М. Манохіна, В.І. Новосьолова, І.В. Панової, Н.Г. Саліщевой, В.Д. Сорокіна, Ю.М. Старілова, С.С. Студенікіна [Див.: 3; 10-12]. При цьому слід підкреслити значний внесок, який зробили в дослідження питань адміністративного процесу саме вітчизняні правники, серед яких А.М. Бандурка, Ю.П. Битяк, В.М. Горшенєв, О.М. Якуба, Т.О. Коломоєць, В.К. Колпаков, О.В. Кузьменко, Р.С. Павловський, В.Г. Перепелюк, М.М. Тищенко [Див.: 2; 9; 15], та ін. У роботах наведених науковців отримали висвітлення проблеми, пов'язані з осмисленням феномену адміністративного процесу. Але окремі її питання протягом досить значного періоду часу викликали жваві наукові дискусії, які не втратили своєї актуальності й сьогодні. До них слід віднести й ті, що пов'язані з визначенням сутності і структури адміністративного процесу. Варто акцентувати увагу на те, що одним з найважливіших чинників, який і донині зумовлює актуальність цього питання, є те, що від чіткого визначення сутності і структури адміністративного процесу певною мірою залежить правове забезпечення участі громадян в адміністративно-процесуальній діяльності, вирішення питання про належне забезпечення їх прав і свобод, подальше вдосконалення

нормативно-правової бази адміністративно-процесуальної діяльності.

Перш за все зазначимо, що фактично адміністративний процес виник і розвивався на тлі еволюції публічно-правових інститутів, формування потужного адміністративного апарату, без якого неможливо було б здійснювати управління державними справами. По суті, вся історія становлення державного управління ілюструє наявність і необхідність відповідного регулювання діяльності органів, які виконували цю важливу державну функцію. Ось чому поряд з розвитком і становленням системи управлінських органів так чи інакше вдосконалювалося й процесуальне законодавство, відпрацьовувалися й формувалися засади процесуальної регламентації.

Подальший розвиток адміністративно-правової науки зумовив постановку питання про наявність окремого правового явища – адміністративного процесу. Період його становлення був складним, досить неоднозначним і викликав гострі дискусії серед представників адміністративно-правової науки. Ще на початку 60-х років ХХ ст., О.Ю. Луньов зазначав, що необхідною умовою роботи апарату державного управління є чітке правове регламентування адміністративного провадження: колегіальне рішення справ там, де цього вимагає закон; урегулювання спорів, що виникають у сфері державного управління в порядку та строки, передбачені правом; притягнення до адміністративної відповідальності з виконанням усіх вимог, які гарантують законність накладення стягнення тощо. Усе це широке коло питань, що мають важливе значення в подальшому покращанні діяльності органів державного управління, входить до поняття адміністративний процес [10, с. 43]. Ще раніше С.С. Студенікін підкреслював, що виконавчо-розпорядча діяльність здійснюється на підставі відповідних процесуальних правил, сукупність яких становить адміністративний процес [12, с. 44].

На наш погляд, сформульовані позиції вчених значною мірою зумовили виникнення подальших наукових дискусій щодо сутності й обсягу адміністративного процесу. Вважається, що перебіг і результати цього диспуту багато в чому сприяли формуванню сучасних поглядів на сутність адміністративного процесу, його обсяг та структуру. Певна група правознавців висловлювали думку, що адміністративний процес має суто юрисдикційну природу. Відштовхуючись від аналогії змісту цивільного і кримінального процесів, Н.Г. Саліщева обґрунтувала точку зору, що адміністративний процес становить собою розгляд державними органами суперечок, які виникають при вирішенні індивідуальних справ, а також застосування засобів примусу. При цьому нею обстоювалася позиція, що адміністративний процес і адміністративне провадження – це різні правові явища. До останніх Н.Г. Саліщева відносила провадження, (а) пов'язані з вирішенням завдань внутрішньої організації апарату управління; б) які опосередковують взаємовідносини відповідного державного органу з іншими державними органами, установами й організаціями, які не входять до їх системи; в) по справах, що стосуються відносин між громадянами або громадськими організаціями і виконавчо-розпорядчими органами. Зазначалося нею також, що правове регулювання такого роду проваджень відбувається за допомогою організаційних норм, які складають відповідну групу норм матеріального адміністративного права [11, с. 8-11].

Фактично співвідносилися з таким баченням адміністративного процесу й позиції деяких інших науковців. Наприклад, з погляду А.П. Ключниченка, адміністративний процес є не що інше, як порядок здійснення державними органами (а іноді й громадськими організаціями) специфічної діяльності по застосуванню адміністративного примусу, розгляду скарг, протестів, подань, заяв і вирішенню спорів, пов'язаних з управлінською сферою [7, с. 37].

Мали місце й інші позиції, які трактували адміністративний процес у більш широкому

аспекті, але вони не давали відповіді на запитання, чи охоплюється адміністративно-юрисдикційна діяльність поняттям „адміністративний процес”. Ю.М. Козлов, наприклад, писав, що адміністративний процес – це діяльність органів радянського державного управління по реалізації вимог, що містяться в нормах матеріального адміністративного права, тобто по вирішенню конкретних індивідуальних справ, що виникають всередині апарату управління, а також за його межами [8, с. 32].

Однією з найбільш виважених і обґрунтованих на той час вбачається позиція О.М. Якуби, яка підкреслювала, що адміністративний процес регулює своїми нормами вирішення індивідуальних справ у царині державного управління і здійснюється по багатьох напрямках. А оскільки однією зі сторін діяльності органів державного управління є їх діяльність у сфері юрисдикції, то юрисдикційна діяльність органів управління також охоплюється адміністративним процесом [15, с. 181, 182.]. Певною мірою питання визначення природи адміністративного процесу зумовлювалося розумінням самого поняття „юрисдикція”. Деякі вчені підходили до тлумачення адміністративного процесу з позиції широкого трактування поняття юрисдикції. В.А. Блінохватов, зокрема, наголошував, що під нею треба розуміти правозастосовчу діяльність компетентних органів і посадових осіб по індивідуальних юридичних справах, яка виконується відповідно до встановленої процесуальної форми. Наголошуючи на тому, що вся правозастосовча діяльність є юрисдикційною, він робить однозначний висновок, що весь адміністративний процес разом з іншими процесуальними формами входить до змісту юрисдикції і в силу цього є цілком юрисдикційним [4, с. 140-141].

В адміністративно-правовій науці питанню визначення цієї категорії приділялася досить велика увага, у тому числі й на монографічному рівні [14]. Це дозволило виокремити найбільш важливі ознаки адміністративної юрисдикції, до яких відносять, по-перше, наявність правового спору (правопорушення). Розв’язання юридичних справ, зумовлених позитивними обставинами, не охоплюються юрисдикційною діяльністю. Юрисдикція виникає, тільки коли необхідно вирішити спір про право чи порушення встановлених правових норм. Стосовно адміністративної юрисдикції такого роду спори виникають між сторонами суспільних відносин, що регулюються адміністративно-правовими нормами, набуваючи характеру адміністративно-правових спорів. По-друге, адміністративно-юрисдикційна діяльність унаслідок своєї соціальної гостроти вимагає належного процесуального регулювання. Установлення й доведення подій і фактів, їх юридична оцінка здійснюються в рамках особливої процесуальної форми, яка є важливою й обов’язковою для юрисдикції. По-третє, обов’язковість ухвалення рішення у вигляді юридичного акта – важлива ознака юрисдикційної діяльності.

Як спосіб, розв’язання правових конфліктів, юрисдикція передбачає необхідність ухвалення остаточного рішення – акта застосування норм права до конкретного випадку. Юрисдикційний акт стосовно конкретної адміністративної справи означає, по суті, розв’язання правового спору [2, с. 14-16]. Важливим аспектом адміністративної юрисдикції необхідно визнати також і те, що коло суб’єктів її здійснення значно ширше, ніж коло суб’єктів кримінально-юрисдикційної й цивільно-юрисдикційної діяльності. Але юрисдикційні повноваження кожного з органів адміністративної юрисдикції є чітко визначеними, а їх здійснення регламентуються відповідними процесуальними нормами. Вищою, найбільш відпрацьованою формою адміністративно-юрисдикційної діяльності є діяльність судових органів по розгляду правових спорів.

На сьогодні існування інституту адміністративної юстиції як вищої форми адміністративної юрисдикції вже є фактом об’єктивної реальності. Система адміністративних судів отримала не тільки чітке законодавче закріплення, а й належне

процесуальне забезпечення своєї діяльності в новому Кодексі адміністративного судочинства України [5]. Це дає змогу вести мову про те, що розгляд адміністративних справ у судовому порядку становить собою окремий складник адміністративно-процесуальної діяльності.

Зазначимо, що широкий погляд на зміст і структуру адміністративного процесу вже не викликає сумнівів. Однак не можна говорити про те, що на сучасному етапі розвитку адміністративно-правової науки ця концепція поділяється всіма без винятку вченими-адміністративістами. Так, білоруські вчені Д.А. Гавриленко й І.І. Мах наголошують, що адміністративний процес – це сукупність процесуальних дій, що виникають у результаті правовідносин, пов'язаних зі здійсненням правового захисту конкретних осіб [6, с. 294], що фактично підкреслює суто юрисдикційний характер процесу. І все ж таки такий підхід, на нашу думку, не має реальної наукової перспективи, оскільки штучно звужує рамки цього складного правового явища і не відповідає новітнім поглядам на призначення адміністративного права і процесу для регулювання широкого спектру правовідносин, що виникають у багатогранній діяльності органів держави, їх стосунках між собою і з громадянами.

На значенні позитивної управлінської діяльності в забезпеченні прав і свобод громадян, необхідності вдосконалення її процесуальної основи неодноразово наголошував В.Б. Авер'янов [1, с. 16-22]. Такий підхід є необхідним підґрунтям для визнання вагомим складником адміністративного процесу численних управлінських процедур, які, по суті, і визначають його структуру й особливості. Не викликає сумнівів і та важлива обставина, що дослідження й аналіз управлінських процедур дозволяє з'ясувати підходи до розвитку форм участі громадян в управлінні. Йдеться про можливість більш предметного розгляду демократичних форм, вивчення їх з точки зору здійснення процесу управління та його окремих функцій [13, с. 573, 574].

Важливо також наголосити на тому, що діяльність публічної адміністрації є багатоплановою. Вона приймає нормативні акти, при цьому обсяг адміністративної правотворчості значно перевищує обсяг законотворчості. Нормативних адміністративних актів видається набагато більше, ніж приймається законів. Вона також видає ліцензії, приймає на службу, розподіляє бюджетні та інші матеріальні засоби та ін. [3, с. 545]. Саме тому в правовій науці категорія „адміністративний процес” пов'язується з діяльністю публічної адміністрації. Такий підхід дозволяє тлумачити адміністративний процес як урегульовану адміністративно-процесуальними нормами діяльність публічної адміністрації, спрямовану на реалізацію норм відповідних матеріальних галузей права в перебігу розгляду й вирішення індивідуально-конкретних справ по задоволенню публічних інтересів [9, с. 50].

Ураховуючи існуючі погляди на порушені питання, вважаємо можливим сформулювати поняття „адміністративний процес” як складне правове явище, що об'єднує в собі в якості органічних складників процесуальну діяльність адміністративно-юрисдикційного характеру, пов'язану з регулюванням численних управлінських процедур, а також розгляд адміністративними судами адміністративних справ у порядку адміністративного судочинства.

Список літератури: 1. Авер'янов В.Б. Забезпечення прав людини в сфері виконавчої влади // *Правова держава*. – К.: ІДП НАН України. – 1998. – Вип. 9. – С. 16-22. 2. Бандурка О.М., Тищенко М.М. Адміністративний процес: Підручник для вищ. навч. закл. – К.: Літера ЛТД, 2002. – 288 с. 3. Бахрах Д.Н., Россинский Б.В., Стариков Ю.Н. Административное право: Учебник для вузов. – М.: Норма, 2004. – 768 с. 4.

Блинохватов В.А. Об административной юрисдикции и определении понятия советского административного процесса // *Формы государственного управления: 36. ст.* – М.: ИГП АН СССР. – 1983. – С. 134-141. **5.** *Відомості Верховної Ради України.* – 2005. – № 35-36, № 37. – Ст. 446. **6.** *Гавриленко Д.А., Мах И.И.* Административное право Республики Беларусь: Курс лекций. – Мн.: Дикта, 2004. – 415 с. **7.** *Клюшниченко А.П.* Производство по делам о мелком хулиганстве. – К.: РИО КВШ МВД СССР. – 1970. – 150 с. **8.** *Козлов Ю.М.* Предмет советского административного права. – М.: Изд-во МГУ, 1967. – 160 с. **9.** *Кузьменко О.В.* Теоретичні засади адміністративного процесу: Монографія. – К.: Атіка, 2005. – 352 с. **10.** *Лунев А.Е.* Вопросы административного процесса // *Правоведение.* – 1962. – №2. – С. 43-51. **11.** *Салищева Н.Г.* Административный процесс в СССР. – М.: Юрид. лит., 1964. – 157 с. **12.** *Студеникин С.С.* Социалистическая система государственного управления и вопрос о предмете советского административного права // *Вопр. сов. адм. права: 36.ст.* / Отв.ред. В.Ф. Коток. – М., Л. – Изд-во АН СССР. – 1949. – С. 5-60. **13.** *Тихомиров Ю.А.* Административное право и процесс: Полный курс. – М.: Изд-во М.Ю. Тихомирова, 2004. – 652 с. **14.** *Шергин А.П.* Административная юрисдикция: Монография. – М.: Юрид. лит., 1979. – 144 с. **15.** *Якуба О.М.* Советское административное право (Общая часть): Учебник. – К.: Вища шк., 1975. – 232 с.

Надійшла до редакції 15.11.2006 р.

УДК 347.73

Г.В. Бех, канд. юрид. наук

*Национальная юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого, г. Харьков*

ДЕЙСТВИЕ НОРМ ФИНАНСОВОГО ПРАВА ВО ВРЕМЕНИ, ПРОСТРАНСТВЕ И ПО КРУГУ ЛИЦ

Вопрос, вынесенный в заглавие статьи, имеет огромное теоретическое и практическое значение. Цель данной работы – проанализировать действие норм финансового права во времени, пространстве и по кругу лиц. На формирование позиции по исследуемому вопросу, значительное влияние оказали труды таких ученых, как С.С. Алексеев [1, с. 320-360], Д.Н. Бахрах [2, с. 180-230], Е.А. Ровинский [6, с. 150-190], Г.Ф. Шершеневич [7, с. 400-450] и др.

Финансово-правовая норма является одним из видов социальных норм, регулирующих общественные отношения в сфере финансовой деятельности государства путем наделения их участников формальными правами и обязанностями, осуществление которых обеспечивает планомерное образование, распределение и использование централизованных и децентрализованных денежных фондов государства. Ее содержание проявляется в правилах поведения, в общественных отношениях, непосредственно связанных с финансовой деятельностью государства.

Любая такая норма содержит указания на обстоятельства, при которых она подлежит исполнению, на субъектов (участников) регулируемого отношения, на возникающие у них при этом права и обязанности и на последствия неисполнения последних. Финансово-правовые нормы, устанавливающиеся государством в строго определенном порядке, направлены на образование, распределение и использование государственных и территориальных денежных фондов, необходимых для обеспечения выполнения функций государства, для удовлетворения общественно значимых потребностей. Кроме

того, их императивный характер направлен прежде всего на соблюдение финансовой дисциплины в области мобилизации, распределения и использования централизованных и децентрализованных фондов публичных финансов. Именно поэтому эти нормы предписывают четко определенные правила поведения субъектов в процессе возникновения, изменения и прекращения финансовых правоотношений. Эти же нормы содержат санкции, направленные против нарушений финансовой дисциплины.

Действие норм финансового права во времени. Любая норма, определяющая поведение участников общественных отношений, всегда имеет начальный и окончательный моменты своего действия. «От того, когда вступает в действие нормативный акт, на какую территорию он распространяется и т. д., в определенной степени зависят эффективность юридических норм, достижение целей правового регулирования...» [1, с. 237]. На данном этапе развития Украины имеет место некая мобильность внесения изменений в ее действующее законодательство, что характеризует его нестабильность и шаткость. Поэтому эти вопросы являются особо актуальными в данное время.

При использовании действия финансово-правовой нормы во времени важно различать определенные обстоятельства: (а) время, в течение которого финансово-правовая норма находится в силе, т.е. сроки ее формального, календарного действия, и (б) пределы ее фактического действия во времени, т.е. на какие события, факты, отношения указанная норма распространяется.

Как правило, в правотворчестве используются две разновидности так называемых темпоральных норм, регулирующих действие во времени других норм [2, с. 14-19]. Рассмотрим их более детально.

1. Финансово-правовые нормы, определяющие дату вступления их в силу, а значит, и дату отмены старых. Эти нормы содержатся в законах и иных актах о порядке опубликования и вступления в силу законов, постановлений, инструкций, приказов и других актов. Например, ст. 22 Закона Украины «О налоге на доходы физических лиц» содержит положение, что с 1 января 2004 г. указанный Закон вступает в силу, в связи с чем признается утратившим силу Декрет Кабинета Министров Украины от 26 декабря 1992 г. «О подоходном налоге с граждан» [3; 2003. – № 37. – Ст. 308]. При этом для определения сроков календарного действия финансово-правовой нормы следует учитывать:

– дату вступления нормы (акта) в силу, (например, ставка налога на доходы физических лиц будет установлена на уровне 15 % от объекта налогообложения с 1 января 2007 г., а временная ставка составляет 13 % [3; 2003. – № 37. – Ст. 308];

– дату отмены, прекращения, изменения действия данной нормы (к примеру, нормы Закона Украины «О Государственном бюджете Украины на текущий год» имеют периодический характер, так как действуют с 1 января по 31 декабря соответствующего года);

– дату начала и прекращения действия нормы о приостановлении действия нормы (так, действие ст. 11 Закона Украины «О налоге на доходы физических лиц» в части налогообложения операций купли-продажи недвижимости было приостановлено с 1 апреля до 31 декабря 2005 г. [3; 2005. – № 17-18-10. – Ст. 267]. Позднее ее действие было еще приостановлено до 1 января 2007 г. в соответствии с Законом Украины «О Государственном бюджете Украины на 2006 год» [3; 2006. – № 9. – 10 – 11. – Ст. 96]);

– даты, с которой и до которой действие указанной нормы продлено (к примеру, с 1998 г. взимание фиксированного сельскохозяйственного налога на Украине осуществлялось лишь в порядке эксперимента в нескольких районах страны. С 1 января 1999 г. на

основании Указа Президента «О фиксированном сельскохозяйственном налоге» от 18 июня 1998 г. и Закона Украины «О фиксированном сельскохозяйственном налоге» от 17 декабря 1998 г. взимание этого налога осуществляется на всей территории Украины.[5; 1998. – № 25.– Ст. 907; 3; 1999. – № 5-6. – Ст. 39]. Причем его уплата носит временный характер, поскольку действующее законодательство устанавливает срок своего действия до 31 декабря 2009 г. [3; 1999. – № 5-6. – Ст. 39]).

Анализируя действие норм финансового права во времени, необходимо разграничивать такие понятия, как «вступление в силу» и «начало действия» указанных норм. Некоторые нормы начинают действовать с даты вступления в силу тех или иных нормативно-правовых актов. Так, некоторые финансово-правовые акты начинают действовать с даты их вступления в силу (например, если они устанавливают размер оплаты налога с владельцев транспортных средств и иных самоходных машин и механизмов физическими и юридическими лицами). Однако действие иных норм бывает связано с наступлением определенного времени, изданием соответствующих нормативных актов меньшей юридической силы, возникновением каких-то ситуаций (к примеру, действия, совершаемые при налоговом представительстве).

2. Финансово-правовые нормы, определяющие, на какие отношения может распространяться новый акт в целом, его отдельные предписания и даже их части. Так, Бюджетным кодексом Украины регулируются отношения, возникающие в процессе составления, изучения, утверждения, исполнения бюджетов и рассмотрения отчетов об этом, а также контроля за исполнением Государственного бюджета Украины и местных бюджетов [3; 2001. – №37-38. – Ст. 189]. Известный специалист в области права Д.Н. Бахрах справедливо указывает на важность и необходимость различия таких обстоятельств, как дата вступления нормы в силу и порядок введения ее в действие. Так, если дату ее вступления в силу, отмены или приостановления определить возможно, то пределы, тип действия новой нормы, факты и отношения, на которые она распространяются и в каких случаях заменяет старую, установить сложнее. С его точки зрения «вступление нормативно-правового акта в силу означает, что с даты, определяемой общими, темпоральными нормами или самим актом, он, его отдельные нормы могут порождать определенные правовые последствия при наличии названных или вытекающих из содержания акта (нормы) условий. Если существуют соответствующие юридические факты, нормативные предписания должны (могут) реализоваться на правовой основе путем исполнения, соблюдения, применения» [2, с. 25].

Действие финансово-правовых норм в пространстве определяется территорией, на которую распространяется юрисдикция субъекта, издавшего нормативно-правовой акт. В соответствии с принципами государственного суверенитета и территориального верховенства законы, утвержденные высшими органами власти того или иного государства, действуют лишь на его территории, в пределах которой они являются актами, обладающими высшей юридической силой и имеющими приоритет перед всеми другими нормативными актами, действующими на этой же государственной территории. По мнению Г.Ф. Шершеневича, в пределах территории, подчиненной одной государственной власти, могут действовать только те юридические нормы, которые она намерена поддерживать. Она не может требовать признания изданных норм за пределами ее воздействия [6, с. 38]. Таким образом, на территории любого государства применяются только нормы права, опосредованные велениями власти, его государственной воли. Кроме того, ученый подчеркивает, что вопрос о пространстве действия закона может возникнуть не только в международных отношениях, но и внутри

одного государства, в котором действуют различные местные законы. Причины этого явления заключаются иногда в огромном пространстве государства, отдельные части которого находятся в столь разнообразных условиях климатического, этнографического, экономического характера, так что объединение их на почве права представляется подчас крайне затруднительным [6, с. 45].

В зависимости от территории действия нормы финансового права могут быть дифференцированы на нормы, действующие:

а) на всей территории государства, под которой понимается территория, находящаяся под суверенитетом государства Украины. Фактически это часть земного шара, включающая в себя сухопутную территорию, воду, воздушное пространство, недра, находящаяся под суверенитетом данного государства, на которую оно распространяет свою власть. В ч. 2 ст. 92 Конституции Украины содержится перечень отношений, порядок регулирования которых устанавливается исключительно законами, принимаемыми Верховной Радой Украины. К ним относятся почти все виды финансовых правоотношений. Исключительно законами Украины устанавливаются: Государственный бюджет Украины и ее бюджетная система; система налогообложения, налоги и сборы; основы создания и функционирования финансового, денежного, кредитного и инвестиционного рынков; статусы национальной и иностранных валют на территории Украины и пр.[3; 1996. – № 30. – Ст. 141].

б) на определенной территории, местности. К ним относятся финансово-правовые нормы, действующие на территории АРК, соответствующих территориальных громад. Статьи 138, 141-143 Основного Закона Украины устанавливают положения в области финансов АРК, органов местного самоуправления. Особенностью решений последних по финансовым вопросам является их территория, ограниченность и самостоятельность в принятии тех из них, которые касаются местных бюджетов, налогов и сборов. Решения органов местного самоуправления обязательны для расположенных на их территории предприятий, организаций, должностных лиц и граждан [3; 1996. – № 30. – Ст. 141];

в) только на территории отдельных предприятий, учреждений, организаций, обществ. Это касается всех нормативно-правовых актов министерств, других органов исполнительной власти и контроля. Как правило, они касаются прав, свобод и законных интересов граждан или же имеют межведомственный характер. В соответствии с Указом Президента Украины от 3 октября 1992 г. «О государственной регистрации нормативно-правовых актов министерств и других органов исполнительной власти» все эти акты подлежат государственной регистрации в Министерстве юстиции или в управлениях юстиции соответственно.[4; 1995. – № 1. – С. 3]. Г.Ф. Шершеневич утверждает, что общие и местные законы имеют одинаковую юридическую природу, ибо поддерживаются авторитетом государственной власти. По всем предметам, которые определены в местных законах, последние отстраняют действие общих. В то же время общие законы, зачастую (правда, не всегда) играют роль субсидиарного источника, из которого черпаются нормы для разрешения случаев, не предусмотренных в местных законах [6, с. 46, 47].

Действие норм финансового права по кругу лиц фактически определяется кругом участников (субъектов финансовых правоотношений), которым адресованы выраженные в финансово-правовых нормах предписания. Все такие субъекты, находящиеся на территории государства, подпадают в сферу действия его законодательства. Иными словами, нормативно-правовые акты издаются непосредственно с целью распространения их предписаний на всех лиц, находящихся на территории этого государства. Законодательство Украины, как и других стран, в основном приравнивает

иностранных граждан и лиц без гражданства по правовому статусу к гражданам своего государства. Согласно ее Конституции иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в государстве правами и несут обязанности «наравне с гражданами Украины, кроме случаев, установленных международными договорами Украины» [3; 1996. – № 30. – Ст.141]. В соответствии с Законом Украины «О правовом положении иностранцев и лиц без гражданства» указанные лица пользуются рядом прав и свобод, которые, по существу, неотделимы от гражданства (к примеру, они не могут избирать и быть избранными в государственные органы, участвовать в референдуме и пр.) [4; 1994. – № 23. – Ст.161].

Необходимо отметить, что действие финансово-правовых норм по кругу лиц может быть построено иногда и на принципе резидентства. При использовании определенного налога по отношению к конкретному плательщику учитывается критерий последнего. Как правило, разграничение лиц на резидентов и нерезидентов осуществляется на основании 3-х принципов: (а) постоянного местонахождения на территории государства; (б) источника полученных доходов; (в) пределов налоговой ответственности. Такая дифференциация юридических и физических лиц в целях налогообложения происходит по различным основаниям. Это касается регулирования налога на доходы физических лиц и на прибыль предприятий. Как видим, в части регулирования данных налогов законодатель устанавливает несколько различных правовой режим для налоговых резидентов и нерезидентов.

Список литературы: 1. Алексеев С.С. Общая теория права. В 2-х т. – Т.2. – М.: Юрид. лит., 1982. – 360 с. 2. Бахрах Д.Н. Действие норм права во времени: Теория, законодательство, судебная практика. – М.: НОРМА, 2004. – 224 с. 3. Відомості Верховної Ради України. 4. О государственной регистрации нормативно-правовых актов министерств и других органов исполнительной власти // Бюл. норм. актов министерств і відомств України. – 1995. – № 1. – С. 3. 5. Офіційний вісник України. 6. Ровинский Е.А. Основные вопросы теории советского финансового права. – М.: Госюридлитиздат, 1960. – 191 с. 7. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: Учеб пособие. В 2-х т. – Т. 1. – М.: Изд-во Юрид. Колледж МГУ, 1995. – 456 с.

Надійшла до редакції 26.10.2006 р.

УДК 347.73 **Чьонг Тхи Ким Зунг, аспирантка**
*Национальная юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого, г. Харьков*

ПРАВОВОЙ МЕХАНИЗМ НАЛОГА НА ДОХОД ПРЕДПРИЯТИЙ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ СОЦИАЛИСТИЧЕСКОЙ РЕСПУБЛИКИ ВЬЕТНАМ

За последние 15 лет Социалистическая Республика Вьетнам (далее – СРВ) стала членом многих международных организаций, активно участвует в региональной экономической интеграции государств Юго-Восточной Азии. Это обусловило необходимость адаптации национального, в том числе и налогового, законодательства страны к действующим региональным стандартам организации экономических отношений. В этой связи были снижены ставки ряда налогов, что существенно сократило доходы Госбюджета СРВ. В новых экономических условиях соответственно возросли

роль и значение других налогов, в частности, налога на доход предприятий, доля которого в настоящее время составляет более 25% от налоговых поступлений в СРВ.

Данные объективные обстоятельства вызвали потребность совершенствования правового механизма налога на доход предприятий, а также актуальность научных исследований правовых проблем, возникающих при взимании этого обязательного платежа. В этой связи огромное значение приобретает учет опыта иностранных государств в сфере правового регулирования налогообложения, изучение и сопоставление положений их национальных законодательств, существующих научных точек зрения по отдельным проблемам правового регулирования налога на доход предприятий (или иных, ему адекватных). Целью настоящей статьи, наряду с ознакомлением широкой научной общественности Украины с действующим вьетнамским законодательством является выделение элементов правового механизма налога на доход предприятий в СРВ, выявление существующих проблем в этой сфере, а также выработка рекомендаций по совершенствованию правового регулирования данного вида обязательных платежей.

Для научной правовой литературы Украины и России характерно наличие значительного количества работ, посвященных вопросам правового регулирования налоговых отношений, которые базируются на трудах известных российских ученых конца XIX – начала XX вв. [1, с. 81, 82; 5, с. 54]. Изучению специфики совокупности или отдельных элементов правового механизма того или иного налога в современных условиях уделили внимание И.Ш. Килясханов, И.Е. Криницкий, Ю.А. Крохина, М.П. Кучерявенко, В.П. Парыгина, и др. [См.: 9; 10; 11, с. 51-57; 13, с. 134; 14, с. 140-150]. К сожалению, в СРВ отсутствуют глубокие теоретические исследования таких вопросов. Существующая во Вьетнаме специальная юридическая литература в основном представлена либо статьями и докладами органов власти и государственного управления, которые разъясняют особенности применения отдельных положений действующего налогового законодательства, либо учебниками и учебными пособиями по финансовому праву [См.: 16-20].

Последнее фундаментальное научное исследование проблем правового регулирования налоговых отношений в СРВ, в том числе определения понятия «налог», а также элементов правового механизма отдельных обязательных платежей, составляющих систему налогообложения Вьетнама, было осуществлено Во Динь Тоаном почти 13 лет назад [6]. Однако за время, прошедшее с момента выхода в свет его работы, произошли существенные изменения как во вьетнамской налоговой системе, так и законодательстве. В частности, налог на прибыль в ходе налоговой реформы был заменен налогом на доходы предприятий. Следует отметить, что наиболее распространенной формой обложения доходов субъектов предпринимательства во всех странах Юго-Восточной Азии выступает именно налог на доход фирм (Corporate Income Tax).

На основании Решения IX съезда XI созыва Национального собрания СРВ от 10 мая 1997 г. был принят Закон СРВ «О налоге на доход предприятий» взамен действовавшего до этого с 1990 г. Закона СРВ «О налоге на прибыль». В последующем на XI съезде III созыва Национального собрания СРВ была утверждена новая редакция Закона СРВ «О налоге на доход предприятий» от 17 июня 2003 г. (далее – Закон) [15], что предопределялось необходимостью совершенствования налогового законодательства и являлось составной частью проводимой во Вьетнаме налоговой реформы.

Новый механизм взимания налога на доход предприятий принес реальный положительный экономический эффект, поскольку обеспечил увеличение доходов

Госбюджета СРВ, с одной стороны, а также значительный приток инвестиций в производство – с другой. Однако, как показывает практика правоприменения, и усовершенствованный механизм налога на доходы предприятий имеет ряд недостатков, которые негативно влияют на развитие рыночных отношений в стране. Поэтому считаем актуальным исследование правового механизма действующего во Вьетнаме налога на доход предприятий.

Прежде всего важно определиться с понятием правового механизма налога и его элементов. Как пишет Н.П. Кучерявенко, правовое регулирование обязательных платежей определяется как особенностями компетенции органов государственной власти и управления по их установлению, изменению и отмене, так и четким закреплением всех элементов, характеризующих налог как цельный совершенный механизм. Ученый делает акцент на том, что законодательные акты по отдельным налогам и сборам отличаются относительно стабильной, традиционной структурой, в качестве основных частей которой выступают элементы правового механизма налога или сбора [12, с. 67]. Такой же точки зрения придерживаются и иные специалисты, например, Ю.А. Крохина [11, с. 51, 52]. Вместе с тем наравне с указанными в литературе используются и иные термины, к примеру, «элементы закона о налоге» [14, с. 140], «элементы налогообложения» [3, с. 44] или «элементы налогового обязательства» [13, с. 134].

В условиях плюрализма мнений по данному вопросу более убедительным является позиция Ю.А. Крохиной и Н.П. Кучерявенко, поскольку она объективно отражает сущность и структуру такого экономического явления, как налог, являющегося целостной, единой системой, которая закрепляется соответствующими нормативно-правовыми актами. Только при наличии полного состава элементов правового механизма налога обязанность по его уплате может считаться установленной [11, с. 52].

По нашему мнению, применение для рассматриваемой цели иных терминов в полной мере не отражает особенностей всего комплекса социально-экономического и правового проявлений, а также оформления обязательных платежей. Структура налога, с одной стороны, является фундаментом для юридического закрепления налога, так как предопределяет содержание законодательных актов, устанавливающих обязанность уплаты того или иного обязательного платежа, а с другой – обуславливает особенности организации всей совокупности общественных отношений, охватываемых понятием «налоговая система».

Что же касается термина «элементы налогового обязательства», то, на наш взгляд, в данном контексте он не может быть применим, так как отражает более узкое по своей сущности понятие. При этом считаем возможным выразить сомнение в целесообразности применения категории «обязательство» к налоговым правоотношениям, поскольку в этом случае усматривается определенное несоответствие содержания такой категории особенностям правового режима отрасли финансового права [2, с. 39].

Действенность функционирования правового механизма налога прямо зависит от правильности выбора и достаточности его элементов. Изучая этот вопрос, Во Динь Тоан отмечает, что в налоговом законодательном акте должны быть четко определены субъекты, объект налога, ставка, единица обложения, срок уплаты и льготы [6, с. 23]. Отметим историческую изменчивость подхода к решению задачи выделения элементов в правовом механизме налога и их классификации. Приведенная точка зрения вьетнамского ученого отличается от взглядов М.М. Алексеенко, который указывал на такие составные части налога: 1) плательщики – вносящие налог; 2) предметы обложения – внешний хозяйственный факт, при наличии которого налог требуется; 3) единица обложения – единица меры или веса, принятая в фискальном законодательстве для

измерения предмета обложения, чтобы дать налогу количественное выражение; 4) оклад – то, что берется с единицы обложения; 5) налоговый платеж – сумма окладов, приходящаяся на данного плательщика соответственно числу единиц в предмете обложения [1, с. 81, 82]. Вместе с тем обе указанные позиции уже не отвечают сегодняшнему уровню развития финансово-правовой науки и законодательства. В современной литературе обоснованно высказываются иные точки зрения.

Так, основываясь на содержании ст. 17 Налогового кодекса РФ, Ю.А. Крохина указывает, что налог считается установленным лишь в том случае, если определены налогоплательщики и элементы налогообложения, а именно: объект обложения; налоговая база; налоговый период; налоговая ставка; порядок исчисления налога; порядок и сроки его уплаты. В необходимых случаях при установлении налога в акте законодательства о налогах и сборах могут также предусматриваться налоговые льготы и основания для их использования налогоплательщиком [11, с. 52].

Помимо этого элементы правового механизма налога в современных условиях подразделяют на основные, дополнительные и факультативные. Основные элементы определяют фундаментальные, сущностные характеристики налога, которые формируют основное представление о содержании налогового механизма (плательщик налога или сбора, объект налогообложения, ставка). Дополнительные элементы детализируют специфику конкретного платежа, создают завершенную и полную систему налогового механизма. Они так же обязательны для установления налоговой обязанности, как и основные, и не имеют факультативного характера. К ним относятся: налоговые льготы; предмет, база, единица обложения; источник уплаты налога; методы, сроки и способы его уплаты; особенности налогового режима; бюджет или фонд поступления налога (сбора); особенности налоговой отчетности. Факультативные элементы являются необязательными для правового механизма налога и могут закрепляться в законодательных актах, подчеркивая своеобразие именно этого налогового механизма, а могут и отсутствовать (например, ведение специальных кадастров по имущественным налогам; бандерольный способ уплаты и т.д.) [11, с. 53, 54; 12, с. 68-70].

Для правового механизма налога на доход предприятий в СРВ присуща следующая структура элементов: налогоплательщики; объект налогообложения; налоговая ставка; порядок исчисления налога; порядок и сроки его уплаты; налоговые льготы; налоговый период; порядок налоговой отчетности; фонд уплаты налога. Рассмотрим некоторые особенности содержания таких элементов.

Согласно статьям 1 и 2 Закона налогоплательщики – это организации и физические лица (в дальнейшем именуемые «деловые учреждения»), осуществляющие производство и реализацию товаров и/или услуг и получающие доходы. К ним не относятся домашние семейные хозяйства, физические лица, артели и кооперативы, занимающиеся сельским хозяйством, животноводством и рыбоводством. В этот перечень не входят домашние семейные хозяйства и крестьяне, занятые в крупномасштабном товарном производстве с высокими доходами, которые определяются Правительством [15]. Как видно из приведенного, наименование исследуемого нами налога не совсем точно отражает круг его плательщиков, которые этот Закон называет не «предприятиями», а «деловыми учреждениями» (читай – субъектами хозяйственной деятельности). Вот почему целесообразно внести соответствующие изменения в наименование рассматриваемого нормативно-правового акта.

Отметим, что существенной новацией для законодательства Вьетнама, введенной этим Законом, явилось то, что все субъекты хозяйственной деятельности (в том числе и предприятия с иностранными инвестициями) поставлены в равные условия по уплате

налога, чего не было ранее при взимании налога на прибыль.

Следующим элементом правового механизма налога на доход предприятий выступает объект обложения. В соответствии со ст. 6 Закона объектом налога являются доходы, полученные в отчетном периоде от деятельности в сфере производства, торговли, оказания услуг и из других источников, в том числе доходы, полученные за рубежом. Налогооблагаемый доход определяется как валовые доходы плательщика (общая сумма денежной выручки от продажи товаров, компенсаций за переработку и/или стоимости обслуживания, включая ценовые субсидии, взысканные суммы штрафов или дополнительных возмещений, полученных деловыми учреждениями), уменьшенные на сумму разумных затрат, связанных с налогооблагаемым доходом. При этом определение затрат осуществляется соответственно правилам, установленным ст. 9 этого Закона.

В экономической науке существуют такие понятия, как «доход», «валовой доход», «чистый доход», «доход средний» [4, с. 88, 198; 7, с. 459; 8, с. 30]. При этом используется также специальный термин – «облагаемый налогом доход», под которым понимается доход юридических и физических лиц, с которого они обязаны согласно закону уплачивать налоги и сборы [4, с. 198]. Однако последняя категория имеет скорее юридическое значение, поскольку обладает отсылочным характером и обозначает законодательно закрепленную конкретную форму дохода, наличие которого предопределяет для плательщика обязанность уплаты налога.

Анализ содержания вышеуказанных категорий и статей 7-9 Закона дают основания утверждать, что вьетнамский законодатель в качестве объекта обложения этим налогом избрал чистый доход (или прибыль), поскольку из валовых доходов нормативно предусмотрен вычет расходов на оплату труда (заработной платы). Относительно этого в специальной литературе указывается, что валовой доход определяется как разность между суммой выручки от продажи товара и суммой материальных затрат на его производство. Валовой доход равен сумме заработной платы и чистого дохода (прибыли). Прибыль при этом понимается как превышение доходов над расходами за определенный период времени, точнее, разность между ценой, по которой реализуется продукция, и полной ее себестоимостью [4, с. 88, 566].

В связи с изложенным представляется возможным высказать предложение о необходимости внесения изменений либо (как и в случае с субъектами-плательщиками) в наименование Закона СРВ «О налоге на доход предприятий», либо в содержание ст. 7 этого нормативного акта, прямо указав, что объектом обложения этим налогом выступает чистый доход (прибыль) субъектов хозяйствования.

При этом также следует иметь в виду, что для совершенствования правового механизма налога на доход предприятий возможно использование иной формы дохода, которая более жестко увязывала бы результаты хозяйственной деятельности плательщиков с уплачиваемыми ими суммами налога. Естественно, что такое изменение подхода к определению объекта обложения обязательно повлечет за собой необходимость перестройки всего существующего механизма налога на доход предприятий.

Налоговым периодом для определения объекта обложения налогом на доход предприятий согласно ст. 14 Закона является солнечный (календарный год). Закон предусматривает возможность применения иного бюджетного года, отличного от календарного. В этом случае обязанности по уплате налога и налоговой отчетности должны осуществляться в соответствии с таким налоговым периодом.

Далее в характеристике правового механизма налога на доход предприятий рассмотрим вопрос о применяемых ставках. В ст. 10 Закона закреплена единая ставка

налога в размере 28%. Если ранее при взимании налога на прибыль налоговые ставки в зависимости от отрасли экономики и вида деятельности составляли от 30% до 50%, то единая ставка по налогу на доход значительно уменьшила налоговое давление на плательщиков, обеспечив равенство между различными субъектами хозяйствования (в том числе между резидентами и нерезидентами) в вопросе обложения налогом на доход предприятий.

Следует отметить, что такое равенство является скорее декларацией, чем реальным положением, поскольку ч. 2 ст. 10 Закона предусматривает возможность установления налоговых ставок (по решению Правительства СРВ) в размере от 28% до 50% для субъектов хозяйствования, занятых разведыванием, исследованиями и добычей нефти, газа, других ценных и редких природных ископаемых в зависимости от конкретного бизнес-проекта.

Налоговые льготы занимают особое место в механизме налога на доход предприятий. Глава 4 Закона регулирует вопросы применения налоговых льгот. Для усиления заинтересованности в осуществлении инвестиций на развитие приоритетных отраслей и территорий, в увеличении товарооборота во внешней торговле и создании новых рабочих мест Законом также предусмотрена возможность снижения налоговых ставок в размере от 10% до 25% на период от 2-х до 9-ти лет и освобождения от уплаты налога на срок от 1-го до 3-х лет с учетом определенных обстоятельств.

Практика применения такой системы налоговых льгот показывает, что она весьма сложна и допускает для плательщиков возможность уклонения от уплаты налога. Эти недостатки должны быть учтены в дальнейшем при совершенствовании правового регулирования налога на доход предприятий.

Что касается порядка уплаты налога и введения налоговой отчетности, то в соответствии с гл. 3 Закона предусматривается самостоятельное исчисление и уплата плательщиками налога в Госбюджет СРВ в форме квартальных авансовых налоговых платежей, вносимых по предварительному согласованию плательщика с налоговыми органами размера этого обязательного платежа на базе показателей предыдущего календарного года. Налоговая отчетность осуществляется через годовую налоговую декларацию, крайний срок подачи которой установлен в 90 дней после окончания солнечного (календарного) года. Окончательный расчет по уплате налога на доход предприятий во Вьетнаме должен происходить не позднее 10-ти дней после истечения срока, предусмотренного для подачи годовой налоговой декларации.

В случае преобразования предприятия, слияния компаний, консолидации, разделения, ликвидации или банкротства деловые учреждения должны подавать в налоговые органы сообщения об этом в течение 45 дней с момента принятия соответствующих решений.

В заключение отметим, что практика проведения налоговой реформы во Вьетнаме показывает, что в целом введенный налог на доход предприятий – весьма эффективный инструмент обеспечения мобилизации средств в Государственный бюджет. Однако некоторые элементы правового механизма исследуемого налога требуют своего совершенствования.

Список литературы: 1. Алексеенко М.М. Репетиториум финансового права / Рукопись. – Б.М.: Литограф. Иванченко, 1898. – 498 с. 2. Алисов Є.О. Проблемы правового регулирования грошового обігу в Україні: Дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2006. – 445 с. 3. Боброва А.В., Головецкий Н.Я. Организация и планирование налогового процесса. – М.: Экзамен, 2005. – 320 с. 4. Борисов А.Б. Большой экономический словарь. – М.: Кн. мир, 1999. – 895 с. 5. Витте С.Ю. Конспект лекций о Государственном хозяйстве. Изд. 3-е. –

Спб.: Тип. Акц. общ. «Брокгауз – Ефрон», 1914. – 154 с. **6.** *Во Динь Тоан.* Правовые основы налоговой системы Вьетнама: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1993. – 227 с. **7.** *Задоя А.А., Петруня Ю.Е.* Основы экономики: Учеб. пособ. – К.: Вищ. шк.; Знання, 1998. – 478 с. **8.** Краткий экономический словарь / Под ред. *Ю.А. Белика* и др. – М.: Политиздат, 1987. – 399 с. **9.** *Криницкий И.Е.* Имущество как объект налогообложения // Зб. наук. пр. з фін. права / Відп. ред. Л.К. Воронова. – Х.: Акад. прав. наук України, Нац. юрид. акад. України, 1999. – 332 с. **10.** *Кучерявенко Н.П.* Теоретические проблемы правового регулирования налогов и сборов в Украине. – Х.: Консум, 1997. – 256 с. **11.** Налоговое право России: Учебник для вузов / Отв. ред. *Ю.А. Крохина.* – 2-е изд., перераб. – М.: Норма, 2006. – 720 с. **12.** Налоговое право Украины: Учебник / Под ред. *Кучерявенко Н.П.* – Х.: Легас, 2004. – 488 с. **13.** *Парыгина В.А.* Российское налоговое право: проблемы теории и практики. – М.: Статус-Кво 97, 2005. – 336 с. **14.** Финансовое право: Учеб. пособ. для вузов / Под ред. *И.Ш. Кисляханова.* – М.: Юнити-Дана, Закон и право, 2004. – 239 с. **15.** CÔNG BÁO (Official gazette). – 2003. – № 96. – P. 30-39. **16.** *Chủ biên Võ Đình Toàn.* Giáo trình Luật Tài chính. – Hà Nội: Nhà xuất bản Công an Nhân dân, năm 2002. – 418 trang. **17.** Chương trình cải cách thuế đến năm 2010 // Tạp chí Thuế Nhà nước. – Hà Nội: Nhà xuất bản Tổng cục thuế. Bộ Tài chính. – năm 1995. – Số tháng 2. – Từ trang 12 đến 17. **18.** *Nguyễn Thanh Tuyền và Nguyễn Ngọc Thanh.* Giáo trình thuế. – Hà Nội: Nhà xuất bản Thống kê, năm 2001. – 302 trang. **19.** Sửa đổi bổ sung 3 Luật thuế. Huy động mọi nguồn thu, giảm nhẹ nghĩa vụ đóng góp và thực hiện công bằng xã hội // Tạp chí thuế Nhà nước. – Hà Nội: Nhà xuất bản Tổng cục thuế. Bộ Tài chính. – năm 2002. – Số tháng 4. – Từ trang 2 đến trang 10. **20.** Thuế nhà nước / Chủ biên Lê Văn Ái. Trường Đại học Tài chính kế toán Hà nội: NXB Tài chính, 1996. – 270 trang.

Надійшла до редакції 30.10.2006 р.

УДК 343, 23 (477) **Л.М. Демидова**, канд. юрид. наук
*Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків*

МАЙНОВА ШКОДА ЯК РІЗНОВИД ТЯЖКИХ НАСЛІДКІВ ЗЛОЧИНУ

Особливість кваліфікації матеріального складу злочину полягає в тому, що ознакою, яку необхідно з'ясувати і яка виступає найважливішим показником суспільної небезпеки таких діянь, є суспільно небезпечні наслідки. У 112 нормах, що містяться в Особливій частині Кримінального кодексу України (далі – КК або КК України) законодавець передбачив як суспільно небезпечні наслідки злочину тяжкі наслідки, крім того, у 3-х (ч. 4 ст. 152, ч. 3 ст. 153 КК, ч. 3 ст. 188 КК) указані особливо тяжкі наслідки. При цьому тяжкі наслідки у 34 диспозиціях зазначені як обов'язкова ознака основного (простого) складу злочину, у 59 – як кваліфікуюча, у 21 – як особливо кваліфікуюча. Очевидно, що в конкретній ситуації тяжкі наслідки як ознака складу злочину може включати такий їх різновид, як майнова шкода.

У юридичній літературі про поняття злочинних наслідків писали А.Н. Трайнін, М.І. Ковальов, Н.Ф. Кузнєцова, В.М. Кудрявцев, О.С. Міслін, Г.П. Новосьолов, М.І. Панов та ін. Разом із тим ще й дотепер залишається невизначеною поняття «тяжкі наслідки», на базі чинного кримінального закону не з'ясовано місце майнової шкоди в них.

Метою даної статті є дослідження питання про взаємозв'язок тяжких наслідків і

майнової шкоди злочину в КК України.

У кримінальному законодавстві дані поняття визнаються, як правило, оціночними, тобто встановленими з урахуванням конкретних обставин кримінальної справи й у значній мірі обумовленими правосвідомістю працівників правозастосовчих органів.

До тяжких наслідків судова практика відносить, зокрема, *загибель людей, заподіяння тяжкої шкоди здоров'ю людини, великий матеріальний збиток, порушення конституційних прав та свобод людини і громадянина, дезорганізацію діяльності органів державної влади й органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій тощо* [1, с. 228; 2, с. 32, 33; 3, с. 19-20; 4, с. 75-77].

Дефініції майнової шкоди кримінальний закон також не містить. На даному етапі дослідження проблем кримінальної відповідальності за заподіяння майнової шкоди можна умовно запропонувати наступне загальне визначення цього поняття. *Майнова шкода, як вид суспільно небезпечних наслідків, – це заподіяні діянням (дією або бездіяльністю) збитки суспільним відносинам майнового характеру, які охороняються кримінальним законом.*

Установити зміст розглянутих оціночних понять доцільно шляхом аналізу безпосередньо самого кримінального закону. У результаті дослідження 115 норм, передбачених в Особливій частині КК України, які містять таку ознаку, як тяжкі наслідки (особливо тяжкі наслідки), можна стверджувати, що *в 19 з них тяжкими наслідками, й у 2-х – особливо тяжкими наслідками не може бути майнова шкода.* Це обумовлено об'єктом злочину, в змісті якого майнові відносини (суспільні відносини майнового характеру) не входять.

Разом із тим у *94 складах злочинів тяжкі наслідки як обов'язкова ознака об'єктивної сторони складу злочину включає й можливість заподіяння майнової шкоди.*

Таким чином, аналіз тексту диспозицій норм, які містяться в Особливій частині КК України, дозволяє запропонувати наступну класифікацію складів злочину, обов'язковою ознакою яких є тяжкі наслідки:

- 1) тяжкі наслідки, які не включають майнової шкоди;*
- 2) тяжкі наслідки, які включають також і можливість заподіяння майнової шкоди.*

Розгляд тяжких наслідків, які не включають майнової шкоди, не входить до предмета даного дослідження, тому ми зупинимося докладніше на другій групі з наданої вище класифікації. Пояснюємо, що можливість заподіяння майнової шкоди означає, що її настання може бути в альтернативі з іншими наслідками злочинного діяння. З урахуванням саме безпосереднього об'єкта злочинного посягання таким альтернативним видом тяжких наслідків і може бути майнова шкода. Тяжкі наслідки та їх такий різновид, як майнова шкода, передбачені не тільки як обов'язкова ознака основного (простого) складу злочину, а й як кваліфікуюча, або особливо кваліфікуюча, що обтяжує кримінальну відповідальність. Так, тяжкі наслідки як обов'язкова ознака основного (простого) складу злочину передбачені у статтях 197, 236, 237, 247, 251, 264, 291, 380, 416, 417 КК.

Як кваліфікуюча ознака складу злочину тяжкі наслідки вказані, наприклад, у ч. 2 статей 194, 238-245 і ч. 3 ст. 279 КК.

Тяжкі наслідки як особливо кваліфікуюча ознака складу злочину містяться у ч. 3 статей 188, 194¹, 278 КК та ін.

Також слід зазначити, що багато норм, передбачених у кримінальному законі, пов'язують злочинність і караність діяння не тільки з *настанням тяжких наслідків* (ч. 2 статей 168, 169, ст. 197, ст. 247, ч. 2 статей 259, 328, 329, 330 КК та ін.), а й із *загрозою (небезпекою) їхнього настання* (приміром, ч. 1 ст. 253, ст. 266, ч. 1 статей 267, 272, 273,

274, 275, 276, 326 КК).

Як бачимо, тяжкі наслідки мають велике кримінально-правове значення, тому що виступають обов'язковою ознакою багатьох складів злочину. При цьому зміст категорії «тяжкі наслідки» є різним залежно від (а) виду злочину, (б) складу злочину (основний, кваліфікований, особливо кваліфікований), (г) законодавчої конструкції норми, у тому числі способу опису суспільно небезпечного діяння, суспільно небезпечних наслідків тощо.

У низці статей КК розкривається це поняття. Так, у примітках до окремих статей (приміром, 364 і 423 КК) законодавець наводить дефініції тяжких наслідків, зі змісту яких випливає, що під ними розуміється як можливий їх різновид *майнова шкода у визначених (у примітках) розмірах*. Так, у прим. 4 до ст. 364 КК встановлено, що «тяжкими наслідками у статтях 364-367, якщо вони полягають у заподіянні матеріальних збитків, вважаються такі, які у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян» (далі – НМДГ). Із тексту прим. 2 до ст. 423 КК можна зрозуміти, що у статтях 423-426 цього Кодексу тяжкими наслідками, якщо вони полягають у завданні матеріальних збитків, вважається шкода, яка полягає в завданні матеріальних збитків, у п'ятсот і більше разів перевищуючих НМДГ.

З нашого погляду, вимагає уточнення тлумачення поняття «тяжкі наслідки» з одночасним використанням понять «шкода» і «матеріальні збитки». Останні мають схоже змістовне значення. Підтвердженням цьому може служити їх гносеологічний аналіз, який показує, що фактично їх сутність єдина: шкода – це збиток, втрата [5, с. 778]; збиток – це втрата, шкода [5, с. 754]. Доцільно також погодитися з думкою вчених, які вважають, що визначення шкоди базується на цивільно-правовій нормі про збитки [6, с. 32-35], тому неможливо знайти виправдання одночасному використанню таких понять в одній і тій же нормі в КК. Обґрунтованим буде надання *визначення тяжких наслідків у наведених примітках до статей 364 і 423 КК для злочинів у сфері службової діяльності й військових злочинів із застосування тільки одного поняття – «майнова шкода»*.

Слід зазначити, що законодавець користується різними прийомами опису тяжких наслідків. Це виявляється насамперед в особливостях конструкції складів злочинів: у низці випадків у законі вказується майнова шкода як *альтернативний тяжкий наслідок злочинного діяння* (наприклад, ч. 3 ст. 206, ч. 2 ст. 258, ч. 2 ст. 270, ч. 3 ст. 355). В інших законодавець *не наводить опису тяжких наслідків, однак з тексту диспозиції виходить, що тяжкі наслідки можуть включати й такий їх вид, як майнова шкода* (ст. 247, ч. 2 статей 259, 328, 329, 330 КК та ін.).

Законодавець, указуючи в диспозиції майнову шкоду як альтернативний вид тяжких наслідків, застосовує різну термінологію. Приміром, у ч. 3 статей 206 і 355 КК альтернативним видом тяжких наслідків названо «велику шкоду», у ч. 2 ст. 258 – «значну майнову шкоду», у ч. 2 ст. 270 – «майнову шкоду в особливо великому розмірі». Такий широкий термінологічний діапазон позначення майнової шкоди як різновиду тяжких наслідків не дозволяє виокремити специфіку саме такої шкоди, яка тлумачиться як тяжкі наслідки.

Крім того, у низці статей КК при визначенні застосовуваних понять вводяться в понятійний апарат нові терміни. Так, у ч. 3 ст. 206 КК (як уже зазначалося) альтернативними видами наслідків указані «велика шкода» й «інші тяжкі наслідки». При цьому в примітці до цієї статті формулюється поняття «матеріальна шкода», яка вважається великою, якщо вона у п'ятсот і більше разів перевищує НМДГ. Значить, законодавець дає уточнення поняття «велика шкода», конкретизуючи, що це є матеріальна шкода в конкретно встановлених розмірах.

Підтримуючи таку конкретизацію оціночного поняття, як видиться, варто відзначити певну неточність. Із тексту диспозиції зрозуміло, що в даному складі злочину йдеться саме про майнову шкоду. Поняття ж матеріальної шкоди декілька ширше. До неї деякі науковці справедливо відносять фізичну шкоду [7, с. 292]. Отже, *використовувати в законодавчих конструкціях таку ознаку складу злочину, як матеріальна шкода, доцільно у випадках, коли йдеться одночасно і про фізичну (наприклад, загибель людей), і про майнову шкоду*. Як бачимо з тексту ч. 3 ст. 206 КК, йдеться саме про майнову шкоду, визначену як велику. Використання при побудові диспозицій правових понять з більш чітким, конкретним змістом дозволяє тлумачити текст норми зрозуміло й однозначно.

Додає труднощів у пошуку критеріїв віднесення майнової шкоди до тяжких наслідків ще й відсутність у кримінальному законі якої-небудь системи формалізації шкоди як виду тяжких наслідків за розміром (величиною). Така формалізація здійснюється в більшості випадків різними засобами або її взагалі немає.

Цікавою для аналізу видиться ст. 194 КК «Умисне знищення або пошкодження майна», у ч. 1 якої передбачено матеріальний склад злочину, де обов'язковою ознакою об'єктивної сторони зазначено суспільно небезпечні наслідки у виді шкоди у великих розмірах. У кваліфікованому складі (ч. 2 ст. 194 КК) кваліфікуючою ознакою вказані альтернативні види наслідків: майнова шкода в особливо великих розмірах, загибель людей чи інші тяжкі наслідки. Як бачимо з тексту ч. 2 ст. 194 КК, майнова шкода у великих розмірах не визнається законодавцем тяжкими наслідками. *Тяжкими наслідками, заподіяними злочином проти власності (ч. 2 ст. 194 КК) може бути майнова шкода в особливо великих розмірах або майнова шкода в розмірах більших, ніж великих*.

Таке уточнення поняття тяжких наслідків може бути застосовано тільки при кваліфікації діяння саме за ст. 194 КК. Навіть у межах більшості розділів Особливої частини кримінального закону ми зустрічаємо різне розуміння змісту тяжких наслідків та й взагалі у правовій доктрині немає хоча б схожої точки зору вчених на визначення цього поняття, зокрема стосовно таких статей, як ст. 197 КК, де встановлено відповідальність за порушення обов'язків по охороні майна. Законодавець передбачає обов'язковою ознакою об'єктивної сторони суспільно небезпечні наслідки у виді тяжких наслідків для власника майна, не даючи пояснення змісту категорії «тяжкі наслідки». У юридичній літературі одні правники пояснюють, що тяжкі наслідки – це розкрадання, загибель, псування майна тощо, які настають внаслідок дій інших осіб (розкрадання, пошкодження майна), стихійних сил природи (загибель, псування майна) та ін. [1, с. 509]. Інші вважають, що питання про наявність тяжких наслідків для власника майна, що є потерпілим, визначається з урахуванням його матеріального становища, вартості знищеного, пошкодженого або викраденого майна, зокрема, якщо йому спричинені збитки на суму сто і більше НМДГ [8, с. 247].

Не викликає сумніву, що тяжкими наслідками для власника і є насамперед майнова шкода. Але чи має кваліфікуюче значення розмір заподіяної шкоди? Як для потерпілого можуть бути тяжкими наслідками й менш значний розмір шкоди, ніж це зазначено у наведеній нами другій точці зору. До того ж у кримінальному законі про розмір майнової шкоди, заподіяної власникові майна, нічого не сказано. Відповідь на це питання залишається на розсуд слідчо-судових і прокурорських органів, що може призвести до необґрунтованого суб'єктивізму й помилок, неточностей при правозастосуванні розглядуваних статей КК.

Вважаємо, є сенс підтримувати позицію законодавця щодо віднесення до тяжких наслідків злочинів проти екології, передбаченого ст. 237 КК, загибель людей. Але чи

охоплюються тяжкими наслідками при таких злочинах заподіяна майнова шкода? У постанові Пленуму Верховного Суду України від 10 грудня 2004 р., № 17 у п. 5 наводиться тлумачення поняття «тяжкі наслідки» стосовно статей 236, 237, ч. 2 статей 238-243, 245, статей 247, 251, ч. 2 ст. 252, ч. 1 ст. 253 КК. Під ними розуміється: (а) загибель людей чи масове їх захворювання; (б) істотне погіршення екологічної обстановки в тому чи іншому регіоні (місцевості); (в) зникнення, масові загибель чи тяжкі захворювання об'єктів тваринного й рослинного світу; (г) неможливість відтворити протягом тривалого часу ті чи інші природні об'єкти або використовувати природні ресурси в певному регіоні; (д) генетичне перетворення тих чи інших природних об'єктів; (е) заподіяння матеріальної шкоди в особливо великих розмірах та ін. [9, с. 586].

Із наведеного трактування поняття «тяжкі наслідки» випливає, що видом останніх визнається матеріальна шкода в особливо великих розмірах. Майнова шкода становить собою різновид шкоди матеріальної, тому можна стверджувати, що *тяжкі наслідки в конструкції складів злочинів проти екології включають як один з можливих видів також і майнову шкоду в особливо великих розмірах.*

При встановленні критеріїв віднесення майнової шкоди до тяжких наслідків найважливішим, визначальним чинником виступає суспільна небезпека останніх, у тому числі й у сукупності з іншими наслідками, визнаними тяжкими. Справедливо, на нашу думку, відзначав М.І. Ковальов, що суспільна небезпека наслідків злочину – один з основних показників ступеня небезпеки діяння в цілому, який прямо визначає тяжкість кримінальної відповідальності й покарання [10, с. 38]. Майнова шкода як різновид тяжких наслідків, на наш погляд, має низку особливостей.

По-перше, вона є носієм підвищеної суспільної небезпеки в тих випадках, коли відносимо її до наслідків тяжких, і тому вона повинна мати характеристики, що відмежовують її від інших видів майнової шкоди (наприклад, від малозначної майнової шкоди, істотної майнової, можливо, й від значної майнової шкоди).

По-друге, у разі, коли майнова шкода є альтернативним видом тяжких наслідків, вона відбиває підвищений ступінь тяжкості, небезпеки як наслідків, так і злочинного діяння. Нею може бути визнана майнова шкода у великих або особливо великих розмірах.

По-третє, якщо майнова шкода може бути віднесена до тяжких наслідків поряд з іншими видами суспільно небезпечних наслідків, її розмір може вже не мати вирішального кримінально-правового значення. У таких випадках ступінь тяжкості наслідків визначається з урахуванням оцінки тяжкості, небезпеки в цілому всіх видів тяжких наслідків.

Названі особливості майнової шкоди можуть стати підґрунтям для визначення окремих критеріїв віднесення майнової шкоди до різновиду тяжких наслідків.

Потрібно також звернути увагу на те, що поряд з поняттям «тяжкі наслідки» законодавець у 3-х випадках (як уже відзначалося) застосовує «особливо тяжкі наслідки». Причому тільки у ст. 188 КК останні зазначені як особливо кваліфікуюча ознака складу злочину, яка може включати й заподіяну майнову шкоду у відповідних розмірах. Такий висновок випливає з примітки до ст. 188 КК, де визначається зміст категорії «особливо тяжкі наслідки» і порівняння текстів частин 2 і 3 вказаної статті. Як указано в примітці, діями, що завдали особливо тяжкі наслідки, вважаються дії, якщо вони спричинили загибель людини, перерву в забезпеченні споживачів електричною енергією та послугами зв'язку, внаслідок якої припинена діяльність промислових підприємств, порушена діяльність органів влади, державних установ, лікарських закладів, правоохоронних органів, частин пожежної охорони, збройних сил, порушено функціонування залізничного, морського, річкового, повітряного, автомобільного

транспорту та електротранспорту.

Цілком очевидно, що низка перелічених видів особливо тяжких наслідків може бути виражена в заподіянні саме майнової шкоди. Для встановлення характеристик таких наслідків звернімося до ч. 2 ст. 188 КК, де альтернативною кваліфікуючою ознакою складу злочину передбачено викрадання шляхом демонтажу та іншим способом електричних мереж, кабельних ліній зв'язку та їх обладнання у великих розмірах. Як це впливає з тексту приміток 3 і 4 до ст. 185 КК, у великих розмірах у ст. 188 КК визнається злочин, учинений однією особою (чи групою осіб) на суму, яка від двохсот п'ятдесяти до шестисот разів перевищує НМДГ. Зіставивши диспозиції, зазначені в частинах 2 і 3 ст. 188, можна зробити висновок, що *видом особливо тяжких наслідків злочину, передбаченого ч. 3 ст. 188 КК, може бути також майнова шкода в особливо великих розмірах.*

З огляду на ступінь суспільної небезпечності наслідків можна стверджувати, що тяжкі наслідки є складовою частиною особливо тяжких, тобто можна конкретизувати, що є такі особливо тяжкі наслідки, які не включаються до тяжких наслідків. Вважаємо, що тільки у випадку визначення, які саме особливо тяжкі наслідки не включаються до тяжких, з метою акцентування уваги на підвищену ступінь суспільної небезпечності наслідків припустимо у кримінальному законі застосовувати поняття «особливо тяжкі наслідки». Інакше це тільки розширює коло оціночних понять без їх конкретизації.

Спираючись на викладене, можемо зробити деякі висновки. 1. Аналіз норм, передбачених в Особливій частині КК України, дозволяє запропонувати наступну класифікацію тяжких наслідків як ознаки складу злочину: 1) тяжкі наслідки, які не включають майнової шкоди і 2) які включають і можливість заподіяння майнової шкоди.

2. Визначити зміст майнової шкоди як виду тяжких наслідків можна шляхом аналізу конкретних складів злочинів, об'єднаних в одній статті КК. Якщо вона визнається альтернативними обов'язковими тяжкими наслідками, то такими ж може бути визнана майнова шкода у великих чи особливо великих розмірах або велика майнова шкода й особливо велика майнова шкода. Якщо майнова шкода може бути віднесена до тяжких наслідків поряд з іншими видами суспільно небезпечних наслідків, то її розмір може вже не мати вирішального кримінально-правового значення. У таких випадках ступінь тяжкості наслідків визначається з урахуванням оцінки тяжкості, небезпеки в цілому всіх видів тяжких наслідків.

3. Тяжкі наслідки концентрують не тільки підвищену небезпеку злочинних наслідків, а й підвищений ступінь суспільної небезпеки злочинного діяння і тому вони притаманні злочинам, визнаним тяжкими або особливо тяжкими згідно зі ст. 12 КК України. Одним з варіантів у визначенні одного з основних критеріїв визнання наслідків тяжкими може бути розмір шкоди. Розмір шкоди як мірило (показник) суспільної небезпеки і наслідків, і злочинного діяння.

4. З метою вдосконалення закону про кримінальну відповідальність доцільно: а) виробити єдині підходи до аргументованого порівняного визначення розміру майнової шкоди при таких її кримінально-правових значеннях, як «істотна», «значна», «велика», «особливо велика», насамперед у межах певного розділу Особливої частини КК; б) виокремити специфічні й загальні характеристики майнової шкоди в різних її різновидах у межах одного виду злочину, певного розділу Особливої частини КК, а також у кримінальному законі в цілому.

Список літератури: 1. Кримінальний кодекс України: Наук.-практ. коментар / За заг. ред. В.Т. Маляренка, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Вид. 2-ге, перероб. і доп. – Х.: ТОВ

«Одіссей», 2004. – 1152 с. **2.** Практика судів України в кримінальних справах // Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 1993. – № 4. – С. 37. **3.** Практика судів України в кримінальних справах (1993 – 1995) // Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 1996. – № 3. – С. 19, 20. **4.** Рішення Верховного Суду України: Щорічник. – 1999. – К.: Верхов. Суд України, 1999. **5.** *Ожегов С.И.* Словарь русского языка. – Изд. 10-е / Под ред. Н.Ю. Шведовой. – М.: Сов. энцикл., 1973. – 847 с. **6.** *Гаухман Л.* Соотношение крупного размера и крупного ущерба по УК РФ // Законность – 2001. – № 1. – С. 32-35. **7.** Энциклопедия уголовного права. – Т. 4: Состав преступления. – СПб.: Изд. проф. Малинина, 2005. – 789 с. **8.** Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2-х ч. – Особл. ч. / За заг. ред. *Потебенька М.О., Гончаренка В.Г.* – К.: Форум, 2001. – 942 с. **9.** Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України (1972 – 2006). – Х.: Вид. СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2006. – 664 с. **10.** *Ковалёв М.И.* Общественно опасные последствия преступления и диспозиция уголовного закона // Сов. гос-во и право. – 1990. – № 10. – С. 32-48.

Надійшло до редакції 02.02.2007 р.

УДК 343.4 **Ю.І. Дем'яненко, асистентка**
Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків

ОБ'ЄКТ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 182 КК УКРАЇНИ “ПОРУШЕННЯ НЕДОТОРКАНОСТІ ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ”

Наукові дослідження об'єкта злочину, передбаченого ст. 182 Кримінального кодексу України (далі – КК), якими займалися М.І. Мельник, І.О. Зінченко, П.П. Андрушко, С.Я. Лихова та інші, виявили розходження у його розумінні та визначеннях. Так, на думку М.І. Мельника об'єктом цього злочину є право громадянина на недоторканність приватного життя, особисту й сімейну таємницю [7, с. 404]. І.О. Зінченко вважає, що безпосереднім об'єктом злочину є суспільні відносини, що забезпечують недоторканність приватного життя [4, с. 120]. Автори науково-практичних коментарів КК визнали об'єктом досліджуваного злочину “суспільні відносини, що забезпечують захист права громадян на конфіденційність інформації стосовно особистого або сімейного життя” [6, с. 195]; а також право громадянина на недоторканність особистого життя й на конфіденційність інформації про особу [9, с. 400]. Як бачимо, у всіх формулюваннях основний акцент зроблено на недоторканність приватного життя, а конфіденційність інформації тлумачиться поза зв'язком із правом власності на інформацію.

П.П. Андрушко розглядає право на недоторканність приватного життя як видовий об'єкт злочинів, передбачених статтями 182, 162 і 163 КК. Основними безпосередніми об'єктами вказаних злочинів він називає окремі сфери гарантованого Конституцією України права громадян на невтручання інших осіб без їх згоди в їх приватне життя [1, с. 43]. С.Я. Лихова в характеристиці такого ж видового об'єкта основну увагу звернула на недоторканність приватного життя як предмет правових відносин, якому завдається шкода, а безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 182 КК, визначила як правовідносини, що складаються в процесі реалізації особою окремого елемента

недоторканності приватного життя – права на недоторканність конфіденційної інформації. При цьому змістом конфіденційної інформації про особу визнаються лише відомості, що стосуються особистого чи сімейного життя людини [5, с. 99, 100]. З нашого погляду, не можна погодитися з таким обмежувальним тлумаченням конфіденційної інформації, оскільки це суперечить статтям 30 і 38 Закону України від 2 жовтня 1992 р. “Про інформацію” [3; 1992. – № 48. – Ст. 650]. Крім того, без належної уваги залишилися право на особисте життя і його таємницю (ст. 301 Цивільного кодексу України) та право власності на інформацію.

Ось чому мета цієї публікації полягає в розробленні нового рішення порушених питань, яке усувало б існуючі недоліки й неузгодженості. Перш за все звернімо увагу на ту обставину, що назва ст. 182 КК не відповідає змісту її диспозиції, де йдеться про незаконні дії з конфіденційною інформацією про особу, вчинювані без її згоди, – збирання, зберігання, використання або поширення. Тому потребує окремого вивчення понять “приватне життя”, “недоторканність приватного життя”, “конфіденційна інформація про особу” стосовно відповідних прав і суспільних відносин, а також аналізу їх співвідношення.

Стаття 182 у Кримінальному кодексі України передбачена в розд. V “Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина”. Для вирішення питання, які саме права чи свободи є об’єктом цього злочину, спочатку звернемося до Конституції України. Назва статті 182 КК вказує на зв’язок з правом на невтручання в особисте й сімейне життя, передбаченим у ч. 1 ст. 32 Основного Закону: “Ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України”. Зміст диспозиції ст. 182 КК кореспондує праву на конфіденційну інформацію про особу. Відповідно до ч. 2 ст. 32 Конституції “не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини”.

Термін «приватне життя» міститься в назві розглядуваної статті, але немає його в її диспозиції. У Конституції України не існує терміна “приватне життя”, але натомість він міститься в ч. 1 ст. 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. (ратифікована Законом України від 17 липня 1997 р., № 475/97-ВР). Однак у цьому міжнародному акті йдеться буквально не про недоторканність приватного життя, а про право на повагу до нього: “Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції” [8; 2006. – № 32. – Ст. 2371].

У Цивільному кодексі України (далі – ЦК) є поняття “сфера свого приватного життя” (ст. 271), яке міститься серед загальних положень про особисті немайнові права фізичної особи. Передбачено також право на особисте життя та його таємницю (ст. 301) серед немайнових прав, що забезпечують її соціальне буття. А в переліку видів особистих немайнових прав, передбачених ст. 270 ЦК, закріплено право на недоторканність особистого й сімейного життя. Як видиться, місце категорії “сфера свого приватного життя” в системі особистих немайнових прав фізичної особи дає підстави стверджувати, що ознаки, які характеризують це поняття або пов’язані з ним за змістом ст. 271 ЦК, як загальні є обов’язковими для окремих прав. Відповідно до цієї статті зміст особистого немайнового права становить можливість фізичної особи вільно, на власний розсуд визначати свою поведінку у сфері свого приватного життя.

Щоб з’ясувати особливості цієї царини, звернімося до тлумачення слів “особистий” і “приватний” у сучасній українській мові. “Особистий” – це той, що безпосередньо стосується якої-небудь особи, пов’язаний з нею; виражає особливості, нахили та ін. якої-

небудь особи; властивий окремій особі, характерний для неї. “Приватний” – такий, що належить окремій особі, недержавний, несупільний; який стосується окремої особи; не пов’язаний зі службовою або громадською діяльністю [2, с. 685, 926]. Зауважимо, що терміни “особистий” і “приватний” однаково вказують на зв’язок з особою, належність їй чого-небудь, тобто відбивають погляд з її боку, однак “приватний” здатен відображати ще й погляд з боку держави й суспільства, висвітлювати те, що є особистим, з відбиттям такої особливості, як неналежність його до державного чи суспільного.

Використовуючи у ст. 271 ЦК словосполучення “у сфері свого приватного життя”, законодавець прагнув у такий спосіб підкреслити, що сфера життя, у якій повноважна особа може реалізувати своє особисте немайнове право, не є державною чи суспільною за критерієм регламентації відносин у цій царині. Інакше кажучи, існує сфера життя, у якій держава й суспільство не окреслюють правила поведінки, а, навпаки, визнають за фізичною особою таке право – вільно, на власний розсуд визначати власну поведінку і тим самим самостійно регулювати відносини у цій сфері. Більше того, поняття “на власний розсуд” означає право особи на таке регламентування, яке є незалежним не лише від інших людей, а й від держави. Таким чином, фізична особа в цій царині має верховну владу в регулюванні як своєї поведінки, так і всіх інших індивідів, суспільства й держави, які відповідно до законодавства зобов’язані не порушувати це право. Подібно до того, як відповідно до ст. 140 Конституції місцеве самоврядування є правом територіальної громади самостійно вирішувати питання місцевого значення, в межах Конституції й законів України, на нашу думку, можна вести мову про наявність *особистого самоврядування, або особистого саморегулювання*. Отже, *сферу приватного життя фізичної особи* в контексті ст. 271 ЦК можна сформулювати як *сферу особистого самоврядування (саморегулювання), у якій фізична особа має верховну владу щодо регулювання свого життя і встановлення правил поведінки*. Ця сутність царини приватного життя має загальне правове значення для всіх особистих немайнових прав.

За ч. 1 ст. 301 ЦК “фізична особа має право на особисте життя”. Зазначені положення стосовно сфери приватного життя особи законодавцем відображені в ч. 2 цієї статті при визначенні змісту цього права: “Фізична особа сама визначає своє особисте життя і можливість ознайомлення з ним інших осіб”. Як бачимо, йдеться про саморегулювання власного життя й одночасно про прояв верховної влади особи щодо надання можливості іншим знайомитися з ним. Оскільки ця правомочність людини не обмежена певними діями, останні визначаються особою на власний розсуд у загальних межах здійснення цивільних прав, передбачених ст. 13 ЦК. Друга правомочність цього права впливає з порівняння частин 1 і 2 ст. 301 ЦК та їх загального смислу: можливість мати особисте життя, тобто йдеться про можливість не лише певного самостійного вибору, а й жити у відповідності з цим вибором. Обидві правомочності стосуються одного й того ж немайнового блага, що є об’єктом цього суб’єктивного права, – особистого життя. Саме останнє виступає тією соціальною цінністю, з приводу якої виникають суспільні відносини. В осмисленні цієї цінності як самостійного об’єкта правової охорони значимим є порівняння правомочності мати особисте життя з окремим правом на життя, передбаченим ст. 281 ЦК. Воно показує, що ця правомочність, по суті, є не просто можливістю жити, а стосується того, як жити, а значить, йдеться про *можливість мати життя в тій формі й такого змісту, як це визначила сама особа*.

Роль “сміслового містка” між базовими поняттями, відбитими в назві й диспозиції ст. 182 КК, відіграє право на таємницю особистого життя, яке закріплено в ч. 3 ст. 301 ЦК наступним чином: “Фізична особа має право на збереження у таємниці обставин свого особистого життя”. Правомочність суб’єкта визначати своє особисте життя (ч. 2 ст. 301

ЦК), безумовно, слід розуміти як можливість визначати своє життя не лише за його змістом, а й за формою прояву: відкритою для ознайомлення з ним інших осіб чи закритою, утаємниченою. Ці права особи можуть поширюватися й на конфіденційну інформацію про особу, яка перебуває в царині її приватного життя. Проте така інформація може існувати в публічній сфері життя, крім того, її зміст може відображати не лише обставини особистого життя фізичної особи, а й стосуватися її участі в суспільних справах чи процесах. Тому суспільні відносини, пов'язані з конфіденційною інформацією про особу, при їх розгляді в контексті лише диспозиції ст. 182 КК набувають відносно самотійного характеру.

Згідно зі ст. 3 Закону України “Про інформацію” дія цього Закону поширюється на інформаційні відносини, що виникають у всіх царинах життя й діяльності суспільства й держави при одержанні, використанні, поширенні та зберіганні інформації. Про аналогічні дії з останньою, які є незаконними, йдеться в диспозиції ст. 182 КК, з чого випливає, що всі вони посягають на зазначені інформаційні відносини.

Конфіденційна інформація про особу, яка є предметом цього злочину, нерозривно поєднана з правом власності на неї, яке в ч. 1 ст. 38 вказаного Закону визначено як урегульовані ним суспільні відносини по володінню, користуванню і розпорядженню інформацією. Зі змісту статей 30 і 38 Закону випливає, що її власник інформації має право самотійно володіти, користуватися й розпоряджатися нею або призначити іншу особу, яка буде здійснювати це право. Власник інформації щодо об'єкта своєї власності має право виконувати будь-які законні дії, у тому числі (а) самотійно визначати режим доступу до інформації, *включаючи належність її до категорії конфіденційної*; (б) встановлювати для неї систему (способи) захисту, (в) визначати правила її обробки; (г) встановлювати інші умови щодо цього об'єкта. Віднесення інформації до конфіденційної як реалізація права власності означає встановлення режиму обмеженого доступу до неї, згідно з яким вона поширюється тільки за бажанням власника відповідно до передбачених ним умов. Отже, конфіденційна інформація, про яку йдеться у ст. 182 КК, завжди є здійсненням цього права її власником.

Виходячи з наведених положень, можемо зробити висновки щодо структури суспільних відносин і механізму посягання на них. По-перше, суб'єктами цих відносин виступають, з одного боку, власник інформації, яким може бути фізична особа, організація (юридична особа) або держава, а з другого – необмежене коло зобов'язаних осіб, кожна з яких повинна утримуватися від порушення прав власності. По-друге, суспільні відносини виникають з приводу інформації, яка за ст. 177 та гл. 15 ЦК визнається нематеріальним благом і самотійним об'єктом цивільних прав. По-третє, змістом розглядуваних відносин є здійснення зазначених прав власником інформації в умовах виконання іншими особами обов'язку не порушувати їх. Механізм посягання полягає в наступному: суб'єкт злочину, який виступає в цих відносинах особою супротивною, не виконує свого обов'язку, а вчинює незаконні дії з інформацією, чим порушує права власника, зокрема, його право самому визначати можливість інших осіб знайомитися з її змістом, володіти нею чи поширювати її. У такий спосіб завдається шкода законним інтересам власника, а залежно від змісту інформації – й інших осіб. Узагальнюючи викладене, можемо стверджувати, що об'єктом злочинного посягання є *право власності на інформацію*.

Отже, якщо конфіденційна інформація знаходилась у володінні фізичної особи, яка є її власником, і відображала її особисте життя, то все вказує на те, що остання здійснювала своє право на збереження в таємниці обставин свого особистого життя, що передбачено ч. 3 ст. 301 ЦК. За таких умов незаконне збирання відомостей про життя особи без її

згоди на це є порушенням цього права й разом з тим права її власності на інформацію. Якщо ж вона стосується не обставин особистого життя, а участі особи в державних чи суспільних справах, то це не виключає застосування ст. 182 КК, але й не виявляє зв'язку з правом на таємницю особистого життя. Незаконне збирання конфіденційної інформації про особу, власником якої є інша фізична чи юридична особа або держава, також може порушувати право фізичної особи на збереження в таємниці обставин свого життя, але в поєднанні з порушенням права власності на інформацію іншого суб'єкта.

Таким чином, *основним безпосереднім об'єктом* злочину, передбаченого ст. 182 КК, на який має місце посягання у всіх випадках його вчинення і якому завдається шкода, виступає *право власності на інформацію*. Більш конкретизовано об'єкт цього злочину можна сформулювати як *право власника інформації обмежувати доступ сторонніх осіб до неї шляхом визнання її конфіденційною*. *Додатковим об'єктом* може виступати *право фізичної особи на збереження в таємниці обставин свого особистого життя*. Його правильно визнати додатковим факультативним об'єктом у тому розумінні, що йому завдається шкода лише у випадках, коли інформація пов'язана з обставинами особистого життя фізичної особи.

Поняття “недоторканність приватного життя”, яке є в назві ст. 182 КК, слід розуміти таким чином, що існує сфера приватного життя, охоронювана від будь-яких протиправних посягань на неї, будь-ким учинених. Отже, в тих випадках, коли злочинні дії, передбачені ст. 182 КК, порушують право фізичної особи на збереження в таємниці обставин свого особистого життя, має місце *порушення недоторканності приватного життя*. При цьому витік інформації про особисте життя до сторонніх осіб може реально впливати на відносини у приватній царині, ускладнювати чи змінювати їх, особливо при незаконному поширенні відомостей у засобах масової інформації чи при іншому їх публічному розголошенні. Назва ст. 182 КК не відображає посягання на право власності на інформацію, а також ту обставину, що в її диспозиції йдеться не про будь-яке порушення недоторканності приватного життя.

Список літератури: 1. Андрушко П. Кримінально-правова охорона конституційного права громадян на недоторканність приватного життя // Вісн. КС України. – 2005. – № 2. – С. 43-50. 2. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.: Ірпінь: Перун, 2002. – 1440 с. 3. Відомості Верховної Ради України. 4. Кримінальне право України: Особл. ч.: Підручник / За ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 2-е вид., перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 544 с. 5. Лихова С. Актуальні питання вдосконалення кримінально-правових норм, спрямованих на захист недоторканності приватного життя (статті 162, 163, 182 Кримінального кодексу України) // Підпр-во, госп-во і право. – 2005. – № 7. – С. 98-104. 6. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2-х ч. – Ч.2. / За заг. ред. М.О. Потебенька, В.Г. Гончаренка. – К.: Форум, 2001. – 942 с. 7. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 3-є вид., перероб. та доп. – К.: Атіка, 2005. – 1064 с. 8. Офіційний вісник України. 9. Уголовный кодекс Украины: Комментарий / Под ред. Ю.А. Кармазина, Е.Л. Стрельцова. – 2-е изд. – Х.: Одиссей, 2002. – 960 с.

Надійшла до редакції 31.10.2006 р.

ПОНЯТТЯ ОФІЦІЙНОГО ДОКУМЕНТА ЯК ПРЕДМЕТА ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 357 КК УКРАЇНИ

Одним із предметів злочину, передбаченого ст. 357 КК України, законодавець називає офіційні документи. Аналіз диспозиції зазначеної норми дозволяє зробити висновок, що поняття „офіційний документ” займає в ній особливе місце. У вітчизняній кримінально-правовій літературі поняття офіційного документа, як предмета злочину, передбаченого ст. 357 КК України, розроблено недостатньо. Спеціальних досліджень із цього питання практично не провадилося. Визначенням документа як предмета деяких суміжних злочинів займалися такі вчені, як А.А. Жижиленко, Г.Ф. Поленов, Б.І. Пінхасов, Я.М. Яковлєв, Т.Л. Сергєєва, Т.І. Тихенко та ін. [Див.: 16;17;25]. Разом із тим проблема відмежування офіційних документів від інших їх видів ще й дотепер залишається актуальною. Відсутність же одностайного тлумачення зазначеного поняття викликає помилки у правозастосовчій практиці [19, с. 114].

Підставою вирізнення окремої категорії офіційних документів Г.Ф. Поленов вважав джерело їх походження [17, с. 25]. (*Офіційний* (лат. – *officialis*) означає посадовий або урядовий). Традиційно офіційними визнавалися тільки документи, що виходять від органів публічної влади [Див.: 1, с. 568; 7, с. 573; 14, с. 207-216]. Надалі термін «офіційні документи» розуміється ширше. Офіційними вважаються «документи, що виходять від державних або суспільних установ, підприємств, організацій або уповноважених на їх складання посадових осіб» [8, с. 72]. Цієї ж думки дотримувалися й інші вчені [Див.: 17, с. 25; 21, с. 37; 25, с. 23, 24].

Зміна законодавчої бази, розширення кола суспільних відносин, охоронюваних нормами про злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян, призвело до того, що досліджуване поняття в питанні про джерела походження також зазнало змін. У спеціальній літературі щодо цього питання немає єдності думок, а висловлювані позиції, на наш погляд, достатньо суперечливі.

Так, П.П. Андрушко й О.О. Дудоров у числі суб'єктів управлінських відносин, від імені яких виходять офіційні документи, називають громадян-підприємців, приватних нотаріусів та інших осіб, які мають право їх видавати або посвідчувати [Див.: 12, с. 774; 13, с. 890, 891]. Наділяючи вказаних суб'єктів певними повноваженнями, законодавець, проте, не надає їм права діяти ні від свого, ні від імені інших суб'єктів управлінської діяльності.

П.С. Матишевський відносив до офіційних «також документи, які виходять від приватних осіб і перебувають у віданні державних або громадських організацій» [12, с. 797]. Дійсно, фактом знаходження приватних документів у віданні відповідного суб'єкта управлінської діяльності визначається їх задіяність в управлінських відносинах. Однак це не змінює юридичної природи приватних документів як таких, що виходять від приватних осіб. М.І. Мельник зазначає, що приватні документи можуть бути визнані офіційними, якщо вони складені в нотаріуса [13, с. 921]. Таку ж думку висловлюють інші автори [Див.: 23, с. 431; 24, с. 693]. Однак ні нотаріальна форма складання (посвідчення), ні місце знаходження такого документа не можуть змінити його юридичної природи. Приватні документи, навіть нотаріально засвідчені, не набувають офіційного характеру і

не стають офіційними. Головним є те, що вони виходять від приватних осіб [2, с. 23].

Порівняльний аналіз статей 357 і 358 чинного КК України дає підстави зробити висновок, що законодавець не відносить документи, які виходять від приватних підприємців, приватних нотаріусів чи аудиторів, до складу офіційних. Використовуючи загальне визначення терміна „документ”, він у ст. 358 КК говорить, зокрема, і про документи, які видаються приватними підприємцями, приватними нотаріусами чи аудиторами. У ст. ж 357 КК, коли йдеться про офіційні документи, законодавець цього не робить, тому, напевно, що не вважає документи, які виходять від зазначених осіб, офіційними.

Незважаючи на те, що документи приватних нотаріусів, приватних підприємців чи аудиторів певним чином зачіпають суспільні відносини у сфері управління, безпосередньої участі в інформаційному забезпеченні останнього вони не беруть. У той же час, потрапляючи в офіційний документообіг, ці документи порушують інформаційне забезпечення зазначеної сфери. Тому від протиправного заволодіння такі документи захищені лише в разі їх знаходження згідно з ч. 1 ст. 357 КК на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності.

Суперечливою вбачається позиція Н.М. Ярмиш, яка відносить до офіційних документи, «складені (виготовлені), видані або є в обороті державних або громадських організацій, установ, підприємств» [10, с. 413]. Така точка зору, з одного боку, необґрунтовано звужує розглядуване поняття “офіційні документи”, хоча в самій нормі окреслено суб'єктний склад учасників управлінських відносин, від імені яких вони виходять, а з другого – приватні документи, що перебувають в обороті названих автором суб'єктів управління, також виявляються включеними до складу офіційних.

Водночас суб'єктами управлінських відносин, від імені яких виходять офіційні документи, поряд з державними і громадськими органами називаються підприємства, установи й організації незалежно від їх форм власності [11, с. 931]. І таке тлумачення є правильним, тому що прямо впливає із закону.

Послідовну позицію щодо цього питання займає судова практика. Приміром, ордер приватного адвоката помилково був оцінений судом першої інстанції як офіційний документ, що в підсумку призвело до неправильної кваліфікації, а згодом і до скасування винесеного вироку судовою колегією по кримінальних справах Верховного Суду України [19, с. 114]. Отже, головним при визначенні офіційного статусу документа визнається джерело походження.

Серед суттєвих, властивих офіційним документам ознак практично всі науковці називають наявність відповідних реквізитів [Див.: 11, с. 891, 921; 23, 392], установлених нормативно-правовими актами вимог до оформлення [22, с. 422]; вказується, що офіційні документи мають виходити від певних суб'єктів, діючих у межах своєї компетенції, та перебувати в обігу [11, с. 931] та ін. Комплексний же підхід до розгляду поняття „офіційний документ” у наукових працях останніх років лише намічається [Див.: 6, с. 181, 182; 11, с. 963, 964].

Під офіційним документом ми розуміємо матеріальний (електронний) предмет, який виходить від органів державної влади, органів місцевого самоврядування й об'єднань громадян, підприємств, установ та організацій незалежно від форм власності, який має необхідні реквізити, і містить інформацію, що засвідчує (підтверджує) факти, які мають юридичне значення. Із наведеного поняття впливають три істотні ознаки документа – формальна визначеність, інформативність і посвідчувальність, кожна з яких є загальною, але дозволяє вирізнити низку додаткових, які найбільш детально розкривають сутність саме офіційного документа. Розглянемо загальні ознаки.

1. *Формальна визначеність* офіційного документа. Вимоги, які ставляться до складання офіційного документа, стосуються як матеріальної, так і юридичної його форми. Матеріальна традиційно пов'язана з матеріальним носієм інформації, відбитої в документі. Носієм, що й донині в основному використовується для складання офіційних документів, служить папір, а форма закріплення інформації – письмова. У зв'язку з цим деякі вчені вважають документом лише письмовий акт [8, с. 696]. Хоча більшість дослідників виходить з того, що матеріальними носіями інформації в документі можуть бути й інші предмети. На нашу ж думку, матеріальним предметом офіційного документа може виступати будь-який предмет, який здатний вмщати інформацію і призначений для її зберігання, використання й поширення. Це може бути пластик (документ про освіту, права водія, посвідчення особи), синтетичний матеріал, що застосовується для зберігання інформації в електронному вигляді, кіно-, фото-, чи відеоплівка та ін.

Засоби закріплення інформації в таких матеріальних носіях багато в чому окреслені властивостями останніх вмщати інформацію в тому чи іншому вигляді. На папері чи пластику засобами закріплення можуть бути як письмові знаки, що передають текст, так і малюнки, які відтворюють зображення. Окремим документам притаманна комбінована форма, що містить у собі як текстову інформацію, так і образотворчу. Вимоги ці, як правило, визначаються нормативно-правовими актами, що регламентують створення того чи іншого виду документа.

Останнім часом поширюється так звана *електронна форма* документа. Відмінною його рисою є здатність бути носієм найрізноманітнішої інформації – як текстової, образотворчої, так і відео-, звукової тощо. Спеціальна форма зберігання інформації в електронному документі, використання знакової системи її фіксації, що зумовлюються властивостями електромагнітних полів, значно розширюють можливості, пов'язані зі зберіганням, передачею й використанням інформації. Характерною рисою такого документа є його здатність існувати в електронному вигляді. Форма існування електронного документа пов'язана з формою його зберігання (диск, плівка) і припускає певний спосіб відтворення (аудіо, відео, печатний та ін.)

Сьогодні форма електронного документа досить чітко регламентована Законами України «Про електронний документ та електронний документообіг» [5; 2003. – № 36. – Ст. 275] і «Про електронний цифровий підпис» [5; 2003. – № 36. – Ст. 276]. Дотримання вимог до нього, установлених у цих законах, є обов'язковим для визнання офіційного статусу документів. Відповідні вимоги стосуються не тільки матеріальної форми офіційного документа, а головним чином його юридичної форми [4, с. 24-54]. Ці вимоги відображаються насамперед у його реквізитах. (*Реквізит* (лат. – *requisitum*)) означає необхідне. Відсутність хоча б одного з них позбавляє власника документа можливості використання його за призначенням [20, с. 426]. Реквізити стосуються правил оформлення офіційних документів і встановлюються державним стандартом. В останньому розписано не тільки їх склад (на сьогодні їх близько 30), а й місце і спосіб розташування відповідного реквізиту. Важливими реквізитами офіційного документа є скріплення його печаткою, підписом особи, дата, номер, візи погоджень, резолюції, грифи затверджень та ін.

Державною розроблено уніфіковані системи документації, які знайшли своє відбиття у держстандартах, у зв'язку з чим набули нормативного характеру. Оформлення документів відповідно до вимог, передбачених у цих стандартах, надає їм юридичної чинності. Особливе місце у зв'язку зі своєю поширеністю займає уніфікована система організаційно-розпорядчої документації. Вона містить у собі вимоги, встановлені до складання таких документів, як акт, діловий лист, доповідна, пояснювальна записки,

заява, інструкція, кадрова анкета, положення, постанова, правило, наказ, подання, протокол, розпорядження та ін.

Реквізити документа слід відрізнити від засобів його захисту, до яких належать голографічні, криптографічні, програмні, технічні та ін. Вони застосовуються при складанні окремих видів документів для захисту від підробок. Їх наявність у документі за загальним правилом не є обов'язковою.

2. *Інформативність* офіційного документа. Офіційні документи виступають носіями юридично значимої інформації. Через їх оборот здійснюється інформаційне забезпечення управління. Установлюючи кримінальну відповідальність за незаконне заволодіння ними, їх знищення або приховування, законодавець насамперед ставить під охорону інформацію, що знаходиться в системі управлінських відносин і закріплюється в офіційних документах.

В *інформаційному забезпеченні управління* полягає головна функція документа як носія юридично значимої інформації. Вилучення його зі сфери управління, знаходження поза процесом останнього виключає можливість визнання відповідного предмета офіційним документом. Так, до числа офіційних документів не можна віднести документи (а) архівного фонду, (б) що втратили чинність або вийшли з обігу, (в) цінні папери на пред'явника та інші, які за змістом не виконують функції інформаційного забезпечення управління, вилучені із системи управлінських відносин або виконують іншу роль у житті суспільства.

Наділений зовнішніми ознаками документа, але не залучений у сферу управлінських відносин та не виконуючий у зв'язку із цим функції інформаційного забезпечення управління відповідний предмет не може бути визнаний офіційним документом у кримінально-правовому розумінні. Саме залученням офіційних документів у систему відносин з інформаційного забезпечення управління зумовлюється юридична значимість останніх. Тому не можуть бути визнані офіційними документами, що є предметами досліджуваного злочину, документи, які вийшли з обороту або втратили юридичне значення (скасовані, вилучені та ін.).

Із цієї ж причини не може бути визнане предметом злочину, передбаченого ст. 357 КК, нормативне джерело, надруковане в пресі. Загальнодоступність інформації, зумовлена формою випуску – тиражем, усуває можливість такого впливу на управлінські відносини в разі втрати носія юридично значимої інформації (наприклад, екземпляра газети), який міг би підірвати інформаційне забезпечення управління.

Офіційний документ повинен бути носієм інформації про факти, що *мають юридичне значення*, тобто такої, що призводить до встановлення, зміни або припинення правовідносин. Якщо ж він не містить такої інформації, або містить помилкову, такий документ не може бути визнано предметом розглядуваного злочину.

Саме тому досить складно погодитися з думкою тих науковців, які вважають, що кримінальна відповідальність може настати за незаконні дії з документами, які не засвідчують юридичні факти й у зв'язку із цим не викликають ніяких юридично значимих наслідків (приміром, інформаційні довідки, інформаційні відомості тощо) [18, с. 99]. Правомірним щодо цього вбачається твердження: «якщо документ фіксує факт, який не тягне юридичних наслідків, він випадає зі сфери управлінських відносин і не може бути предметом злочинів проти порядку управління» [3, с. 69]. Отже, офіційний документ у кримінально-правовому розумінні – це не лише наявність властивостей інформативності (наприклад, інформаційний лист органу виконавчої влади) за відсутності юридичної значимості самої інформації. Юридична значимість інформації визначається встановленням у документі юридичних фактів і обумовлюється *межами*

компетенції відповідних суб'єктів управлінських відносин, від імені яких він виходить. Недотримання цих вимог, як і вимог стосовно форми, тягне за собою недійсність документа.

Юридична чинність офіційного документа багато в чому визначається саме колом повноважень суб'єкта, який його складає. Ось чому слід обов'язково встановлювати межі компетенції цього суб'єкта.

Варто розрізняти як (1) межі компетенції соціального установа (відповідного органу влади або управління, підприємства, установи або організації), так і (2) повноваження особи, від якої безпосередньо виходить офіційний документ, тобто особи, яка його видала або підписала. Підпис уповноваженого суб'єкта, як уже відзначалося, виступає одним із елементів реквізиту офіційного документа. Але при такому погляді на підпис головна увага приділяється формально-юридичному аспекту, тобто його наявності, скріпленню в необхідних випадках печаткою та ін. Зі змістовної точки зору підпис особи, яка скріплює документ, служить насамперед проявом її повноважень.

Офіційний документ, залучений у систему обороту документації, виступає носієм *владних повноважень* особи, від імені якої він виходить, своєю формою їх реалізації. При цьому воля уповноваженого суб'єкта передається через інформацію, що закріплюється в документі, і переноситься (впливає) на інших суб'єктів, які залучені в управлінські відносини й до яких відповідна інформація звернена.

Слід також зазначити, що інформативність пронизує не тільки змістовний аспект офіційного документа, а й його юридичну форму. Джерелом інформації, закріпленої в ньому, виступають не тільки відомості про факти, що мають юридичне значення, а й дані, зазначені у відбитку печатки, штампа, погоджень, віз, підпису уповноваженої особи та ін. У цьому виявляється діалектична єдність форми і змісту офіційного документа, а також універсальна природа інформативності як однієї з головних ознак розглядуваного поняття.

3. *Посвідчувальність* офіційного документа. Виступаючи носієм юридично значимої інформації, цей документ сам по собі не породжує юридичних фактів, а лише фіксує, посвідчує й підтверджує їх. Основні посвідчувальні функції належать органам державної влади, органам місцевого самоврядування й об'єднанням громадян, а також підприємствам, установам та організаціям незалежно від форми власності.

Виготовляючи та видаючи офіційний документ, посадовці та інші уповноважені суб'єкти фіксують права й обов'язки, встановлені відповідно до закону для різних категорій осіб, а також реалізують повноваження соціальних установлень, від імені яких такий документ виходить. У свою чергу, одержувачі й користувачі офіційних документів, пред'являючи їх (використовуючи за призначенням), тим самим засвідчують, підтверджують свій статус, наявність відповідних повноважень або відсутність обов'язків. Управлінські функції переносяться на рівень конкретних осіб, які володіють документом для самостійного посвідчення його пред'явником (власником) наявного статусу, підтвердження існуючих прав або ж відсутність обов'язків.

Таким чином, управлінські функції одержують свою реалізацію в діяльності конкретних осіб – власників офіційних документів. Розглянута процедура універсальна, охоплює різні сфери управлінської діяльності, значно спрощує виконання владних повноважень суб'єктами управління щодо посвідчення (підтвердження) фактів, що мають юридичне значення.

Про посвідчувальну силу офіційного документа говорить не здатність того чи іншого носія інформації служити джерелом доказів (приміром, через чийсь недбалість, перевищення повноважень тощо), а його призначення за своїм змістом засвідчувати

факти, що мають юридичне значення. Важливо зауважити, що доказове (процесуальне) поняття документа, яким оперує кримінальний процес (ст. 83 КПК України), не має нічого спільного з кримінально-правовим. Незважаючи на те, що вживаються однакові терміни, між ними, як справедливо підкреслюється в юридичній літературі, немає ні генетичного, ні дефініціального зв'язку [15, с. 9-11].

Отже, офіційний документ – це носій інформації, матеріальний (електронний) предмет, який:

- 1) *виходить* від органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян, підприємств, установ та організацій незалежно від форм власності;
- 2) має *формальну визначеність*, необхідні реквізити, відповідає встановленим вимогам складання, може існувати як у матеріальному, так і в електронному вигляді;
- 3) містить *інформацію про факти, що мають юридичне значення*;
- 4) складається уповноваженими суб'єктами в *межах їх компетенції*, з дотриманням у необхідних випадках встановленого законом порядку прийняття;
- 5) виступає носієм *владних повноважень* соціального установа, від імені якого виходить;
- 6) знаходиться в обігу й виконує функцію *інформаційного забезпечення управління*;
- 7) виконує в системі обороту документів *правопосвідчувальну* функцію, підтверджує (закріплює) факти, що мають юридичне значення.

Список літератури: 1. Белогриц-Котляревский Л.С. Учебник русского уголовного права: Общ. и особ. ч. – К.: Южно-рус. кн. изд-во Ф.А. Иогансона, 1903. – 620 с. 2. Бриллиантов А. Ответственность за подделку, изготовление или сбыт поддельных документов, штампов, печатей, бланков // Сов. юстиция. – 1982. – № 8. – С. 23, 24. 3. Букалєрова Л.А. Уголовно-правовая охрана официального информационного оборота. – М.: Юрлитинформ, 2006. – 360 с. 4. Вершинин А.П. Юридические документы в нотариальной и судебной практике. – М.: Юрид. лит., 1993. – 224 с. 5. Відомості Верховної Ради України. 6. Волженкин Б.В. Служебные преступления. – М.: Юристь, 2000. – 368 с. 7. Жижилєнко А.А. Подлог документов. Историко-догматическое исследование. – СПб., 1900. – 784 с. 8. Комментарий к УК РФ / Колл. авт.: Ветров Н.И., Ляпунов Ю.И., Иванов Н.Г. и др. – М.: Проспект, 1997. – 760 с. 9. Кузнецов А.В. Ответственность за подлог документов. – М.: Госюриздат, 1959. – 112 с. 10. Кримінальне право України: Особ. ч.: Підручник / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 544 с. 11. Кримінальний кодекс України: Наук.-практ. коментарій / За заг. ред. В.Т. Малярєнка, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Х.: ТОВ „Одіссей”, 2004. – 1152 с. 12. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: Вид-во А.С.К., 2002. – 936 с. 13. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Каннон, А.С.К., 2001. – 1104 с. 14. Неклюдов Н.А. Руководство к Особенной части русского уголовного права – Том 4. – СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1880. – 584 с. 15. Пикуров Н.И. Уголовное право в системе межотраслевых связей / Под ред. А.В.Наумова. – Волгоград, 1988. – 121 с. 16. Пинхасов Б.И. Защита документов по советскому праву. – Ташкент: Узбекистан, 1976. – 198 с. 17. Поленов Г.Ф. Ответственность за похищение, подделку документов и их использование (Библиотечка следователя). – М.: Юрид. лит., 1980. – 72 с. 18. Постников В.С. О понятии документа как предмета преступления, предусмотренного ст. 196 УК РСФСР // Совершенствование правоохранительной деятельности органов внутренних дел: Сб. тр. молодых ученых. – М.: Изд-во ВШ МВД, 1990. – С. 98-101. 19. Рішення Верховного Суду України: Офіц. вид.: Щорічник

2002. – К., 2002. – 174 с. **20.** Словарь иностранных слов / Под ред. А.Г. Спиркина, И.А. Акчурина, Р.С. Карпинской. – М.: Рус. яз., 1987. – 608 с. **21.** Сташис В.В., Бажанов М.И. Преступления против порядка управления. Учеб. пособ. – Х.: Юрид. ин-т, 1971. – 76 с. **22.** Уголовное право Российской Федерации: Особ. ч. / Под ред. Б.В. Здравомыслова. – М.: Юристъ, 2000. – 552 с. **23.** Уголовное право России: Особ. ч./ Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – М.: Юристъ, 1999. – 492 с. **24.** Уголовное право: Особ. ч.: Учебник для вузов / Отв.ред. И.Я. Козаченко, З.А. Незнамова, Г.П. Новоселов. – М.: ИНФРА М – НОРМА, 1997. – 768 с. **25.** Яковлев Я.М. Понятие и классификация документов в советском праве. – Сталинабад: Таджик. гос. ун-т, 1960. – 48 с.

Надійшла до редакції 14.11.2006 р.

УДК 343.123.4 **Н.М. Петрова, здобувачка**
при кафедрі кримінального права
Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків

ЗВІЛЬНЕННЯ ОСОБИ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: ЗАГАЛЬНІ ПІДСТАВИ Й УМОВИ

Кримінальний кодекс України 2001 р., заснований на ідеях законності, справедливості, гуманізму, вперше закріпив інститут звільнення особи від кримінальної відповідальності як ідею компромісу боротьби зі злочинністю.

Деякі проблеми звільнення особи від кримінальної відповідальності уже розглядалися видатними криміналістами, а саме Х.Д. Алікперовим, Ю.В. Бауліним, А.В. Єндольцовою, С.І. Зельдовим, С.Г. Келіною, О.Ф. Ковітіді, Г.Д. Коробковим, Н.Ф. Кузнєцовою, В.Є. Смольниковим, Ю.М. Ткачевським та іншими, але і на даний час багато питань залишаються дискусійними і потребують подальшого дослідження.

У кримінально-правовій літературі висловлюються різні думки з приводу розуміння правової природи й сутності звільнення особи від кримінальної відповідальності. Це значною мірою зумовлено тим, що в законі не розкривається змісту зазначеного інституту, немає єдиної точки зору і в науці щодо сутності й ознак розглядуваного інституту. Немає єдиної точки зору в науці і щодо сутності й ознак розглядуваного інституту. Між тим, не існує розбіжностей у позиції науковців у тому, що сутністю кримінальної відповідальності є обмеження прав і свобод злочинця, визначених кримінальним законом. До того ж із закону випливає, що ці обмеження може визначати тільки суд шляхом винесення обвинувального вироку, виконання якого реально здійснюється спеціально уповноваженими органами держави. Саме це визначення й дозволяє зробити висновок, що обов'язковою ознакою звільнення особи від кримінальної відповідальності є передбачена законом відмова держави від застосування до особи, яка вчинила злочин, позбавлень або обмежень певних її прав і свобод, визначених КК України.

Із цього випливає, що звільнення від кримінальної відповідальності – *це не виправдання особи, не визнання її невинуватою у вчиненні злочину*; закон визнає особу винною у вчиненні кримінально караного діяння, але у зв'язку з певними обставинами, передбаченими в КК України, він звільняє її від кримінальної відповідальності.

КК України містить вичерпний перелік підстав та умов застосування як загальних, так

і спеціальних видів звільнення особи від кримінальної відповідальності. Однак, у кримінально-правовій доктрині немає єдності в поглядах науковців і щодо змісту підстав та умов такого звільнення.

Найбільш поширеною є точка зору, відповідно до якої підставами звільнення від кримінальної відповідальності виступають: а) учинення злочину невеликої або середньої тяжкості; б) невелика ступінь суспільної небезпечності особи, яка вчинила злочин; в) недоцільність притягнення особи до кримінальної відповідальності [7, с. 463; 3, с. 19, 49].

Однак, у науці висловлюються й інші думки. Так, деякі криміналісти вважають підставами відпадиння або суттєве зниження суспільної небезпечності злочину [9, с. 105]. У кримінально-правовій доктрині це твердження обґрунтовано викликає заперечення. Відпадиння суспільної небезпечності вчиненого не відповідає природі інституту звільнення від кримінальної відповідальності: якщо діяння втратило свою найважливішу ознаку – суспільну небезпечність, то воно перестає бути злочином, а тому відпадають взагалі підстави кримінальної відповідальності і питання про звільнення від неї взагалі не повинно обговорюватися [7, с. 70].

Останнім часом дискутується точка зору, що загальною підставою всіх видів звільнення від кримінальної відповідальності є *недоцільність* застосування засобів кримінально-правового впливу до особи, яка не становить значної суспільної небезпечності й має можливість самостійно виправитися [8, с. 142-144]. З нашого погляду, і ця позиція викликає обґрунтовані заперечення. Недоцільність не можна вважати підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності перш за все тому, що це поняття неконкретне й має занадто загальний характер. Згідно з Конституцією України недоцільним може бути притягнення до кримінальної відповідальності з політичних, ідеологічних та інших мотивів, але зовсім не стосується підстав звільнення від кримінальної відповідальності.

Ю.В. Баулін, розглядаючи цю проблему, стверджує що немає взагалі потреби визначати загальні юридичні підстави досліджуваного інституту в сучасному праві, оскільки вони мають фактично умовний характер і практично не вирішують ніяких прагматичних завдань. Науковець стверджує, що «звернення до кожного виду звільнення особи від кримінальної відповідальності свідчить про наявність певної самостійності в підставах його застосування, які в чомусь інколи збігаються, а в цілому зберігають індивідуальний характер» [2, с. 71]. Оцінюючи цю позицію, вважаємо, що слід погодитися, що підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності повинні характеризувати конкретний злочин та особу, яка його вчинила, на момент учинення діяння або на момент оцінки його органами правосуддя. Але, не варто виключати й наявності підстави, загальної для всіх цих видів звільнення особи від кримінальної відповідальності, якою КК України визнає або певну поведінку особи, яка вчинила злочин, або настання певної події, з якою закон пов'язує таке звільнення. Назвемо види звільнення від кримінальної відповідальності, передбачені і в Загальній, і в Особливій частинах КК України. Це: а) добровільна відмова від доведення злочину до кінця (ст. 17); б) діяльне або щире каяття (ст. 45, 47); в) примирення винного з потерпілим (ст. 46); г) зміна обстановки (ст. 48); д) сплив строку давності (ст. 49); е) акти амністії та помилування (ст. 85-87).

Спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності КК України передбачає в Особливій частині: частини 2 статей 111, 114, 255; ч. 5 ст. 258; ч. 6 ст. 260; частини 4 статей 212, 289, 307, 309, 311, 401; частини 3 статей 175, 263, 369.

Крім поділу видів звільнення особи від кримінальної відповідальності на загальні і спеціальні криміналісти відрізняють також:

а) факультативні й обов'язкові види – залежно від наявності обов'язку чи права суду звільнити особу від кримінальної відповідальності;

б) умовні й безумовні – залежно від покладених або непокладених на особу певних обов'язків після того, як буде прийнято рішення про її звільнення;

в) суб'єктивні види, які залежать від суб'єкта злочину, від його особистої посткримінальної поведінки (примирення винного з потерпілим, діяльне каяття) та об'єктивні, які не залежать від суб'єкта вчиненого злочину (а залежні від строків давності, пов'язані зі зміною обстановки, внаслідок акту амністії).

Разом з підставами звільнення особи від кримінальної відповідальності кожен вид має також свої специфічні умови застосування. При аналізі цих умов і підстав потрібно розмежовувати ці поняття, тому що їх існування у кримінально-правовій доктрині є необхідним. На потребу окремого розгляду вказаних питань правильно звертає увагу С.Г. Келіна [3, с. 48]. Під умовами вона розуміє вимоги, звернені до майбутньої поведінки особи після її звільнення від кримінальної відповідальності. О.С. Козак такими умовами називає обставини, які викликають саму постановку питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності [6, с. 59-62]. І з цим можна погодитися, тому що ця позиція обгрунтована КК України. О.О. Житний займає іншу позицію, вважаючи умовами звільнення особи від кримінальної відповідальності обставини, що в сукупності визначають можливість або необхідність застосування передбаченого в даній нормі виду звільнення. «Це ті названі в законі об'єктивні або суб'єктивні типові ознаки, яким повинні відповідати особа або її діяння та (або) її поведінка після вчинення злочину» [5, с. 124-126]. М.І. Мельник і М.І. Хавронюк у Коментарі до КК України взагалі змішують і підстави, й умови звільнення особи кримінальної відповідальності в одне ціле, вважаючи підставою звільнення сукупність умов [4, с. 134].

Таким чином, узагальнюючи існуючі позиції щодо цієї проблеми й норми КК України, можемо зробити висновок, що умовами застосування певного виду звільнення від кримінальної відповідальності є вчинення особою вперше злочину невеликої або середньої тяжкості.

Дослідження питання стосовно розмежування понять підстав та умов звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вчинила злочин, в основному здійснюється в процесі аналізу окремих видів такого звільнення. Наприклад, підставами останнього у зв'язку з примиренням з потерпілим є певна посткримінальна поведінка винного (його примирення з потерпілим, відшкодування завданих ним збитків або усунення заподіяної шкоди), а умовою виступає вчинення вперше злочину невеликої тяжкості.

Отже, аналіз видів звільнення від кримінальної відповідальності дає можливість підсумувати викладене, а саме:

а) усі види звільнення, передбачені Загальною й Особливою частинами КК України, можуть застосовуватися, тільки коли існують визначені законом підстави й умови такого звільнення;

б) кожна з підстав звільнення особи від кримінальної відповідальності має свої специфічні умови;

в) умовою є вчинення певного злочину (невеликої або середньої тяжкості) вперше, а підставою – певна посткримінальна поведінка винного, яка заохочується державою і з якою КК України пов'язує звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Список літератури: 1. Аликперов Х.Д. Освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием // Законность. – 1999. – №5. – С. 12, 13. 2. Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 296 с.

3. *Житний О.О.* Щодо питання про умови звільнення від кримінальної відповідальності та їх класифікацію // Сучасні проблеми юридичної науки: Тези наук. доп. та повід. учасників наук. конф. молод. учених. – Наукове видання. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2002. – С. 124-126. 4. *Келина С.Г.* Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. – М.: Наука, 1974. – 232 с. 5. *Ковітіді О.Ф.* Звільнення від кримінальної відповідальності: Навч. посіб. – Сімферополь: Квадранал, 2006. – 224 с. 6. *Козак О.С.* Правові підстави звільнення від кримінальної відповідальності // Наше право. – 2004. – №4. – С. 59-62. 7. Кримінальне право України: Заг. ч.: Підручник / За ред. *М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація.* – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 512 с. 8. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За ред. *М.І. Мельника, М.І. Хавронюка.* – К.: Каннон, А.С.К., 2002. – 1104 с. 9. *Тенчов Э.С.* Общественная опасность личности преступника и основание специальных видов освобождения от уголовной ответственности // Личность преступника и уголовная ответственность: Межвуз. науч. сб. – Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1981. – С. 34. 10. *Торон Ю.В.* Проблемы освобождения от уголовной ответственности // Рос. юрид. журн. – 2000. – № 4. – С. 142-144. 11. Уголовное право: Общ. ч.: Учебник / Под ред. *Козаченко И.Я.*: В 4-х т. – Т.4: Освобождение от уголовной ответственности и наказания: основание, виды, последствия. – М.: НОРМА, 2004. – 576 с.

Надійшла до редакції 24.10.2006 р.

УДК 343.9 **В.Ф. Оболенцев**, канд. юрид. наук, доцент
*Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків*

ВИКОРИСТАННЯ СТАТИСТИЧНОГО ОБЛІКУ З МЕТОЮ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВООХОРОННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У науковій літературі раніше було обгрунтовано, що причиною так званих природних латентних злочинів є відсутність у правоохоронців відомостей про наявність і стан соціальних цінностей, щодо яких учиняються злочинні посягання [1, с. 29-32]. З урахуванням обсягу латентизації та її негативних наслідків [7, с. 55, 74] такий стан речей треба визнати суттєвим дестабілізуючим чинником сучасного українського суспільства.

Вважаємо, що при вирішенні вказаної проблеми можуть стати в нагоді можливості державних статистичних органів. Адже метою статистичної діяльності є отримання всебічної й об'єктивної інформації щодо економічної, соціальної, демографічної й екологічної ситуації в Україні [2; 2000. – №43. – Ст. 362], а значить, і про матеріальні й нематеріальні цінності, що охороняються уповноваженими структурами.

За умов очевидної потреби правоохоронців у статистичних даних все ж раніше цьому питанню науковці приділяли недостатньо уваги. Здебільшого їх розробки були спрямовані на вдосконалення існуючого кримінально-статистичного обліку [3, с. 47-62; 4, с. 25, 26; 6, с. 35-45], а також прогнозування обсягів фактичної злочинності за допомогою статистичних методів [4, с. 20; 5, с. 15]. За таких обставин об'єктом свого дослідження ми й визначили способи використання статистики для вдосконалення правоохоронної діяльності.

Згідно з ч. 1 ст. 3 Конституції України вищою соціальною цінністю є життя людини.

Виняткове значення цього блага зумовлює його посилену охорону й особливо ретельний статистичний облік. Показово, наприклад, що статистикою обліковується біологічне життя ще ненародженої дитини за формою державної статистичної звітності N21 ("Звіт про медичну допомогу вагітним, роділлям та породіллям" [8; 2000. – №40. – Ст. 1719. – Дод. 5], який подається всіма медичними установами, що спеціалізуються на допомозі жінкам. На підставі цих даних загальносоціальними і спеціально-кримінологічними методами можна попереджувати протиправні діяння, які караються згідно зі ст. 117 КК України «Умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини».

Обов'язок первинного обліку життя новонароджених теж покладено на лікувальні заклади. Спочатку здійснюється їх оперативний облік у "Журналі обліку новонароджених" – форма N 152/о [8; 2006. – №10. – Ст. 648. – Дод. 12]. Далі статистичний облік немовлят провадиться за формою державної статистичної звітності N21 (Звіт про медичну допомогу вагітним, роділлям та породіллям) [8; 2000. – №40. – Ст. 1719. – Дод. 7]. Ці ж органи за формою №20 (Звіт лікувально-профілактичного закладу [8; 2000. – №40. – Ст. 1719. – Дод. 8] звітують про чисельність народжених при пологах вдома.

За медичним свідоцтвом про народження державна реєстрація цих фактів здійснюється в органах реєстрації актів громадянського стану [2; 1994. – №14. – Ст. 78] шляхом внесення даних до алфавітних книг, а за наявності автоматизованої системи – також до комп'ютера (оперативний облік) [8; 2000. – №42. – Ст. 1803]. Указані органи звітують про чисельність нових громадян України за статистичною формою N97 ("Звіт про реєстрацію актів громадянського стану" (місячна) [8; 2002. – № 41. – Ст. 1919].

Первинний (оперативний) облік випадків смерті в лікувально-профілактичних закладах провадиться в "Журналі обліку померлих" і "Журналі обліку випадків перинатальної смерті" (форма N 151/о та N153/о відповідно) [8; 2003. – №3. – Ст. 37].

На підставі лікарського свідоцтва або фельдшерської довідки про смерть, лікарського свідоцтва про перинатальну смерть реєструються ці факти в органах реєстрації актів громадянського стану [2; 1994. – №14. – Ст. 78]. Як і у випадках народження, ці органи здійснюють оперативний облік смерті в алфавітних книгах [8; 2000. – № 42. – Ст. 1803], а статистичний – за вже вказаною статистичною формою N97.

Для уточнення чисельності населення а значить, і вищої соціальної цінності – життя громадян провадиться перепис населення. Згідно до закону України "Про Всеукраїнський перепис населення" [2; 2000. – № 51-52. – Ст. 446] перепис населення – це періодичне суцільне державне статистичне спостереження, що включає в себе збирання демографічних і соціально-економічних даних, які на встановлену дату характеризують чисельність і склад населення країни, а також оброблення, узагальнення, поширення й використання результатів цієї статистики.

У такий спосіб держава отримує відомості про кількість найважливішого соціального блага – життя людей, а правоохоронці – про загальний обсяг найціннішого з об'єктів своєї охорони. Вважаємо, що використання такої інформації може забезпечити й більш значущий ефект, посилюючи превентивну спрямованість правоохоронної діяльності. Статистичні дані про населення повинні стати базою для цілеспрямованих профілактичних заходів, що мають персоніфікований, а не загальний характер. Це передбачає, по-перше, періодичні системні перевірки фактів наявності та стану такої важливої соціальної цінності, як життя людей. Особливо це потрібно здійснювати щодо громадян, які є найбільш вразливими й незахищеними верствами населення: молоді, людей похилого віку, осіб, які знаходяться в місцях позбавлення волі. Цю функцію щодо перших двох груп, як вбачається, можна покласти на дільничних інспекторів міліції.

Саме вони найближче стикаються з повсякденним життям громадян, мають можливість і досвід з необхідною періодичністю перевіряти їх життєдіяльність (що, до речі, вони й здійснюють згідно з відомчими приписами, хоча й на жаль, несистематично [8; 2000. – №42. – Ст. 1803]. Що стосується громадян третьої групи, то перевірки мають здійснюватися органами, діяльність яких не пов'язана з адміністрацією установ виконання покарань. Одночасно також можна перевіряти стан інших соціальних цінностей, що стосуються опитуваних. Результати таких перевірок повинні мати статус статистичних даних, за якими можна оцінювати становище законності в країні й ефективність правоохоронної діяльності.

Безумовно, реалізація вказаних заходів викличе потребу в додаткових ресурсах. Але ж, по-перше, будь-які витрати є доцільними, якщо йдеться про охорону життя і здоров'я людини, а по-друге, таку діяльність треба вважати принциповою з точки зору реалізації в країні норми ст. 3 Конституції України: “Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.”

Цікаво, що у світі вже існує певний досвід з реалізації таких заходів. Загальновідомим є статистичне опитування громадян – National Crime Survey, що провадиться у Сполучених Штатах Америки в загальнонаціональному масштабі. Цей вид дослідження було запроваджено Конгресом США в 1973 р. Здійснюється воно працівниками спеціальної структури – Бюро з перепису населення (U.S. Census Bureau). У процесі дослідження опитується велике число осіб (понад 100 тис.), з'ясовуються демографічні дані опитуваних та інформація про відомі їм злочини. Періодичність опитування – один раз на рік. Отримані відомості, узагальнені Бюро статистики Міністерства юстиції США, враховуються при плануванні правоохоронних заходів на загальнодержавному рівні [9, с. 15].

Реалізація запропонованих заходів, на нашу думку, дозволить зробити попередження злочинності більш цілеспрямованим, а охорону прав громадян – більш ефективною. До того ж діяльність правоохоронців стане більш контрольованою, бо за наявності даних про обсяг і стан соціальних цінностей суспільство зможе оцінювати в числовому вираженні також стан законності в країні.

Список літератури: 1. Акутаев Р.М. Проблемы латентной преступности (По материалам Дагест. АССР): Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Махачкала, 1984. – 235 с. 2. Відомості Верховної Ради України. 3. Гаврилов Б.Я. Способна ли российская статистика о преступности стать реальной? // Государство и право. – 2001. – №1. – С. 47-62. 4. Герцензон А.А. Основные положения и задачи советской науки уголовной статистики // Проблемы искоренения преступности. – М.: Юрид. лит., 1965. – С. 25, 26. 4. Конев А.А. Преступность и проблема измерения её реального состояния: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М.: Акад. МВД РФ, 1993. – 36 с. 5. Ли Д.А. Преступность в России: системный анализ. – М.: Гелва, 1997. – 192 с. 6. Лунеев В.В. Юридическая статистика: Учебник. – М.: Юристъ, 1999. – 415 с. 7. Оболенцев В.Ф. Латентна злочинність: проблеми теорії та практики попередження. – Х.: видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2005. – 128 с. 8. Офіційний вісник України. 9. Anderson P.R., Newman D.J. Introduction to Criminal Justice / 5-th edition. New-York: McGraw-Hill Inc., 1993. – 481 p.

Надійшла до редакції 28.09.2006 р.

ВИДЫ ПРОМЕЖУТОЧНЫХ ЗАДАЧ РАССЛЕДОВАНИЯ ПРИ ПОХИЩЕНИИ ЧЕЛОВЕКА

Расследование преступлений требует выполнения сложных задач различного характера и объема: от общих, касающихся полного раскрытия, выяснения всех обстоятельств, подлежащих доказыванию по данному делу, изобличения виновных, до установления отдельных сторон события, обеспечения условий для достижения общей цели расследования. В этом смысле можно говорить о стратегической линии в разрешении тактических задач □ двух взаимосвязанных направлениях в деятельности следователя, определяемых его полномочиями самостоятельно принимать решение о направлении досудебного следствия (ст. 114 УПК). Для оптимального разрешения перспектив расследования недостаточно производства отдельных следственных действий без их комплексного применения в сочетании с организационными действиями и оперативно-розыскными мерами □12, с. 152, 153□. Цель данной статьи □ установить виды промежуточных задач расследования при похищении человека.

По выражению Г.В. Юрковой, задача □ это заранее определенный, запланированный для выполнения объем работы □19, с. 7□. Р.С. Белкин также отмечает, что целью тактической комбинации всегда является решение конкретной задачи следствия, как установление истины по делу, т.е. осуществление процесса доказывания □1, с. 212□. Преступление исследуется по уголовному делу в тех связях, свойствах и признаках опосредствования, знание которых необходимо для разрешения практических задач уголовного судопроизводства. Определенность предмета доказывания обуславливает границы исследования □16, с. 185□. Согласно ст. 64 УПК Украины при производстве досудебного следствия, дознания и рассмотрении уголовного дела в суде подлежат доказыванию:

- 1) событие преступления (время, место, способ и другие обстоятельства его совершения);
- 2) виновность обвиняемого в совершении преступления и мотивы последнего;
- 3) обстоятельства, влияющие на степень тяжести преступления, и характеризующие личность обвиняемого, которые смягчают или отягчают наказание;
- 4) характер и размер ущерба, причиненного преступлением, а также размер затрат учреждения охраны здоровья на стационарное лечение потерпевшего от преступного деяния □9□.

При расследовании похищения человека подлежат выяснению *следующие обстоятельства*:

- 1) само событие преступления (время, место, способ и другие обстоятельства совершения преступления. Немаловажное значение имеет установление а) места совершения преступления, в данном случае места похищения и места удержания похищенного, где могут сохраниться следы преступления; б) точного времени его совершения, что может способствовать обнаружению свидетелей; в) способа совершения похищения человека, т.е. какое насилие применялось к потерпевшему, в какой форме выразились угрозы, использовались ли какие-либо предметы или оружие и др.;
- 2) роль каждого из участников похищения человека, характер их действий, их виновность в совершении преступления и его мотивы;
- 3) наличие между преступниками предварительного сговора при похищении человека;

4) данные, характеризующие личность каждого из похитителей, смягчающие или отягчающие их ответственность, в том числе наличие судимости;

5) кто стал жертвой похищения, его материальное положение и роль в реализации виновными преступного замысла;

6) какие последствия для жизни и здоровья похищенного лица повлекло совершенное преступление (был ли он ранен, степень тяжести полученных им повреждений, какие последствия они повлекли или могли повлечь);

7) размер и вид ущерба, причиненного похищенному человеку.

Реализация идей применения тактических операций при расследовании преступлений требует детальной теоретической разработки категории «тактическая задача расследования», определения ее понятия, признаков и структуры. По поводу этого А.В. Дулов констатирует, что целью тактической операции является реальная тактическая задача, возникшая на основе имеющихся в деле доказательств и направленная на выяснение обстоятельств, которые надо устанавливать при расследовании уголовного дела [5, с. 89]. В.Ф. Ханин замечает, что главным основанием классификации тактических операций должны служить тактические задачи, ибо недостатки в расследовании некоторых видов преступлений в значительной степени вызываются отсутствием четкого представления этих задач на разных стадиях расследования, следствием чего является отсутствие четко спланированных действий по их разрешению [17, с. 9]. Правильное определение познавательных целей следственного действия дает возможность следователю сформулировать тактические задачи, которые необходимо выполнить для их достижения. Общая тактическая задача следственного действия определяется на основе осознания следователем причинных связей между познавательными целями следственного действия и выраженными в следственной ситуации внешними условиями их достижения.

На определение тактических задач основное влияние оказывают элементы следственной ситуации [14, с. 17]. По мнению Л.Я. Драпкина, теоретическую основу тактической операции составляет идея расчленения сложной, многокомпонентной задачи на несколько локальных «подзадач» с их последующей координацией. Однако каждая тактическая операция обладает относительной автономией по отношению к другим комплексам и отдельным действиям. Ее особая целеустремленность обусловлена направленностью на решение одной задачи, достижение единой локальной цели [4, с. 32]. И.Ф. Герасимов, рассматривая этапы раскрытия преступлений, выделяет задачи каждого из этапов [3, с. 18-24]. С точки зрения А.Е. Михальчука, направленность тактических операций к разрешению только тактических задач вызывает возражение, поскольку при реализации первых параллельно решаются задачи и методического, организационного, профилактического, воспитательного характера. При этом он выделяет задачи общего плана, которые могут быть тактическими, организационными, методическими и др., а каждая общая задача состоит из определенного в каждом конкретном случае числа задач промежуточных [13, с. 11].

В зависимости от содержания тактические задачи разделяются на познавательные, организационные, психологические и воспитательные [2, с. 18]. А.В. Лагутин называет еще тактические задачи поискового характера [розыск скрывшегося преступника, выявление его связей, обнаружение спрятанного имущества, задержание вооруженного лица [11, с. 17]. Г.А. Матусовский предлагает классифицировать комплексы действий по характеру и объему решаемой следственной задачи в пределах (а) отдельного следственного действия (его подготовка и производство); (б) этапа расследования; (в) расследования по делу в целом [12, с. 154]. М.В. Салтевский с учетом сложности

разрешения тактических задач разделяет их на два вида □ простые и сложные. Для решения простой достаточно применить одно следственное действие или оперативно-тактическое действие. Сложные операции являются многоходовыми, а их разрешение требует, как правило, комплексной программы совокупности действий □15, с. 78□. В.А. Князев классифицирует тактические задачи на две группы: а) процессуального характера (задачи расследования, непосредственно обусловленные предметом доказывания по уголовному делу); б) криминалистического характера (обусловленные криминалистической характеристикой преступления и следственной ситуацией) □7, с. 117, 118□. Он также выделяет такие наиболее важные признаки тактической задачи расследования, как высокий уровень общности, связь с предметом доказывания, подчиненность конечным целям, степень сложности □8, с. 6□.

В криминалистической литературе предпринимались попытки определить понятие □тактическая задача расследования□. Волобуев А.Ф. считает тактическую задачу расследования отдельным заданием на пути решения определенного общего (стратегического) задания уголовного судопроизводства, связанного с использованием криминалистических средств и приемов □2, с. 18□. М.В. Салтевский отмечает, что любая проблема конкретизирует цели, для достижения которых субъект планирует свою деятельность, т.е. решает тактические задачи: (а) какие использовать средства, тактические приемы и следственные действия; (б) в какой последовательности их использовать, чтобы достичь максимального эффекта при минимальных затратах сил и средств □15, с. 78□. Анализируя мнения ученых-криминалистов по этому вопросу, С.Ф. Здоровко справедливо указывает, что приведенные определения не раскрывают сущности тактической задачи. Он считает, что тактическая задача □ это определенная проблема, которая требует своего решения в процессе расследования, имеет обособленный характер разной степени, предусматривает использование различных тактических средств (тактических операций, следственных действий, оперативно-розыскных мероприятий, тактических комбинаций, тактических или иных приемов) □6, с. 118□.

Постановка тактических задач определяется видом преступления. Например, при расследовании убийства, совершенного в условиях неочевидности, всегда возникает задача установления подозреваемых лиц, орудия его совершения и т.п. При расследовании хищений государственного или общественного имущества, совершенных с использованием служебного положения, возникает необходимость постановки и разрешения задач по установлению документов, отражающих операции с товарно-материальными ценностями, обеспечения их сохранности для последующего исследования □7, с. 118□.

В криминалистической литературе обращалось внимание на то, что устранение противодействия расследованию является промежуточной задачей расследования и предусматривает использование тактической операции □18, с. 133, 134□. При расследовании хищений имущества и связанных с ними преступлений в сфере предпринимательской деятельности тактическими задачами являются: (а) оценка первичного материала о преступлении, (б) принятие решения о возбуждении уголовного дела и организация взаимодействия следователя с оперативно-розыскными аппаратами, (в) преодоление (предупреждение) уклонения от ответственности виновных в хищении лиц, (г) обеспечение возмещения материального ущерба, причиненного преступлением □2, с. 18, 19□.

При расследовании убийств, которые совершаются организованными группами и преступными организациями, выделяют ряд локальных (тактических) задач, которые

имеют как общий, так и специфический характер.

К общим относят: 1) установление характера происшествия и причин смерти жертвы; 2) установление места и времени совершения убийства; 3) установление способа и орудий убийства; 4) установление мотивов убийства; 5) установление личности погибшего; 6) установление личности убийцы.

Специфические тактические задачи охватывают установление: 1) группового характера убийства; 2) признаков организованного характера убийства; 3) механизма убийства и ролевых функций участников преступления; 4) вида убийства, совершенного организованной группой; 5) связи убийцы с организованным преступным формированием; 6) связи жертвы с организованным преступным формированием и убийцей; 7) виктимности жертвы; 8) коррумпированных связей жертвы с членами организованной преступной группы; 9) гарантий безопасности свидетелей; 10) связи убийства с другими преступлениями, которые имеют организованный характер; 11) путей преодоления противодействия расследованию со стороны организованного формирования; 12) орудий совершения убийства и путей их приобретения организованной группой; 13) состава и структуры организованной преступной группы, причастной к убийству; 14) сведений о связях жертвы с предпринимательскими структурами; 15) социально-психологических данных о личности убийцы □6, с. 122, 123□.

При расследовании преступлений, связанных с изготовлением и сбытом фальсифицированных алкогольных напитков к промежуточным задачам можно отнести установление: 1) характера и вида фальсификации алкогольных напитков; 2) способа их изготовления; 3) изготовителя фальсифицированных алкогольных напитков и др. □10, с. 474□.

При расследовании похищения человека выделяют тактические задачи по установлению: 1) личности похитителя; 2) круга лиц, совершивших похищение человека, роли каждого из участников преступления; 3) социально-психологических данных о личности похитителя; 4) личности похищенного; 5) операции по розыску похищенного лица; 6) места удержания похищенного лица; 7) связи между похитителем и жертвой; 8) места захвата и времени совершения похищения человека; 9) способа и орудий совершения похищения человека; 10) мотивов совершения похищения человека; 11) связей похищенного лица и его родственников с предпринимательскими структурами.

Таким образом, решение тактических задач определяется имеющимися фактическими данными на соответствующем этапе расследования похищения человека, особенностями и совокупностью полученной информации.

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. Волобуев А.Ф. Научно-основы комплексно-методики розсл-дувания корисливих злочин-в у сфер-п-дпри-мництва: Автореф. ... д-ра юрид. наук. □ Х., 2002. □ 42 с. 3. Герасимов И.Ф. Теоретические проблемы раскрытия преступлений: Автореф. ... д-ра юрид. наук. □ М., 1979. □ 45 с. 4. Дранкин Л.Я. Основы криминалистической теории следственных ситуаций: Автореф. ... д-ра юрид. наук. □ М., 1987. □ 45 с. 5. Дулов А.В. Тактические операции при расследовании преступлений. □ Мн.: Изд-во БГУ, 1979. □ 128 с. 6. Здоровко С.Ф. Розсл-дування вбивств, що вчиняються організованими злочинними групами (типов-тактичн-операц-□). □ Х.: Гриф, 2004. □ 176 с. 7. Князев В.А. О понятии и классификации тактических задач расследования преступлений // Пробл. соц. законности. □ Х.: Основа, 1991. □ Вып. 25. □ С.116-119. 8. Князев В.А.

Проблемы тактических операций в методике расследования хищений государственного или общественного имущества: Автореф. ... канд. юрид. наук. □ Х., 1986. □ 22 с. **9.** Кримінально-процесуальний кодекс України: Чинне зак-ство з змн. та доп. на 1 лист. 2005 р. (в дповіда офц. текстів). □ К.: Вид. Палова А.В., 2005. □ 200 с. **10.** Кузнецов О.О. Розслідування злочинів, пов'язаних із виготовленням і збутом фальсифікованих алкогольних напоїв // Розслідування злочинів у сфері господарської діяльності: окремі криміналістичні методики: Монографія / За ред. В.Ю. Шепітька. □ Х.: Право, 2006. □ 624 с. **11.** Лагутин А.В. Тактические операции при расследовании преступлений // Криминалистика и судебная экспертиза: Респ. межвед. науч.-метод. сб. / Под ред. А.Е. Яворского. □ К.: Вища шк., 1980. □ Вып. 20. □ С. 16-19. **12.** Матусовский Г.А. Экономические преступления: криминалистический анализ. □ Х.: Консум, 1999. □ 480 с. **13.** Михальчук А.Е. Теоретические и практические вопросы тактических комбинаций при производстве следственных действий: Автореф. ... канд. юрид. наук. □ Саратов, 1988. □ 24 с. **14.** Новик Ю.И. Научные основы принятия тактических решений при производстве следственных действий: Автореф. ... канд. юрид. наук. □ Мн., 1979. □ 21 с. **15.** Салтевський М.В. Криміналістика: Підручник: У 2-х ч. □ Ч. 2. □ Х.: Консум, 2001. □ 528 с. **16.** Теория доказательств в советском уголовном процессе: Ч. общ.: Монография / Под ред. Н.В. Жогина □ М.: Юрид. лит., 1966. □ 584 с. **17.** Ханин В.Ф. Тактические операции при возбуждении и расследовании уголовных дел по пожарам: Автореф. ... канд. юрид. наук. □ Мн., 1988. □ 18 с. **18.** Щур Б.В. Тактика нейтралізації протидії розслідуванню злочинів, вчинених організованими групами / За ред. В.Ю. Шепітька: Монографія. □ Х.: Гриф, 2005. □ 176 с. **19.** Юркова Г.В. Реалізація завдань швидкого і повного розкриття злочину в досудових стадіях: Автореф. ... канд. юрид. наук. □ К., 2001. □ 18 с.

Надійшла до редакції 01.11.2006 р.

УДК 343.9 **Н.В. Павлюк, здобувачка при кафедрі криміналістики**
Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків

ПРОБЛЕМА СТАДІЙНОСТІ ФОРМУВАННЯ ПОКАЗАНЬ НЕПОВНОЛІТНІХ

У процесі проведення розслідування свідки, спостерігаючи одну й ту ж подію, по-різному розповідають про побачене, тобто неоднаково відтворюють її. Для правильної оцінки їх показань необхідно знати причини, що зумовлюють розбіжність у сприйманні одних і тих же явищ різними людьми.

У юридичній літературі процес формування показань учені О.М. Алексєєв [1, с. 14-38], Л.М. Карнеєва, С.С. Ординський С.Я. Розенбліт [5, с. 9-45], В.О. Коновалова, В.Ю. Шепітько [7, с. 179-188], З.І. Митрохіна [11, с. 4-26], Н.О. Селиванова [17, с. 316-323] та інші традиційно поділяють на 3 основні стадії – сприйняття, запам'ятовування й відтворення. Деякі науковці вважають за необхідне більш детально висвітлювати структуру процесу формування показань. Так, О.Р. Ратинов і О.А. Гаврилов [16, с. 143-144] пропонують розглядати 6 стадій формування показань, А.В. Дулов [3, с. 299-308] виділяє 12, О.Б. Соловйов і Є.Є. Центров [18, с. 35-45] – 5, Г.Г. Доспулов [2, с. 23-50] вирізняє ще й допроцесуальний і процесуальний етапи цього процесу. На наш погляд,

найбільш правильно це питання досліджено у працях М.І. Порубова [14, с. 26], В.О. Коновалової [6, с. 22] і В.Ю. Шепітька [19, с.8], де не спостерігається тенденції до дроблення цих етапів, які майже ніколи не виділяються суддями і слідчими.

Формування матеріалу майбутніх показань розпочинається зі сприйняття. Протягом століть учені різних галузей знань вивчали поняття “сприйняття” (“сприймання”). Значний внесок у його розвиток зробили Аристотель, Демокрит, Кеплер, Леонардо да Вінчі, М.В. Ломоносов, Гельмгольц та ін. У науковій літературі зустрічаються різні тлумачення цього терміна. Одні психологи визначають його як відбиття у свідомості людини цілісних комплексів якостей предметів і явищ об’єктивного світу при їх безпосередньому впливі в даний момент на органи чуття [10, с.185], інші – як психологічний процес відображення предметів і явищ дійсності в сукупності їх різних властивостей і частин, пов’язаних з розумінням цілісності того, що відбивається [13, с.45]. Як зазначає В.О. Коновалова, до чуттєвих почуттів, що відображають зовнішні сторони предмета, приєднується розумова діяльність, що сприяє усвідомленню й відбиттю цього предмета або явища як єдиного цілого у словесній формі [6, с. 26].

При сприйманні людина впізнає не окремі властивості предметів і явищ, а предмети і явища оточуючого світу в цілому. Унаслідок цілісності сприйняття в ньому завжди поповнюються відсутні елементи й частини об’єкта, що сприймається. В оцінці свідчень ця обставина має важливе значення, оскільки подібне поповнення за певних умов може призвести до помилок. У процесі сприйняття не всі аналізатори людини виконують однакову роль. Один з них обов’язково є провідним. Найпоширенішими є зорові, дотикові, нюхові і смакові. Правильність сприйняття залежить від суб’єктивних чинників, як-то: стан органів чуття (глухота, дальтонізм) людини, її суб’єктивні можливості (психічний стан, спрямування уваги, схильність до фантазування) адекватно сприймати дійсність; і об’єктивні – умови сприйняття, погода, освітлення, тривалість події тощо. Існує також емоційний фактор сприйняття: одні позиції хвилюють людину, інші залишають байдужою; одних людей вона любить, інших ненавидить. Усі ці почуття забарвлюють у певний тон усю діяльність індивіда, включаючи його відчуття, сприйняття, думки, уявлення [14, с.26]. Емоції людини здійснюють як позитивний, так і негативний вплив. Так, відчуття нового, допитливість можуть поліпшувати якість сприйняття, і, навпаки, жах, переляк сприяють виникненню гіперболізації (перебільшення) сприйнятого. Щож стосується неповнолітніх, то вони ще не вміють приховувати свого психічного стану. Саме під час допиту останній відбивається адекватніше і яскравіше. До емоційних реакцій негативного характеру вчені відносять стрес, при якому можливі помилки і сприйняття і мислення.

Сприйняття неповнолітніми оточуючого зумовлено їх віковими особливостями. У процесі розвитку їх сприйняття не залишається незмінним, воно вдосконалюється. Так, у 4-5 років візуальне відбиття форми предметів є ще досить складним для дитини, а стає можливим лише після 6-ти років. Протягом всього дошкільного віку покращується й гострота зору.

Сприйняття неповнолітніх міцно пов’язано з мисленням. На думку Ж. Піаже, мислення дитини до 7-ми років залежить саме від її сприйняття, внаслідок чого вона центрує свою увагу на одному аспекті або на зміні якого-небудь предмета і не звертає уваги на інші. Після 7-ми років вона все більше здатна переборювати вплив сприйняття й набуває вміння використовувати логічне мислення в конкретних ситуаціях [12, с.98, 99]. Діти вирізняють у кожній ситуації ті предмети, які самі привертають до себе увагу своєю незвичною формою, яскравим забарвленням, блискучістю та ін. Виокремлення предметів, що відбиваються, з усієї безлічі постійно діючих подразників відбувається в

дітей не за їх об'єктивною значимістю в ситуації (як це буває в більшості випадків у дорослих), а за суто зовнішніми ознаками [8, с. 61]. Сприймаючи нові предмети і явища, малолітні прагнуть відносити їх до певної категорії об'єктів. Чим старшими вони стають, тим більша роль у їх сприйманні належить формі. Конкретну форму предметів підлітки сприймають чіткіше. Правильному її відбиттю сприяє розвиток константності сприйняття при зміні кута зору. Підлітки здатні вже до складнішого аналізу й синтезу предметів, явищ дійсності, вони не обмежуються констатацією зовнішніх ознак, а намагаються виявити внутрішні властивості предметів.

Правильному й точному сприйняттю неповнолітніх сприяє розуміння ними змісту того, що відбувається. А якщо дитина не розуміє значення окремих дій людей, вона не здатна безпомилково сприйняти їх зовнішній бік і правильно повідомити про них [9, с. 13]. Дитяче сприйняття, зумовлене нестійкістю уваги, слабкістю логічного мислення, схильністю до фантазування, відрізняється від сприйняття дорослих (а) поверховістю, (б) фрагментарністю й (в) яскравим емоційним забарвленням.

Знання закономірностей процесу сприйняття дає можливість при вивченні практики розслідування назвати типові помилки, що виникають на першому етапі формування показань. О.Р. Ратинов відзначає, що крім оптичних, слухових та інших перекручень на цьому етапі виникають помилки, пов'язані з помилковим визначенням розмірів, відстаней, кількості, з хибним судженням про співвідношення, послідовність та інші зв'язки між предметами і явищами [15, с. 179]. Лише в період шкільного навчання діти оволодівають новою для себе системою відліку – за сторонами горизонту (південь, північ, схід, захід), починають оцінювати простір у прийнятих одиницях виміру, вчаться деференціювати відрізки часу тощо. Характерними помилками на цьому етапі є ілюзія – неправильне відбиття подразників, що впливають на органи чуття, і прогалини сприйняття – провали, коли обсяг сприйнятого є меншим за дійсний. Таке відбувається у зв'язку зі швидкістю подій. Помилки сприйняття можуть бути пов'язані також із впливом на організм неповнолітнього спиртних напоїв, наркотичних, токсичних чи інших психоактивних речовин.

Усе сприйняте людиною зберігається в її пам'яті. Запамятовування – дуже важлива стадія формування показань. Воно може відбуватися усвідомлено або механічно. За характером цілей діяльності людини розрізняють мимовільний і довільний види пам'яті. Мимовільне запамятовування відбувається, коли інформація залишається в пам'яті без свідомо поставленої мети, що особливо властиво дітям. Неповнолітні можуть запамятовувати несуттєві деталі події, яку спостерігають, в основному ті, що привернули увагу чи викликали інтерес. При цьому запамятовуються й так звані фонові обставини, на які не спрямовувалася безпосередньо увага. Уже дошкільник здатен добре запамятовувати дії людей або висловлювання, які мають конкретний зміст і які дуже вразили його, але майже не в змозі зберегти в пам'яті логічну послідовність подій, що вимагають розуміння їх внутрішнього відхиленого змісту [8, с. 63]. Мимовільне запамятовування є значно більшим за обсягом, ніж це здається людині. У слідчій практиці зустрічаються показання осіб, які не ставили за мету обов'язково запамятовувати факти для викладу їх потім на допиті. Цією обставиною й визначаються складність відтворення зафіксованого, уривчастість, неповнота свідчень і деталей події [19, с. 8].

Довільне запамятовування – це процес, пов'язаний з метою запамятати і зберегти в пам'яті певний обсяг матеріалу для подальшого відтворення. У цьому виді пам'яті чітко спостерігається орієнтація на майбутній результат. Таке запамятовування дозволяє людині засвоювати матеріал в некомфортних умовах діяльності – у стані втоми, в умовах

дефіциту часу, під впливом перешкод тощо, оскільки містить у собі вольові зусилля, мовленнєву самостимуляцію, постійний самоконтроль, що забезпечує свідомий вибір найбільш адекватних засобів вирішення мнемічних задач [4, с. 150]. Зберігання в пам'яті допитуваного сприйнятого матеріалу залежить від фактора часу. Слідчий може отримати більш повні показання, якщо допитує особу через короткий проміжок часу після сприйнятої нею події. З часом загроза втрачання або перекручення інформації зростає. Але не слід забувати і про явища ремінісценції – відстроченого відтворення, що притаманне дітям, але зустрічається й у дорослих. Вважається, що краще пригадуються емоційно забарвлені події перш за все неприємні.

Пам'ять людини поділяється на декілька видів: моторну (рухову), зорову, слухову, дотикову, наочно-образну, словесно-логічну, емоційну. Її вибіркова здатність залежить від сенсорної ділянки, яка є основою для відтворення. Особливий вид наочно-зорової пам'яті називається ейдетизмом. Ейдетики чітко зберігають у пам'яті уявлення про побачене і продовжують бачити об'єкт з усіма деталями навіть після його зникнення з поля зору. Така форма пам'яті добре розвинута в дітей і дорослих художників. Її індивідуальні особливості проявляються лише в тому, що одні добре пам'ятають дати, цифри (приміром, економісти), другі – імена людей (працівники громадських організацій), треті – кольори (художники, муляри). Для правильної оцінки показань свідка слідчому необхідно знати закономірності процесу розвитку пам'яті.

Відтворення – заключна стадія формування показань, яке може відбуватися у вигляді впізнавання або спогадів, бути безпосереднім і відстроченим, мимовільним і довільним. Воно залежить від суб'єктивних та об'єктивних чинників, а також від процесів сприйняття і запам'ятовування. Здатність особи висловлювати свої думки є індивідуальною і залежить від її культурного рівня, інтелекту, запасу слів, яким вона володіє. Мовлення може бути внутрішнім і зовнішнім. Внутрішнє – це процес усвідомлення слів, зовнішнє поділяється на усне й писемне мовлення, усне у свою чергу поділяється на діалогічне й монологічне. Важлива умова діалогічного мовлення – вміння слухати співрозмовника, розуміти його запитання й відповідати на них. Особливістю відтворення у процесуальній діяльності є те, що свідок повинен усно викласти все сприйняте ним, а потім перевірити правильність і повноту викладеного ним у протоколі. Таке перекодування усного викладення у письмовий документ може призвести до перекручень, втрачання частини інформації. Саме у процесі фіксування й відбувається остаточне доповнення, уточнення, роз'яснення показань.

Особливі складнощі виникають при допиті неповнолітніх молодших вікових груп. Дошкільникам ще важко будувати самостійну розповідь. Намагаючись висловити свою думку й не знаходячи потрібних слів, дитина може замінити їх іншими, відомими їй. Набуваючи великої свободи словесної розповіді, неповнолітній починає довільно будувати речення. Його вільне висловлювання буває фрагментарним, іноді недостатньо конкретним. Допитуваний дотримується не перебігу події, а асоціацій, що виникають в його пам'яті. Але його не слід при цьому квапити, перебивати, договорювати за нього. Він здатен надати набагато більше свідчень у формі коротких відповідей на запитання, ніж у вільному самостійному викладенні [9, с. 15]. З метою найповнішого відтворення зафіксованого, слідчий може ставити деталізуючі й навідні запитання, пред'являти при допиті речові докази й провадити допит на місці події. Навідні запитання неповнолітнім слід базувати на асоціаціях, що відповідають обсягу їх знань і колу інтересів (наприклад, якщо йдеться про подію, пов'язану з початком або закінченням занять, відвідуванням кіно, ковзанки тощо). При постановці деталізуючих запитань слід пам'ятати, що неповнолітні запам'ятовують деталі події й ознаки об'єктів вибірково.

Не можна будь-що домагатися заповнення прогалин у показаннях після того, як навідні запитання не дали результатів. Доцільно спрощувати їх, немовби розчленовуючи складну подію. Для дітей і підлітків легше впізнати предмет, ніж його описати. Тому для них перевірка показань на місці є ефективним нагадуючим і контролюючим прийомом. Неприпустимо ставити запитання із задалегідь навідними відповідями або підкреслювати бажану відповідь інтонацією. Будь-яке пряме або непряме наведення може в силу узагальнення і критичної оцінки ситуації викликати отримання помилкової відповіді з усіма подальшими наслідками. На формування свідчень неповнолітніх впливають різні чинники, як-то: емоційний стан допитуваного, його темперамент і характер, підвищена навіюваність і схильність до фантазування тощо. Навіювання сприяє виникненню помилок, деформує сприйнятий матеріал, дуже впливає на процес формування показань неповнолітніх.

Таким чином, знання загальнопсихологічних закономірностей сприйняття, запам'ятовування й відтворення є необхідною умовою успішної роботи слідчого. Для отримання достовірних і правдивих показань він повинен добре знати вікові і психологічні особливості неповнолітніх, уміти встановлювати з ними контакт і вміло використовувати тактичні прийоми, не звертаючись до сугестії (від лат. Suggestio – навчаю, навіваю) – вплив, навіювання. Можливість повідомлення неправдивої інформації неповнолітнім допитуваним зумовлює необхідність своєчасного її діагностування й використання найбільш доцільних тактичних прийомів з метою її виявлення й усунення.

Список літератури: 1. Алексеев А.М. Психологические особенности показаний очевидцев. – М.: Юрид. лит., 1972. – 104 с. 2. Доспулов Г.Г. Психология допроса на предварительном следствии. – М.: Юрид. лит., 1976. – 112 с. 3. Дулов А.В. Судебная психология. – Минск: Вышэйш. шк., 1975. – 462 с. 4. Зинченко П.И. Непроизвольное запоминание. – М.: Изд-во АПН РСФСР, 1961. – 549 с. 5. Карнеева Л.М., Ордынский С.С., Розенблит С.Я. Тактика допроса на предварительном следствии. – М.: Гослитюриздат, 1958. – 203 с. 6. Коновалова В.Е. Допрос: тактика и психология: Монография. – Х.: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2006. – 176 с. 7. Коновалова В.Е., Шепітько В.Ю. Основы юридической психологии: Учебник. – Х.: Одиссей, 2005. – 352 с. 8. Коченов М.М. Судебно-психологическая экспертиза. – М.: Изд-во МГУ, 1977. – 180 с. 9. Коченов М.М., Осипова Н.Р. Психология допроса малолетних свидетелей: Метод. пособ. – М.: Изд-во МГУ, 1984. – 33 с. 10. Крутецкий В.А. Психология: Учебник для учащ. пед. училищ. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Просвещение, 1986. – 336 с. 11. Митрохина З.И. Использование данных психологии при производстве допроса: Учеб. пособ. – К.: УМК ВО, 1990. – 52 с. 12. Обухова Л.Ф. Концепция Жана Пиаже: за и против. – М.: Изд-во МГУ, 1981. – 191 с. 13. Платонов К.К., Голубев Г.Г. Психология: Учебник. – М.: ВШ, 1973. – 256 с. 14. Порубов Г.Г. Научные основы допроса на предварительном следствии. – Минск: Вышэйш. шк., 1978. – 176 с. 15. Ратинов А.Р. Судебная психология для следователей. – М.: НИ и РИО ВШ МООП СССР, 1967. – 290 с. 16. Ратинов А.Р., Гаврилов О.А. Использование данных психологии в буржуазной криминалистике // Вопр. криминалистики. – М.: Юрид. лит., 1964. – Вып. 11. – С. 127-157. 17. Селиванова Н.А. Советская криминалистика: Система понятий. – М.: Юрид. лит., 1982. – 152 с. 18. Соловьёв А.В., Центров Е.Е. Допрос на предварительном следствии: Метод. пособ. – М.: Юрид. лит., 1986. – 118 с. 19. Шепітько В.Ю. Допит: Наук.-практ. посіб. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 1998. – 35 с.

Надійшла до редакції 14.11.2006 р.

ЗАЯВЛЕННЯ ОБВИНУВАЧЕНИМ КЛОПОТАННЯ ЯК ЗАСІБ РЕАЛІЗАЦІЇ ЙОГО ПРАВА НА ЗАХИСТ НА ДОСУДОВОМУ СЛІДСТВІ

Специфікою кримінально-процесуальних правовідносин є те, що особа, яка потрапляє у сферу кримінального судочинства, повинна бути готовою до обмеження (іноді досить суттєвого) її прав і законних інтересів. Кримінально-процесуальне законодавство надає органам дізнання, досудового слідства, прокуророві й суду такі владні повноваження, реалізація яких завжди тією чи іншою мірою обмежує або уражає найбільш значущі конституційні права і свободи людини, яка потрапляє у сферу його діяльності. Найменший відхід від демократичних чи гуманістичних засад – як при законодавчому регулюванні кримінального процесу, так і під час правозастосовчої діяльності – призводить до істотного обмеження прав людини й заподіяння шкоди авторитету держави [8, с. 5]. Наданню органам, що борються зі злочинністю широких повноважень, забезпечуючих вирішення завдань кримінального судочинства, повинно кореспондувати встановлення чітких процесуальних механізмів захисту прав людини у кримінальному процесі. Не випадково його основоположні принципи задекларовані в низці міжнародних документів про захист прав людини і громадянина. Йдеться насамперед про такі важливі документи в царині регулювання кримінального судочинства, як Загальна декларація прав людини [4], Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод [6], Міжнародний пакт про громадянські і політичні права [9] та ін.

Право, не підкріплене волею реалізації, виявляється урізаним і неспроможним достатньою мірою забезпечити індивіду можливість протистояти свавіллю влади. Людина незалежна в обранні правових засобів захисту. Це перша умова її волі. Конституція України у ст. 55 проголошує право кожного захищати свої права та свободи від порушень і протиправних посягань будь-якими не забороненими законом засобами. Своім правом вона користується у разі необхідності, яку визначає сама, що становить другу умову її особистої волі [2, с. 128]. А відповідні посадові особи й державні органи мають їй сприяти в реалізації її прав та законних інтересів і створювати для цього належні умови.

Обвинувачений, як учасник кримінального процесу, потребує захисту своїх прав і законних інтересів, гарантій їх здійснення. Обсяг його процесуальних прав різноманітний, але їх сукупність (яким би законом вони не передбачалися) за змістом означає комплексне конституційне право обвинуваченого на захист та його забезпечення [3, с. 4].

Цій проблемі приділяли увагу такі дослідники, як Н.А. Власова, Ю.М. Грошевой, М.В. Джига, П.А. Лупинська, В.Т. Маляренко, І.Л. Петрухін [Див.: 1-3, 5, 7, 8,] та ін.

Кримінально-процесуальний кодекс України (далі – КПК) містить низку спеціальних норм, у яких перелічені права обвинуваченого, зокрема, це статті 43, 142, 197 та деякі інші. У цій статті хотілося б зосередитися саме на праві обвинуваченого, яке серед інших передбачено ч. 2 ст. 43. Це право останнього заявляти клопотання. Обов'язковість

розгляду таких клопотань, як загальна умова попереднього розгляду справи, служить гарантією захисту його прав і законних інтересів як особи, втягнутої у сферу кримінального судочинства, забезпечення його права на це, а також на всебічне, повне й об'єктивне дослідження обставин справи.

КПК не містить визначення поняття „клопотання”. Між тим, розробка понятійного апарату є одним з найважливіших завдань будь-якої галузі науки, в тому числі і юридичної. Адже змішування понять – один з недоліків багатьох методичних і монографічних робіт у галузі права [1, с. 41]. Зокрема, в юридичній літературі має місце змішування таких схожих але, по суті, різних понять, як „клопотання” і „скарга”. Їх близькість сформуvalа судження про те, що клопотання є формою вираження скарги на дії й рішення органів слідства [7, с. 252] або що в клопотанні може міститися і скарга [13, с. 16].

У зв'язку з цим слід дослідити, що ж у ст. 43 КПК розуміється під терміном „клопотання”. Його етимологія означає „просити” [11, с. 751]. Ось чому у найзагальнішому вигляді „клопотання” й у кримінальному процесі може бути визначено як „прохання” про що-небудь, „звернення” до посадових осіб або органів, які ведуть провадження у справі.

Інститут клопотання виступає атрибутом урегульованих соціальних відносин нерівності. У розпорядженні обвинуваченого як особи, яка потребує захисту, а також у її захисника або представника є низка передбачених законом засобів. Серед них право заявляти клопотання чи не найбільш скромне, процесуально найменш деталізоване порівняно з іншими (такими як, наприклад, можливість мати захисника, заявляти відводи, відмова давати показання тощо, за винятком клопотань, пов'язаних із засобами процесуального примусу). Клопотання є наскрізним процесуальним інститутом, оскільки воно підлягає застосуванню до найширшого спектра процедур в усіх стадіях та інстанціях. У певній мірі можна вести мову про те, що воно може функціонувати в будь-якому процесі і співвідноситься з найрізноманітнішими процесуальними діями.

Клопотання – засіб, без якого навряд чи буде здатна функціонувати навіть найсучасніша модель судочинства майбутнього (якщо під ним розуміти саме систему реально гарантованого захисту прав і законних інтересів людини, систему гуманітарну, без перетворення її на техносистему). Закономірно, що з часом модифікуються види, форми, процедури розгляду різноманітних клопотань, згодом, гадаємо, знайдеться заміна й терміну „клопотання” іншим, більш співзвучним часу.

У юридичній літературі щодо питання про поняття „клопотання” існують різні точки зору. Так, Е.М. Мурадьян зазначає, що клопотання в ідеалі – це прохання або справедлива вимога суб'єкта права в конкретній кримінальній справі, прохання або вимога, заявлені офіційно, в законному порядку відповідно до уявлень ініціатора, які виражають заінтересованість у подоланні умов та обставин, що перешкоджають нормальному перебігу розслідування справи, у поповненні недостатньої фактичної й доказової інформації або виключенні дефектного, недопустимого доказу, у належному врегулюванні того чи іншого процесуального питання [10, с. 39]. На думку П.А. Лупинської, клопотання – це офіційне прохання учасника судочинства, спрямоване дізнавачеві, слідчому, прокуророві або суду [7, с. 255]. Заслуговує на увагу визначення О.В. Хімичевої, згідно з яким клопотання становить собою звернення вказаних у кримінально-процесуальному законі учасників судочинства до дізнавача, слідчого, прокурора чи суду з проханням про надання можливості використати те чи інше право або про здійснення цими органами чи посадовими особами процесуальних дій, або про прийняття процесуальних рішень, спрямованих на встановлення обставин, що мають

значення для справи, на захист прав і законних інтересів учасників кримінального судочинства [13, с. 15].

Як і інші процесуальні форми, клопотання може служити учасникам як засіб „судової війни” або пошуку розумного вирішення справи не за рахунок чи всупереч іншим особам, а з урахуванням їх обґрунтованих інтересів [10, с. 34].

Виходячи з аналізу ознак, притаманних розглядуваному поняттю, що наведені у правовій літературі, можемо зробити висновок, що клопотання обвинуваченого у кримінальному процесі – це гарантований чинним законодавством засіб, який йому дозволяє:

- своєчасно, конкретно, аргументовано попереджувати відхилення діяльності відповідних органів і посадових осіб від визначеного законом і спрямованого на вирішення завдань кримінального процесу захисту порушених прав та законних інтересів обвинуваченого;

- акцентувати увагу правозастосовувача на процесуальному упущенні, пов’язаному зі зневагою до певної гарантії обвинуваченого (наприклад, нездійснення необхідної процесуальної дії або недотримання суттєвої формальності, в результаті чого можливі ускладнення процесу аж до скасування відповідного майбутнього процесуального документа);

- дослідити практично важливий аспект проблеми, що недооцінюється, ігнорується, або, навпаки, переключити увагу уповноваженої особи від питання „супутнього”, неважливого на основний чи один з відкритих, релевантних, але далеких від зрозумілості аспектів або ж виправити власне упущення;

- виконати певні функціональні обов’язки посадової особи (прокурора, слідчого чи ін.);

- підсилити для обвинуваченого його правову позицію в доказовому аспекті, вплинути на темп, швидкість просування справи; критично проаналізувати процесуальні дії й рішення уповноважених посадових осіб та органів.

Спираючись на наведені міркування, можемо стверджувати, що клопотання, заявлене обвинуваченим у кримінальному судочинстві, – це встановлене законом письмове або усне прохання його самого або особи, яка його представляє, до дізнавача, слідчого, прокурора або суду про провадження (непровадження) слідчих дій, прийняття (неприйняття) процесуального рішення, з метою встановлення обставин, які виражають кримінально-процесуальні й опосередковано матеріально-правові обставини у кримінальній справі, та про забезпечення прав і законних інтересів обвинуваченого.

Обвинувачений на досудових стадіях може заявляти клопотання усно або письмово. Письмове є більш прийнятним, оскільки воно захищене від втрати й перекручення інформації, яка в ньому міститься, та й від подальшої інтерпретації заінтересованою у справі особою. Суд (суддя), прокурор, слідчий зобов’язані розглянути клопотання, навіть у тому випадку, якщо воно подано повторно й обвинувачений наводить знов таку ж аргументацію, вважаючи її достатньою. При цьому останній має право вимагати, щоб заявлене клопотання було розглянуто своєчасно.

У кримінальному судочинстві діють і так звані неписані принципи, до яких відносять принцип розумності й процесуальної економії. Ними керуються на інтуїтивному рівні без будь-яких посилань на норми права. Тому обвинувачений вправі викласти два чи більше клопотань в одному документі або ж кожне оформити окремо. Якщо декілька клопотань оформлено в одному документі, враховується їх взаємозв’язок і взаємозалежність. Якщо серед заявлених є клопотання, від задоволення або відхилення якого залежить доля інших, то саме його логічно поставити першим.

Право на клопотання не є ні привілеєм окремих категорій осіб, ні атрибутом процесу щодо яких-небудь категорій справ. Немає ні таких справ, ні таких юридично заінтересованих суб'єктів процесу, стосовно яких не діяв би інститут клопотання [10, с. 38]. Це загальносуб'єктне право будь-якого заінтересованого учасника кримінального процесу, встановлене за правилами законодавства. Цьому праву кореспондує обов'язок відповідного органу чи посадової особи належним чином, з урахуванням позицій і думок інших учасників своєчасно розглянути клопотання, прийняти належне законне процесуальне рішення, негайно повідомити заявника чи інших заінтересованих у справі учасників процесу, а в разі відмови в задоволенні клопотання, про що слідчий виносить мотивовану постанову, а суд – ухвалу, – роз'яснити заявникові порядок оскарження та (або) право повторного звернення з приводу того ж самого процесуального питання.

У чинному законодавстві не регламентується, до кого саме може бути заявлено клопотання, – до прокурора чи суду. На наш погляд, у випадку порушення конституційного права обвинуваченого, заявляти клопотання необхідно й доцільно саме до суду, а при порушенні інших прав чи законних інтересів особи клопотання заявляється прокуророві.

На практиці обвинувачений не вживає активних заходів заперечення своєї вини задля доведення своєї невинуватості у вчиненні злочину. Причини такої поведінки різні – від не обов'язковості щось робити згідно з чинним законодавством (після неадекватного тлумачення обвинуваченим роз'ясненої йому норми, закріпленої у ст. 63 Конституції України) до сподівання на те, що все необхідне зробить за нього (чи для нього) захисник. Однак для людини, яку обвинувачують у тому, чого вона не вчиняла або ж у значно більшому, ніж того вимагається за законом, або у тому, що не є злочином, пригнічено-слухняна поведінка якщо й не згубна, то далеко не виправдана.

Правова поведінка громадянина взагалі-то повинна бути *законодоцільною*, тобто активною, відповідаючою закону, яка ґрунтується на співвідношенні поваги до закону, його дотриманні з ініціативним, цілеспрямованим, енергійним, адекватним використанням у захисті прав і законних інтересів усіх необхідних у цій справі етично виправданих засобів, не заборонених законом [10, с. 39].

Клопотання – один із процесуальних засобів законодоцільної, ініціативно-енергійної, а не інерційно-пасивної участі в процесі, який потенційно дозволяє обвинуваченому системно, методично (послідовно, не нехтуючи жодною нібито дрібницею) й цілеспрямовано впливати на інформаційно-фактичне підґрунтя, а в деяких випадках також етико-правовий характер майбутнього судового рішення. Обвинувачений діє як суб'єкт критики версій і доказів, спрямованих проти нього, системно й послідовно використовуючи інструментарій клопотання для перевірки й заперечення обвинувачувальних доказів, висунення контраргументів, доведень від протилежного, доказових фактів, надання нових прямих і непрямих доказів.

Як уже зазначалося, одним із шляхів подолання відмови слідчого в задоволенні клопотання (повного або часткового) поряд з повторною заявою відмовленого клопотання за ініціативою тієї ж самої особи у тій же стадії процесу тій же самій посадовій особі та заявою того ж самого клопотання, але іншим учасником процесу, є оскарження такої відмови прокуророві (суду). На практиці такий засіб використовується дуже рідко або ж не використовується взагалі. При цьому важливу роль має відігравати захисник, оскільки професійний обов'язок адвоката – робити все залежне від нього, аби досягти задоволення відмовленого клопотання, зокрема, шляхом оскарження. Нерідко адвокати з тактичних міркувань свідомо відкладають заявлення клопотання, його подання й переносять центр ваги своєї діяльності саме на судове слідство, хоча воно

успішно могло б бути вирішеним і в стадії досудового розслідування.

Як вважають окремі юристи, не є порушенням закону ситуація, коли захисник відкладає заяву певного клопотання на майбутню стадію в кримінальній справі [5, с. 104]. Але ж адвокат – це не пасивний спостерігач того, що відбувається у справі під час досудового слідства. Його професійний обов'язок реалізується в активній діяльності як учасника. Захисники на практиці іноді „забувають”, що вони допущені до участі у справі також і задля активного захисту прав і законних інтересів клієнта, попередження помилок під час розслідування справи. Ось чому, як справедливо зазначав Я.С. Кисельов, обов'язок адвоката, як тільки він виявив помилку, – негайно на неї вказати слідчому або прокуророві для її виправлення [12, с. 249]. Тому більш виваженою є точка зору тих науковців, які вважають пасивну позицію адвокатів не лише тактично неправильною, хоча вона й призводить до зволікання, а іноді й до втрати окремих доказів, що звичайно, шкодить правосуддю, а й явно такою, яка суперечить вимогам етичних норм [13, с. 9]. Адже кожне обґрунтоване клопотання – це процес отримання нових доказів, економія часу, прискорення процесу, що врешті-решт створює найкращі умови для здійснення правосуддя.

Підводячи підсумок досліджуваних проблемі, зауважимо, що порушені питання повинні стати предметом більш детального і поглибленого вивчення.

Список літератури: 1. *Власова Н.А.* Заявление и разрешение ходатайств в ходе предварительного расследования // Гос-во и право. – 2006. – № 4. – С. 41-47. 2. *Грошевой Ю.М.* Конституція України і деякі проблеми кримінально-процесуальної теорії // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1998. – № 2 (13). – С. 125-131. 3. *Джигга М.В.* Забезпечення правового статусу обвинуваченого у процесі досудового розслідування: проблеми законності і доцільності: Монографія. – К.: Вид. Паливода А.В., 2005. – 168 с. 4. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. // Бюл. зак-ства і юрид. практики України. – 2006. – № 7. – С. 21. 5. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. *И.Л. Петрухин* / ИГП РАН. – М.: Проспект, 2002. – 896 с. 6. Конвенція про захист прав людини та основних свобод від 04.11.1950 р. // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 32 (23.08.2006). – Ст. 2371. 7. *Лупинская П.А.* Право на обжалование в суд действий и решений государственных органов и должностных лиц в уголовном процессе // Гос-во и право на рубеже веков. Криминология. Уголовное право. Судебное право. – М., 2001. – С. 251-259. 8. *Маляренко В.Т.* Кримінальний процес України: Стан та перспективи розвитку: Навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл.: Вибр. наук. пр. – К.: Вид. дім „Ін Юре”, 2004. – 600 с. 9. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 16.12.1966 р. // Бюл. зак-ства і юрид. практики України. – 2005. – № 1. – С. 42. 10. *Мурадян Э.М.* О судебных ходатайствах // Гос-во и право. – 2006. – № 6. С. 33-42. 11. *Ожегов С.И.* Словарь русского языка. – М.: Рус. яз. – 1984. – 797 с. 12. *Ревина И.В.* Этическая природа взаимоотношений адвоката со следователем при заявлении ходатайств в досудебном производстве // Рос. следователь. – 2006. – № 5 – С. 8-10. 13. *Химичева О.В.* Уголовно-процессуальная регламентация права заявлять ходатайства // Законность. – 2004. – № 2. – С. 14-19.

Надійшла до редакції 24.10.2006 р.

ОСОБЕННОСТИ ФОРМИРОВАНИЯ ДВУСТОРОННИХ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫХ ОБЫЧАЕВ

Среди множества дискуссионных вопросов теории международного обычного права вопрос о двусторонних международно-правовых обычаях занимает особое место. С одной стороны, их существование широко признаётся во многом благодаря известным решениям Международного суда ООН по делам *о праве убежища* (Колумбия против Перу, 1950 г.), *о праве прохода* (Индия против Португалии, 1960 г.), в которых Суд заявил о принципиальной возможности образования таких норм. С другой – каких-либо определённых критериев таких обычаев до настоящего времени не выработано. Отмечается, что они являются разновидностью партикулярных (локальных, региональных или специальных) международно-правовых обычных норм и что на них распространяются общие требования, предъявляемые к установлению любых обычаев международного права [2, с. 124-131]. Однако при ближайшем рассмотрении их соответствие общим требованиям имеет свои нюансы, способные если не поставить под сомнение, то, по крайней мере, активизировать дискуссию по тем теоретическим вопросам, которые большинству современных исследователей международного обычного права уже представлялись окончательно разрешёнными. К числу таковых относится вопрос о правовой природе двусторонних международно-правовых обычаев. Она, как полагают некоторые специалисты, имеет ярко выраженный консенсуальный характер, т. е. является подтверждением теории молчаливого соглашения (консенсуса) [2, с. 129, 130], однозначно отвергнутой в итоговом докладе Комитета по формированию норм обычного (общего) международного права, учрежденного в рамках Ассоциации международного права.

В советской науке проблемы двусторонних международно-правовых обычаев исследовали Г.М. Даниленко, И.И. Лукашук, И.П. Лукин [См.: 2-4] в зарубежной – Э.Х. де Аречага, А. Д'Амато, П. Дайе, П. Маланчук, Нгуен Куок Динь, А. Пеле [См.: 1; 7; 10] и др. В украинской науке международного права ранее они не исследовались.

Целью настоящей статьи является, во-первых, установление особенностей формирования двусторонних международно-правовых обычаев и, во-вторых, выяснение перспектив применения теории соглашения для объяснения правовой природы этих обычаев.

Феномен двусторонних международно-правовых обычаев традиционно рассматривается в контексте партикулярных (местных, локальных, специальных, региональных) обычных норм международного права. Как представляется, в большей мере это стало результатом деятельности Международного суда ООН, который в ряде своих решений указал на некоторые особенности установления такого рода норм, которые отличают их от обычаев общего международного права.

Так, в решении по *делу о праве убежища* (Колумбия против Перу, 1950 г.) Международный Суд исследовал утверждение Колумбии о существовании регионального обычая, дающего право на предоставление убежища в дипломатических представительствах со всеми вытекающими из этого последствиями (Колумбия требовала, чтобы Перу оформила для Айа де ла Торре, лидера вооруженного восстания в г. Лима-Каллао в октябре 1948 г., которого Колумбия приютила на территории своего посольства, документы для выезда за границу). В ответ на заявление правительства Колумбии об «установившемся региональном или локальном обычае, свойственном

Латиноамериканским государствам», Международный суд отреагировал следующим образом: «Сторона, которая ссылается на обычай такого рода, должна доказать существование такого обычая таким образом, что он является обязательным и для другой стороны. Правительство Колумбии должно доказать, что норма, к которой оно обращается, является таковой в соответствии с постоянной и однообразной практикой соответствующих государств и что эта практика является выражением права одного государства предоставлять убежище и соответствующей обязанностью территориального государства. Это следует из статьи 38 Статута Суда, которая касается международного обычая ... как доказательства общей практики, принятой как право» [9, р. 276, 277]. После Суд перешел к анализу фактической практики заинтересованных государств, которую признал недостаточной для установления заявленного обычая.

В решении по делу *о праве прохода через индийскую территорию* (Португалия против Индии, 1960 г.) Международный суд ООН заявил о возможности формирования двусторонних локальных международно-правовых обычаев: «Со стороны Индии были выдвинуты возражения, что только между двумя государствами не может быть каких-либо локальных обычаев. Трудно понять, почему количество государств, между которыми на основе длительной практики может образоваться локальный обычай, обязательно должно быть больше двух. Суд не видит причин, почему длительная и продолжительная практика между двумя государствами, принятая ими для регулирования их отношений, не может сформироваться на основе взаимных прав и обязанностей двух государств» [12, р. 39].

Практика Международного суда в отношении двусторонних и в целом региональных международно-правовых обычаев позволяет выделить некоторые принципиальные моменты.

Первое. Статья 38 Статута Международного суда рассматривается в качестве единой правовой основы для квалификации наличия международно-правовых обычаев любых разновидностей. Это означает, что Суд не видит принципиальных различий между обычаями общего международного права и двусторонними (как, впрочем, и партикулярными, региональными, локальными) международно-правовыми обычаями.

В доктрине международного права отношение к позиции Международного суда в целом не однозначное. Наибольшее затруднение вызывает толкование формулировки п. 1 (b) ст. 38 Статута Суда, в которой говорится об обычае как «доказательстве всеобщей практики». Ведь очевидно, что, например, ни локальные, ни региональные, ни местные, ни тем более двусторонние международно-правовые обычаи всеобщими не могут быть, что называется, по определению. Что касается партикулярных и специальных обычаев, то они, как представляется, своим наименованием в некоторых случаях могут претендовать на всеобщность, так как могут охватывать обычаи как, сформировавшиеся в рамках отдельного географического региона, так и регулирующие международные отношения в некоторых специальных областях, но в масштабах всей планеты (к примеру, в сфере международных экономических отношений).

В советской науке п. 1 (b) ст. 38 Статута Международного суда узко толковал, в частности, И. П. Лукин, утверждая, что «применению Судом подлежит только генеральное (общее) обычное право. Партикулярное обычное право не применяется Судом» [4, с. 53]. Свою позицию он объяснял весьма своеобразно: «... Международный суд ООН отличается от других международных судов не только своей организацией, но и системой норм, которые он применяет. Как «главный судебный орган ООН» он применяет только генеральное (общее) обычное право. ... Когда возникает спор, который имеет своим основанием претензии, вытекающие из партикулярного международно-

правового обычая, он должен передаваться любому международному суду (или третейскому суду), за исключением Международного суда ООН. При спорах, относящихся к толкованию партикулярных международно-правовых обычаев, судья не обязан обладать такими обширными знаниями из области международного права, какие требуются для судей Международного суда ООН. Но он должен быть знатоком партикулярных обычаев, местных обстоятельств, и ему особенно необходимо знание тех дел, которые регулируются данными международными обычаями (морское дело, вопросы особых дипломатических привилегий, местные территориальные вопросы и т.п.)» [4, с. 53, 54].

В зарубежной доктрине на размежевании общих и специальных международно-правовых обычаев настаивает А. Д'Амато. Он принимает как данность применение Международным судом специальных обычаев. Но в то же время, анализируя практику Суда, посвящённую не только делам, в которых последний высказывался о специальных обычаях, но и тем, в которых он пытался установить существование общих обычаев на основе анализа региональных и двусторонних отношений (*дело о рыболовстве* (Великобритания против Норвегии, 1951 г.), *дело о правах граждан США в Марокко* (Франция против США, 1952 г.)), учёный приходит к выводу о практической целесообразности такого размежевания [10, р. 211-223].

Второе. С учётом указанных обстоятельств следует подробно остановиться на особенностях двусторонних международно-правовых обычаев, которые отмечает Международный суд. В решении по делу *о праве прохода через индийскую территорию* акцентируется внимание на важности установления «длительной и продолжительной практики между двумя государствами». По сути, Суд говорит о первичности практики над *opinio juris*, т. е. объективного элемента над субъективным. Это ключевое замечание.

Дело в том, что дальнейшая деятельность Международного суда ООН и некоторых других международных судебных органов (в частности, Международных трибуналов по бывшей Югославии и Руанде), связанная с установлением *общих* международно-правовых обычаев, пошла по иному пути. В ряде своих решений и консультативных заключений Международный суд обращался к обстоятельному анализу *opinio juris* и одновременно с этим пренебрегал, а подчас и совершенно игнорировал практику (например, дела *о континентальном шельфе Северного моря* (Ф.Р.Г против Дании и Нидерландов, 1969 г.), *о военной и полувоенной деятельности против Никарагуа* (Никарагуа против США, 1986 г.) и др.). (В связи с тем, что в доктрине всё ещё ведётся активная дискуссия о содержании каждого из основных элементов международно-правовых обычаев, подчеркнём, что в данном случае имеется в виду *фактическая практика*.) Иными словами, Международный суд сосредоточивался на изучении доказательств, указывающих на собственное отношение субъектов международного права к происходящим событиям (т. е. их *opinio juris*) и в то же время не учитывал факты, имевшие место в международных отношениях. При этом, следует отметить, Суд каждый раз подчеркивал важность международной практики для развития международного обычного права.

Данная позиция Международного суда была истолкована как отказ от *теории соглашения (консенсуса)*, некогда популярной в зарубежной доктрине и по-прежнему остающейся стержнем отечественной теории международного обычного права. В этом смысле Комитет по формированию норм обычного (общего) международного права, учреждённый в рамках Ассоциации международного права, выразил консолидированную научную точку зрения, отвергнув теорию молчаливого соглашения применительно к общим международно-правовым обычаям [11, р. 31].

Сущность теории соглашения состоит в толковании фактического поведения государств таким образом, чтобы из него можно было вывести их согласие с формируемой нормой международного обычного права. В подавляющем большинстве случаев речь идёт об установлении согласия государств на основе их пассивного поведения (отсутствие протеста) по отношению к чьему-либо активному поведению. Собственно, поэтому одно из наиболее распространённых наименований данной теории – *теория молчаливого соглашения*.

Позиция Международного суда при рассмотрении дел, связанных с установлением норм общего обычного международного права, на сегодняшний день сводится к тому, что молчание государств, выражающееся в их пассивном поведении, следует рассматривать скорее как неопределённость их точки зрения, а не как согласие со складывающейся обычной практикой [Подробнее см.: 8].

Однако при установлении общих обычаев отсутствие мнения немногочисленной группы государств при одновременном отсутствии явно выраженного несогласия с их стороны в целом не влияет на точку зрения большинства. В отношении же двусторонних (как и любых партикулярных) международно-правовых обычаев игнорирование чьей-либо позиции недопустимо. Поэтому выяснение достоверного отношения заинтересованных государств к формируемому или сформированному правилу поведения становится объективно необходимым. В данном случае избежать отсутствия согласия какой-либо из двух сторон невозможно. К такому выводу приходят многие исследователи.

Так, на важности единства сторон при формировании двусторонних международно-правовых обычаев настаивают Нгуен Куок Динь, П. Дайе и А. Пеле: «... Чем сильнее суживается круг заинтересованных государств, тем больше необходимо их единогласие» [7, с. 198]. По их мнению, «в международной судебной практике доминирующим остаётся принцип межгосударственного консенсуса, более заметный в региональной или в местной системах обычного права, чем в общем обычном праве» [7, с. 198]. О весомости доказывания согласия сторон при формировании специальных международно-правовых обычаев также заявляет А. Д'Амато [10, р. 223].

Возникает вопрос о конкретных способах (доказательствах) достоверного установления согласия заинтересованных государств. Согласие, которое можно интерпретировать по-разному (признание, убеждённость, уверенность и т.п.), – это и есть собственное отношение того или иного субъекта к рассматриваемому правилу поведения на международной арене, т. е. это и есть субъективный элемент (*opinio juris*). Возможные способы выяснения этого субъективного отношения при установлении и общих, и партикулярных, и двусторонних обычаев, в принципе, одни и те же. Только в последнем случае поиск согласия в документальных источниках по объективным причинам сильно ограничен.

При определении *opinio juris* государств в отношении общих обычаев международного права Международный суд в настоящее время предпочитает ссылаться и на юридические (международные и национальные), и на политические (резолуции международных межправительственных организаций, акты международных неправительственных организаций) документы. Такая позиция Суда, на наш взгляд, имеет следующее объяснение.

Сама по себе социальная практика (факты) достаточно противоречива, но важны выводы, которые из неё сделаны. На протяжении столетий они воплощались в представлениях о должном, правильном, справедливом и постепенно формировали правосознание современного человека. В настоящее время в международном обычном

праве эти выводы получили закрепление в виде *opinio juris*. Поэтому и было логичнее сравнивать собственные позиции государств, закреплённые в многочисленных юридических и политических международных документах, чем снова разбираться в недавней и текущей международной практике, пытаясь заново «изобрести велосипед», т. е. назвать нормы, которые уже давно воплотились в общепризнанных морально-нравственных ценностях.

Такая позиция Международного суда, уместная относительно норм общего международного права, оказывается почти неостребованной в отношении региональных, локальных и местных обычаев и ещё меньше – обычаев двусторонних. С одной стороны, практика двустороннего межгосударственного сотрудничества крайне редко достигает такого высокого уровня развития, такой плотности, которые органично перерастали бы в специфические свойства правовой ментальности, присущие народам только двух государств – их особое *opinio juris* относительно друг друга (хотя, конечно, это не означает, что такое невозможно.) С другой стороны, общая правовая ментальность соседних государств может возникнуть в силу естественных исторических причин, например, когда соседствующие государства сформированы из народов, имеющих общие историю, культуру, этническую основу (Украина, Россия и Беларусь; Канада и США; страны Латинской Америки и др.). Но и в этом случае современные процессы усиливающегося диалога цивилизаций, ведущие к взаимопроникновению и диффузии культур, экономик, политических капиталов, имеют следствием некую унификацию взглядов и мировоззрений. Потому круг международных отношений, в которых могли бы проявить свою исключительность хотя бы несколько государств (не говоря уже о двух), неизбежно сужается.

Вот почему искать доказательства этого особого *opinio juris* даже с учётом постоянно расширяющегося перечня документальных источников (в частности, за счёт резолюций международных межправительственных организаций, различных документов международных неправительственных организаций, вузовской литературы и т.п.) оказывается весьма и весьма затруднительным. В такой ситуации Международный суд вынужден ориентироваться преимущественно на фактическую практику сторон, на что как раз и нацеливает теория соглашения. Именно поэтому вышерассмотренную практику Суда в отношении двусторонних международно-правовых обычаев многие авторитетные специалисты расценивают как некий реверанс в сторону теории консенсуса [См., напр.: 1, с. 48, 49; 5, с. 85; 7, с. 198].

Но может ли фактическая практика свидетельствовать о *молчаливом* согласии заинтересованных государств? В доктрине по этому поводу существуют большие сомнения. Пассивное поведение государств, которое в рамках теории соглашения истолковывается как молчаливое согласие и является ведущей формой выражения последнего, как представляется, можно рассматривать в качестве такового в очень ограниченном количестве случаев. С этим, кстати, соглашаются и сторонники этой теории. К примеру, Г.М. Даниленко считает, что применительно к партикулярному обычному праву «презумпция согласия, выводимая из пассивного поведения государств, может допускаться не во всех случаях» [2, с. 130]. Учёный соглашается с ситуацией, при которой двусторонний международно-правовой обычай может возникнуть в результате активного поведения одного государства и пассивного поведения, которое будет расцениваться как молчаливое согласие, другого. (В качестве примера такого обычая, возникшего именно таким образом, может рассматриваться «право прохода космических объектов государств, осуществляющих их запуски через воздушное пространство соседних государств на высоте ниже 100 км над уровнем моря для выхода на орбиту и

возвращения на Землю» [2, с. 129]). Но всё же общее правило он видит в том, что «партикулярные обычные нормы могут связывать только те государства, которые постоянно и активно участвуют в соответствующей практике и признают её обязательной» [2, с. 130]. Эту точку зрения полностью разделяет И.И. Лукашук [3, с. 128].

К сожалению, история международных отношений свидетельствует о том, что фактическая практика (как активная, так и пассивная) слишком противоречива, чтобы дать непогрешимый результат. Отметим, что Международный суд ни в одном из дел, касающихся партикулярных и двусторонних международно-правовых обычаев, не смог подтвердить существование хотя бы одного из них. К этому добавим, что и в науке примеров двусторонних международно-правовых обычаев чрезвычайно мало. Традиционно рассматривая их совместно с партикулярными обычаями учёные приводят, как правило, конкретные примеры партикулярных, а не двусторонних обычных норм.

Не случайно в международно-правовой доктрине прочно утвердилось понятие *обыкновения*, т. е. практики без признания её правовой. Количество, как повторяемость идентичных по своей сути фактических деяний (действий и воздержаний от них), далеко не всегда способно перейти в качество. Например, добровольная и неоднократная выдача преступников одним государством другому не ведёт к формированию международно-правовой обычной нормы [См., напр.: 6, с. 84]. Первое государство может только надеяться на взаимность, но не требовать её. Формируется только обыкновение, кстати, двустороннее.

Вышеизложенное, однако, не означает полного отрицания самой возможности формирования двусторонних международно-правовых обычаев. Сомнения и проблемы, изложенные в настоящей статье, указывают на трудности, с которыми придётся столкнуться тем, перед кем станет задача доказывания существования обычных норм такого рода. Вероятность постановки такой задачи перед практикующими юристами, т. е. актуальность исследованной темы, очень и очень высока. Ведь в общем объёме международных договоров, заключаемых государствами, подавляющее большинство составляют двусторонние соглашения, положения которых, как известно, могут изменяться не только последующими соглашениями, но и обычаями – как универсальными, так и региональными и двусторонними. И в последнем случае юристам неизбежно придётся анализировать практику двустороннего сотрудничества в самом широком её понимании.

Настоящее исследование также показало, что сфера применения теории соглашения (молчаливого соглашения, консенсуса) в науке и практике международного обычного права сведена к минимуму. При установлении любых международно-правовых обычаев важно опираться и на факты, имевшие место в отношениях соответствующих сторон, и на их позиции, демонстрирующие отношение к этим фактам.

Список литературы: 1. Арчага Э.Х. Современное международное право: Пер. с исп. – М.: Прогресс, 1983. – 480 с. 2. Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. – М.: Наука, 1988. – 192 с. 3. Лукашук И.И. Международное право: Учебник: Общ. ч. – М.: Изд-во БЕК, 1996. – 371 с. 4. Лукин И.П. Источники международного права. – М.: Изд-во АН СССР, 1960. – 144 с. 5. Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом: Пер. з англ. – Х.: Консум, 2000. – 592 с. 6. Международное право: Учебник / Под ред. А.А. Ковалёва, С.В. Черниченко. – М.: Изд-во Омега-Л, 2006. – 832 с. 7. Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пеле. Международное публичное право: В 2-х т. – Т. 1. – Кн. 1: Формирование международного права; Кн. 2: Международное сообщество: Пер. с фр. –

К.: Сфера, 2000. – 440 с. **8.** *Щокін Ю.В.* Міжнародно-правовий звичай крізь призму теорії „мовчазної” угоди // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 3 (46). – С. 150-159. **9.** *Asylum Case. Colombia v. Peru. Judgment, 20 November 1950 // I.C.J. Reports, 1950.* **10.** *D'Amato A. The Concept Of Special Custom In International Law // 63 American Journal of International Law (1969) Code A69b – P. 211-223.* **11.** International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law: Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000). – 66 p. // <http://www.ila-hq.org/pdf/customarylaw.pdf>. **12.** *Right of Passage over India Territory. Portugal v. India. Judgment, 12 April 1960 // I.C.J. Reports, 1960.*
Надійшла до редакції 11.11.2006 р.

УДК 342.515(438) **О.В. Новиков, аспірант**
Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків

ЗАКОНОДАВЧЕ ВЕТО ПРЕЗИДЕНТА РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА В ПОЛІТИЧНІЙ ПРАКТИЦІ КРАЇНИ

Положення основних законів, діючих у Республіці Польща, (далі – РП), а також сучасна практика діяльності інституту президентства цієї держави, роблять із цього органу влади активного учасника законодавчого процесу. Вагомим чинником впливу Президента РП на процес становлення права і зміст розроблених і запропонованих до прийняття законів є право відмови в підписанні закону, схваленого парламентом, – тобто використання главою держави в процесі законотворення президентського вето. Цією проблемою, в основному, займалися зарубіжні науковці [Див.: 2; 7; 14; 15].

Побіжно аналізуючи новітню історію польського парламентаризму й інституту президентства, варто зазначити, що питання особливостей застосування президентського вето та його правомірності детально дискутувалися польським політикумом. Слідом за конституційною поправкою від 7 квітня 1989 р., яка поновлювала функціонування в країні анульованого у 1952 р. цього інституту, в умовах урядової кризи 1992 р. в РП було введено Малу Конституцію [7, с. 74, 75]. Відтак виразною специфікою тодішньої польської реальності стала відсутність (у широкому її значенні) Конституції, навколо якої могли б діяти повноцінні конституційні закони країни.

Так, Мала конституція підтверджувала виключне право глави держави щодо підписання обов'язкових для всіх громадян законів, схвалених парламентом. Таке право належало до загальної компетенції Президента РП, що полягає в найвищій репрезентації польської держави (ст. 28 п. 1 Малої конституції). Регламент Сейму – верхньої палати польського парламенту регулював трактування цим органом і законів, у підписанні яких Президент відмовив, застосувавши право вето (ст. 53). При цьому йшлося про так звані звичайні закони, зокрема, ті, що приймалися за процедурою законів термінових, бюджетних та ін. Натомість тлумачення загальних конституційних вимог щодо процедури прийняття конституційних законів (ст. 106) становило певні труднощі. Справа в тому, що вищевказана стаття зберегла своє первісне значення, що відповідало Конституції 1952 р., незважаючи на заснування в 1989 р. двопалатного парламенту, а також затвердження особливих прав Президента в законотворчості. У ст. 106 взагалі не згадувалося про участь цих двох інституцій у впровадженні конституційних змін.

Оскільки, однак, у статті йшлося про ухвалення останніх шляхом сприйняття конституційних законів практикою, виникла необхідність участі в цьому процесі Сенату, а також їх підписання Президентом.

У той же час регламентом обох палат польського парламенту не було унормовано участі Президента в законотворчості шляхом застосування до проектів законів права вето. Спроба фахівців канцелярії Президента, а також частини законодавців та експертів-правників інтерпретувати цю компетенцію глави держави за аналогією з прийняттям чи відхиленням звичайних законів наштовхувалася на аргументовану критику. Стислий її зміст полягав у порівняльному тлумаченні обов'язків і права вето Президента стосовно обох видів законів з урахуванням чинних конституційних норм і світової та європейської практики. Зазначалося, що Президент, застосовуючи законодавче вето з передбаченим Конституцією попереднім обґрунтуванням, не виступає в ролі лише живого символу держави, а й включається до політичного процесу, що відбувається [2, с. 21]. Президентське вето задумано явно як засіб оцінювання необхідності в певному законі, вмотивоване політичними поглядами (в найширшому розумінні цього слова). Через законодавче вето Президент істотно впливає на сутнісний зміст законодавства.

Не вмотивоване Конституцією, (а лише за аналогією) застосування цієї практики стосовно прийняття, а значить і відхилення Президентом конституційних законів означало б визнання його ролі у створенні засад державного ладу, права «докладання руки» до появи формулювань положень про главу держави, засадничих прав і свобод особи, завдань держави, своїх власних компетенцій [16, с. 217]. Адже саме це є (чи може бути) основним змістом конституційних законів, що робить їх передусім окремою від звичайних законів та ієрархічно вищою категорією джерел права. Ці закони відрізняються від останніх особливим змістом, найвищою правовою силою. Ця їх роль у випадку застосування законодавчого вето за прямою аналогією стосовно законів бюджетного чи загальноекономічного спрямування вступає в протиріччя з характером функцій Президента, покликаного згідно з Основним законом РП слідкувати за дотриманням Конституції. А глава держави є кимось більшим, ніж просто «розпорядником Конституції»: він стоїть на сторожі Основного закону країни, відданого йому під опіку, хоча на його зміст (не говорячи вже про існування) впливу мати він не повинен, тому що це не передбачено тією ж Конституцією [16, с. 215].

Прямі аналогії з проблемами, з якими зіткнулася тоді держава, де й зародилося ще в середньовічні часи поняття «вето», виникли й у законодавстві США. Конституційні положення американського Основного закону країни також мовчать про конституційне вето, але в той же час широко трактують вето законодавче. Конституційна практика в цій сфері, спираючись на підтримку Верховного Суду США, не визнає вето ані Президента стосовно конституційних поправок Конгресу, ані губернаторів окремих штатів проти законодавців штатів, що ратифікують ці поправки [9, с. 3].

Що ж до Польщі, то крапку в тодішніх дискусіях поставив Конституційний Трибунал, який у своїй судовій діяльності, що стосувалася компетенцій глави держави, зайняв однозначну позицію, неодноразово стверджуючи, що «положення, що стосуються компетенцій Президента, повинні бути відповідно стилістично виписані, включення в них неіснуючих матерій з неіснуючими повноваженнями, в тому числі й шляхом цілеспрямованої інтерпретації не може братися до уваги... Конституційний Трибунал, виходячи з конституційних засад легальності, а також засад демократичної держави, робить однозначний висновок, що у випадку, коли правові норми виразно не передбачають компетенції державного органу, цю компетенцію не можна вживати, а також, опираючись на принципово іншу компетенцію, приписувати законодавцю наміри,

які закон не виражає» [Цит. за збірником «Судова практика Конституційного Трибуналу», 1992 р., с. 25].

Збереження інституції президентського вето, а також його сутність стали предметом дискусії в Конституційному Комітеті Народних Зборів Польщі перед прийняттям нової Конституції країни (набула чинності 2 квітня 1997 р.). Визнаючи за класичний інструмент урівноваження влади – законодавчої й виконавчої – контроль над прийняттям законів, Комітет присвятив багато часу обговоренню проблеми діяльності президентського вето й оптимальній його правовій регуляції. Однозначно визнаючи взаємодію обох правових засобів, наданих Президентові як можливу реакцію на прийнятий закон – законодавчого вето і звернення до Конституційного Трибуналу в справі відповідності закону Конституції, законодавці озброїли главу держави обома засобами, зазначивши при цьому їх обов'язкову альтернативність.

Аналізуючи проблематику президентського вето, ми особливу увагу приділили конкретизації повноважень Президента РП стосовно окремих предметів розгляду. Таким чином, глава держави отримав право вето стосовно абсолютної більшості законів. Але його було позбавлено права вето щодо законів про бюджет (вимога ст. 224 Конституції РП) і розпорядження парламенту про його прийняття. У новій Конституції чітко вписана процедура зміни Основного закону країни (ст. 235). Той чи інший проект закону може запропонувати 1/5 від загальної чисельності депутатів, Сенат або Президент РП. Після відповідного опрацювання в обох палатах польського парламенту закон потрапляє на ознайомлення Президентові, який зобов'язаний його підписати протягом 21 дня. Права вето в цьому випадку він позбавлений.

Скрупульозно обговорювалося в Конституційній комісії, яка парламентська більшість має отримати право не погодитися з президентським вето. У результаті дискусії депутати дійшли висновку, що зарахування глави держави до органів виконавчої влади (ст. 10 Конституції) викликає в системі поділу влади, в їх урівноваженні й контролі певні наслідки [2, с. 21]. Для їх мінімізації було запропоновано, а потім закріплено в Конституції доволі складну процедуру для непогодження з президентським вето. Для цього потрібно згоду 3/5 голосів депутатів Сейму від загальної присутності, принаймні, половини депутатів.

Першим Президентом Республіки Польща, якому довелося застосовувати право вето за новою Конституцією став А. Квасьневський. Протягом перших 6-ти років своїх каденцій (перебував на посту два терміни 1997 – 2003 рр.) він надіслав до Сейму висновки про повторний розгляд законів 29 разів. Аналіз причин застосування Президентом права вето дозволяє розділити їх на три основні групи. До першої належать закони, прийняття яких у поданому Президентові вигляді, на його думку, суперечить основним засадам Конституції. При цьому він практично не звертався до Конституційного Трибуналу, спираючись, однак, на його авторитет. Другим аргументом Президента, що змусив його повертати закони на доопрацювання в парламенті, були порушення передбаченої Конституцією процедури їх прийняття. До третьої групи «заветованих» главою держави законів треба віднести ті, прийняття яких в запропонованому вигляді могло, на думку Президента, призвести до некорисних для держави правових, суспільних або економічних наслідків. Що стосується останніх, то треба відзначити, що серед повернутих Президентом 29 законів у 12 випадках причиною відмови в підписанні був аргумент, що бюджет держави в умовах тодішньої бюджетної кризи не в змозі забезпечити коштами реалізацію відповідного закону [17, с. 37-39].

Аналіз використання Президентом РП права вето на підставі нової Конституції

дозволяє стверджувати, що він не прагнув, користуючись цим правом, конкурувати з урядом чи урядовою більшістю в парламенті, проводячи власну політику. Право непідписання запропонованих Сеймом законів використовувалось ним скоріше для допомоги парламенту в законодавстві, аніж з метою реалізації власної політичної концепції, що не відповідала політичній лінії уряду й більшості парламенту. Водночас з упевненістю можна стверджувати, що застосовуване Президентом РП право вето сприяло забезпеченню рівноваги між законодавчою й виконавчою гілками влади в державі.

Список літератури: 1. *Гарлицкий Л.* Институт президентства в новой Конституции Польши // Конституционное право: Вост. – евр.обозр. – 1977. – №3(20). – С. 67-74. 2. *Balicki R.* Weto prezydeckie jako element postepowania ligislacyjnego // Przegląd Sejmowy. – 1999. – № 3. – S. 42-43. 3. *Banaszczak B.* Prawo konstytucyjne RP. – S. 139-140. 4. *Boc J.* Komentarz do Konstytucji RP z 1997 r. – Wrocław, 1998. – 330 s. 5. *Garlicki L.* Zasada dyskontynuacji prac parlamentarnych // Studia Juridica. – 1955. – № 28. – S. 45-55. 6. *Garlicki L.* Opinia w sprawie skutkow zakonczenia kadencji Sejmu dla postepowania ustawodawczego // Przegląd Sejmowy – 1993. – № 3. – 113 s. 7. *Mordwilko J.* Opinie prawa Prezydenta RP do wycofania weta wobec ustawy w swietle art.18.ust. 3 Malej konstytucji // Przegląd Sejmowy. – 1996. – № 4. – S. 74-78. 8. *Galster J., Witkowski Z., Szyszkowski W., Wasik Z.* Prawo konstytucyjne. – Torun, 1996. – 214 s. 9. Конституция Станов Зjednoczonych Ameryki, wstep i tlumaczenie *Krol-Bogomilska.* – Warszawa, 1992. – 13 s. 10. *Dawidson R.H., Oleszek W.J.* Kongres i kongresmeni. – Warszawa, 2001. – S. 282, 283. 11. *Komarnicki W.* Polskie prawo polityczne. – Warszawa, 2000. – 438 s. 12. *Kudel M.* Instytucje polskiego prawa parlamentalnego. – Warszawa, 1999. – 134 s. 13. *Starzewski M.* Morfologia i kompetencje Sejmu // Prawo polityczne, cz.III, t II. – Krakow, 1998. – S. 37, 38. 14. *Tuleja P.* Dopuszczalnosc cofniecia weta zlozonego przez prezydenta na podstawie art.18 ust.3 Malej konstytucji // Przegląd Sejmowy. – 1997. – №1. – S. 25-35. 15. Конституция Рзeczypospolitej Polskiej. – Wrocław, 1997. 16. *Sarnecki P.* Weto ustawodawcze Prezydenta RP wobec ustaw konstytucyjnych: Studia nad prawem konstytucyjnym: Wydawnictwo uniwersytetu Wroclawskiego. – Wrocław, 1997. – 351 s. 17. *Wieskowska A.* Weto Prezydenta Рзeczypospolitej Polskiej w praktyce politycznej // Przegląd Sejmowy. – 2003. – №6(59). – S. 35-54.

Надійшла до редакції 01.11.2006 р.

УДК 340.12

С.И. Максимов, д-р. юрид. наук, профессор

*Национальная юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого, г. Харьков*

АНТРОПОЛОГИЧЕСКОЕ ОБОСНОВАНИЕ ПРАВА

Успешное осуществление правовой реформы нуждается в соответствующем концептуальном обеспечении, центральным компонентом которого является антропологическое обоснование права, заключающееся в нахождении адекватных антропологических посылок правовой теории. Ведь результат трансформации правовой системы во многом будет определяться тем, на какой образ человека она будет сориентирована.

На тесную связь феномена права с человеком, его сущностью и смыслом человеческого бытия указывали правовые экзистенциалисты еще в середине XX в. [12, s. 278; 13, s. 25]. Проблема взаимоотношений между человеком и правом оказалась в центре внимания таких украинских исследователей, как В.С. Бигун [2], Д.А. Гудыма [3], С.И. Максимов [6], П.М. Рабинович [9] и др. Антропологическому обоснованию права посвятил некоторые свои работы современный немецкий философ права О. Хеффе [См.: 4; 11].

В то же время остается невыясненным, какова специфика человеческой природы, необходимо требующая права для своего осуществления. Иными словами, какой образ человека должен быть положен в основание современной правовой теории?

Специфику человеческой природы можно усматривать в его особой телесности. При этом, если античная и средневековая традиции трактовали последнюю положительно и считалось, что человек обладает сложной и совершенной биологической организацией, то современная философская антропология обращает внимание на *недостаточность* человеческого существа, на то, что он плохо «укоренен» в природе, а его животное-биологическая организация содержит, по мнению А. Гелена, определенную *невозполненность*. На основе фактора телесности как специфической отличительной особенности человека формируется собственно антропологический подход к праву. Так, австрийский ученый С. Йоргенс считает право культурным феноменом, состоящим из таких норм, которые делают возможным человеческое сотрудничество. Право в этом смысле оказывается естественным феноменом, встроенным в человеческую природу наподобие инстинктов, эмоций животных, живущих сообществом. Поскольку люди недостаточно наделены этими инстинктами по сравнению с животными, то идеи, институты и нормы, которые создаются как часть культуры, можно рассматривать в качестве заменителей недостающих инстинктов, управляющих сообществами в животном мире [8, с. 21].

Не менее противоречиво оценивается значение разума человека. Если рационализм видит в разуме выражение сущности человека («человек есть мыслящая вещь»), то иррационализм (А. Шопенгауэр) видел в нем проклятие, разрушающее изначальную гармонию существования, подчиняющее человека не только изнутри, но и извне. На принципе разума, разумной его природы строили концепции права классические теории естественного права от Г. Гроция до Гегеля. Иррационалистические теории права (психоанализ и др.), делавшие акцент на иррациональной природе человека, его эмоциях, чувствах, подчеркивали в праве момент индивидуального своеобразия, связанного с собственным выбором субъекта.

Человеческая самобытность не может быть однозначно сведена и к коммуникативным способностям, к отношению человека к другому человеку (М. Бубер). Коммуникативный подход к праву характерен для герменевтических теорий П. Рикера и Ю. Хабермаса. В целом же нельзя исключать значения каждой из отмеченных способностей (телесность, разумность, коммуникации и др.), не связывая при этом уникальности человека с какой-либо одной из них.

В человеке, тем не менее, все же можно обнаружить интегральное, (хотя отнюдь не субстанциальное) свойство – открытость миру, его незавершенность как создания. В отличие от животного, человек постоянно преодолевает свою видовую и социальную ограниченность, трансцендируя, возвышаясь над существующими обстоятельствами. В этой незавершенности заключается огромный потенциал саморазвития человека. Именно эту *открытость* имел в виду Ж.-П. Сартр, когда писал: «Человек свободен, человек – это свобода», поэтому «ссылкой на раз навсегда данную человеческую природу ничего

нельзя объяснить» [10, с. 327]. «Человек, – пишет М.К. Мамардашвили, – это прежде всего постоянное усилие стать человеком, это не естественное состояние, а состояние, которое творится непрерывно» [7, с. 311]. Благодаря приложению этого усилия возможно формирование гражданского общества как тела европейской культуры. Вот почему «человек всегда находится в стадии становления, и всякая история может быть определена как история его усилия стать человеком. Человек не существует – он становится...» [7, с. 313]. В этом образе человека находит свое оправдание и образ права как непрерывное *становление* в результате приложения и поддержания человеческого усилия. В свою очередь, право создает условия для реализации потенциала человека, человеческих возможностей, хотя и не гарантируя эту реализацию без его собственных усилий.

Не означает ли это, что проблема природы, или сущности человека, не имеет совершенно никакого значения? Отнюдь нет. Просто не следует абсолютизировать поиски единой и истинной природы человека, ибо таковой просто не существует.

На этот момент обращает внимание американский философ Дж. Лакс, выдвинувший тезис о множественности человеческой природы. Он считает, что утверждения о природе человека, т. е. о том, что представляют собой устойчивые человеческие характеристики, основываются на фактах выбора, включающих в свой состав одновременно объективные и субъективные элементы [5, с. 106]. Первые представлены набором объективных оснований для выбора, количество которых всегда конечно (как конечен, например, набор средств, по которому мы будем определять носителя качеств человечности), вторые – ценностными предпочтениями, от которых зависит окончательный выбор (к примеру, в основании признания универсальности прав человека лежит ценностное предпочтение сегодняшнего цивилизованного человечества, заключающееся в возвышении сходства между людьми и отклонении различий как несущественных).

Данная методологическая позиция очень важна для недопущения абсолютизации понятия «природа человека» при обосновании образа права по типу онтологической легитимации, характерной для объективизма, в котором находит проявление естественная установка человека как стремление объяснять все, исходя из онтологических оснований. Ведь представить какую-нибудь точку зрения как нечто, имеющее основание в природе вещей, – удобная стратегия в убеждении других и в избавлении от своих собственных сомнений. «Объявление определенных ценностей истиной, – подмечает ученый, – дает нам более надежную опору, чем простое намерение отстаивать их. Утверждая, что определенные социальные культуры, политические порядки или способы поведения есть прямое следствие человеческой природы, мы придаем им большую весомость, нежели если просто говорим, что отдаем им предпочтение» [5, с. 109]. Поэтому мы предпочитаем верить, что наделение людей равными правами на уважение – это результат того, что все мы обладаем единой сущностью, а не просто результат ценностного предпочтения.

В этой связи концепция множественности человеческой природы не связывается с какой-то определенной идеологией и находится в рамках здорового плюрализма. Она ориентирует на толерантное отношение к проявлениям человеческого своеобразия (как индивидуального, так и культурного). Но эта терпимость не беспредельна, а ограничивается идеей права, ибо, исходя из признания множественности человеческой природы, мы должны обеспечить полное оправдание человеческого отличия, однако лишь в той мере, в какой это своеобразие не приносит нам вреда.

Несмотря на то, что образ человека зависит от нашего выбора, мы все же можем указать если не на качество, то, по крайней мере, на способ действия, который позволяет

выделить человека из всех других живых существ. Таким способом действия является *долженствование*. Как подчеркивает Э. Агацци, «каждое человеческое действие связано с наличием некоторого “как должно быть”» [1, с. 26]. Это значит, что любое человеческое поведение ориентируется на определенное *совершенство*, идеальную модель, то, что «должно быть», т.е. ценность. Таковыми являются: 1) действия-операции (ориентирующие на определенный результат); 2) действия-исполнения (которые ориентируются на идеальный способ исполнения); 3) действия в строгом смысле слова (которые соотносятся с некоторыми идеальными образцами), что типично для моральных действий [1, с. 26]. Специфика человеческих действий как раз и заключается в том, что они ориентированы на ценности. Это позволяет определить сущность человека, собственно человеческое в нем как *сферу должного*. Человек – существо *долженствующее*, постоянно соотносящее свои действия с идеальными образцами и тем самым устремляющееся к этим образцам, т.е. трансцендирующее к ним. Именно тенденцией к достижению совершенства ценностно-ориентированное поведение человека отличается от простой целенаправленности поведения животных.

Поскольку *сфера должного* – это особенность собственно человеческого действия, то и мораль, и право, как наиболее развитые нормативно-ценностные системы, без которых человек не может быть человеком, оказываются характеристиками его способа бытия. Бытие человека в модусе «как должно быть» выступает его бытием в качестве субъекта, а то, что человек является субъектом, отличает его от естественных объектов. Учет бытия человека в качестве субъекта, исходящего из определенных обоснованных и признанных ценностей, есть условие изучения других характерных для человека аспектов, таких как свобода и ответственность, смысл жизни, человеческое достоинство и права человека, которые важны для конструирования смысловой реальности права. Это означает, что трактовка специфики человеческого бытия как бытия существа, ориентирующегося на совершенство, на должное, раскрывает новые горизонты перед правовой антропологией, в рамках которой право должно быть представлено в качестве всеобщего условия человеческого существования.

Традиционно одной из основных задач правовой антропологии является исходящее из представлений о сущности человека, (или человеческой природе) обоснование идеи права как особого нормативного порядка. Это предполагает ответ на вопрос, почему сфера политического в человеческой жизни, понимаемая как гражданское, общее с другими людьми существование, необходимо требует права, т.е. подчинения определенным правилам, к исполнению которых они могут быть принуждены, и почему такое правовое оформление данной сферы оказывается возможным.

Правовая антропология возможна потому, что в структуре человеческого бытия существуют такие моменты, которые во внешнем выражении обуславливают возможность и необходимость права как особой нормативной системы [См.: 6, 64]. При этом обоснование права хотя и с разной степенью убедительности может осуществляться с различных методологических позиций.

Философия права, основанная на метафизических началах, предписывает или запрещает возможные действия в силу их соответствия или несоответствия обнаруженным ранее фактам человеческой природы. Но возможно ли выведение норм из представлений о фактах человеческой природы? В зависимости от ответа на данный вопрос теории естественного права могут быть разделены на онтологические и деонтологические.

Сторонники онтологического подхода (в англо-американской литературе это Р. Хиттингер, Л. Вейнрет, Г. Витч, Р. Маклинери) считают, что подлинная естественно-

правовая этика выводит моральные и правовые нормы из метафизических (онтологических) оснований, иными словами, из метафизически исходного познания природы человека и его места в мире. Обвинения в натуралистическом заблуждении отвергаются ими на основе утверждения, что факты, из которых выводятся моральные нормы, сами нагружены моральной ценностью, т.е. само *сущее* человеческой природы имеет *должное* как конструкцию внутри его самого [14, р. 256]. Именно путем осмысления фактов человеческой природы мы и открываем, что должны делать.

Сторонники деонтологического подхода (в англо-американской философии права это Г. Грийенз, Дж. Финнис, Дж. Байль, В. Мэй, П. Ли) отказываются от поисков метафизических (онтологических) оснований для утверждения моральных и правовых суждений, считая, вслед за Д. Юмом, что любые попытки выводить смыслы моральных и правовых норм из фактов человеческой природы являются несостоятельными. Критерий же истинности положений в нормативной этике и политической теории они усматривают в их самоочевидности. Эта позиция утверждает «абсолютную независимость этики от метафизики», она строго разделяет теоретический и практический разум, природу и мораль, сущее и должное. Их возражения сторонникам онтологического подхода базируются на действительной невозможности из суждений «человек – существо социальное» или «человек – существо духовное» вывести какие-либо запреты или дозволения.

Оба подхода являются в известной мере крайностями. Следует учитывать, что многие недоразумения по поводу связи человеческой природы и морально-правовых суждений (норм) возникают из-за неразличения двух моментов: а) той очевидной истины, что мораль, бесспорно, зиждется на человеческой природе, что основные ценности (блага), моральные и правовые нормы таковы, потому что человеческая природа такова; б) того, что основные ценности (блага) невыводимы из предыдущего познания человеческой природы. Мы же можем лишь констатировать связь человеческой природы и этических (морально-правовых) норм, но не можем напрямую выводить их из человеческой природы.

За этими двумя видами антропологии легко усматриваются методологические позиции онтологического объективизма и деонтологического субъективизма. Попыткой преодоления односторонностей, характерных для рассмотренных позиций, представляется правовая антропология, основанная на парадигме интересубъективности, которая формируется в рамках политической антропологии [4, с. 47].

Особенностью данного подхода является сочетание антропологического и морального моментов в обосновании права, что позволяет избежать как излишнего натурализма, так и чистого долженствования. Сама правовая антропология – это всегда этико-антропология, сочетающая в себе моменты *дескриптивности* и *нормативности* [11, с. 137]. Например, чисто этическое решение проблемы обоснования правовых норм запрещает выводить должное из сущего, однако оно вызывает упреки со стороны тех, кто отрицает этот трансцендентальный постулат, да и вообще, несмотря на свою верность, вызывает чувство неудовлетворенности в силу своей односторонности. Но еще большие упреки вызвали бы попытки прямого выведения должного из сущего (из «природы вещей»). Однако выход из этой ситуации, на наш взгляд, есть, и он заключается в том, чтобы отыскать такое сущее, которое обладало бы качествами должного. Таким сущим выступает человек, сущность которого, как подчеркивалось выше, заключается в *долженствовании*, стремлении к совершенству, к реализации собственного проекта.

Вот почему основная задача правовой антропологии состоит отнюдь не в выведении

содержания правовых норм из природы человека (ибо она была бы просто неосуществимой), а скорее в корреляции образа человека и образа права как феноменов, содержание которых зависит от ценностных предпочтений, в легитимации второго первым. Так, за утопической концепцией «свободы от господства» обнаруживаются необоснованно оптимистические представления о человеке как существе в гораздо большей степени миролюбивом и альтруистичном, нежели он является на самом деле, а за позитивистской позицией защитников «политического господства» угадываются излишне пессимистические представления о человеке как исключительно агрессивном эгоисте.

Выделяются два фундаментальных вопроса политической (правовой) антропологии: 1) «что является главным фактором человеческого существования: конфликт или кооперация?» [11, с. 138]; 2) «что является первостепенным для человеческого общежития: счастье или свобода?» [11, с. 199]. Это вопросы о способе и цели человеческого существования. Выбор модели образа человека как преимущественно конфликтного или преимущественно кооперативного существа влияет на выбор модели легитимации государства и права – кооперативной или конфликтной. По нашему мнению, в решении этого вопроса нельзя действовать по принципу «или-или», ибо природа человека не может быть однозначно сведена либо к конфликту, либо к сотрудничеству. Здесь скорее подойдет синтетическая формула взаимодополнительности при нормативном приоритете одного из них – конфликта (в современных культурно-исторических условиях), что соответствует антропологической формуле И. Канта – «необщительная общительность». Очевидно, что подобный метод применим и для решения второго фундаментального вопроса о том, что является более фундаментальным основанием – счастье или свобода? «Коль скоро в нашей теории, – пишет О. Хеффе, – каждому предоставляется свобода устраивать счастье по своему собственному усмотрению, понятие счастья становится не то чтобы неуместным, а излишним; оно преобразуется в понятие свободы волеизъявления» [11, с. 192].

Свобода в правовом контексте понимается как свобода действия, т.е. в смысле свободы поступать по собственной воле или в согласии со своим собственным представлением о добре: действующему субъекту предоставляется возможность самому решать, к чему он стремится и как он будет достигать своих целей. Свобода есть допущение, без которого немислима сама дискуссия о легитимации, хотя оно может оправдываться антропологическими аргументами, такими как недостаточность сферы инстинктов и наличие у человека познавательной способности.

Рассматривая право в качестве всеобщего условия человеческого существования, мы не можем не задаться вопросом о том, каковы же эти особенности, или модусы (экзистенциалы), человеческого бытия, делающие право возможным. Это есть не что иное, как вопрос об обосновании идеи права, правопорядка вообще.

Что же такое право, и из каких элементов оно складывается? Прежде всего, право состоит из правил, которыми люди руководствуются в их совместной жизни и неисполнение которых дает право на принуждение со стороны властвующего субъекта. Принуждение выступает как кара в уголовном праве и как признание недействительности отношений (сделок) в праве гражданском. Эти правила оказываются особо значимыми, когда возникают противоречия интересов, споры. Право в этих случаях играет роль третьей, незаинтересованной стороны, к которой апеллируют для разрешения споров.

Какова же антропологическая основа пользования людьми определенными правилами? Как уже подчеркивалось, таковою является открытость человека миру как

его универсальная способность к свободным действиям. Особенность антропологического подхода, разработанного в XX ст. М. Шелером, Х. Плессером и А. Геленом, заключается в преодолении характерного для классической философии противопоставления человека (как существа разумного с присущей ему автономной духовностью) гетерономной природе и в стремлении определить человека в его сущностном единстве (духовного и природного).

Своеобразие биологической конституции человека часто выражается понятием *недостаточного существа*, т.е. существа, обделенного природой. Но этот факт можно интерпретировать и по-другому. Природа не обделила человека, а наделила его, но по-иному. Недостаточная специализация человеческих способностей оборачивается такими позитивными качествами, как открытость миру, способность к динамическому саморазвитию, практическая приспособляемость к обстоятельствам. Человек оказывается существом, наделенным самыми разнородными задатками и способностями, *поликомпетентным*. Многообразие его сущности недостает организующей однозначности. Поэтому и оказывается так трудно и порой даже невозможно определить его природу или сущность. В этой открытости миру и поликомпетентности заключена физиологическо-психологическая основа свободы действий человека, проявляющаяся в том, что человек способен рефлексивно относиться к условиям своей жизни, определенным образом их обозначая и осмысливая. Он способен оценивать эти условия и на основании оценок пытаться их освоить: либо приспособить к своим нуждам, либо преобразовать.

Рефлексивное отношение человека к себе самому и своим действиям имеет два момента: (а) человек способен на сознательные поступки и (б) он может выбирать среди множества различных возможностей одну или несколько и лишь эту одну или несколько признавая в качестве «своих». Это означает, что «человек способен на осознаваемые, продиктованные его волей и в этом смысле свободные поступки» [11, с. 219]. В то же время свободу действий следует истолковывать не как абсолютное, а как относительное понятие. Платой за открытость структуры побудительных мотивов и реакций человека является возможность насилия, или угроза быть убитым. Опасность насильственной смерти от рук себе подобных имеет ту же антропологическую основу, что и свобода действий. Но как разовьются эти регуляторные способности человека, зависит от того, как складываются его взаимоотношения с другими людьми, в том числе и от такого института, которым является право.

Таким образом, *свобода*, будучи универсальной способностью человека, делает право *и возможным* (понимание сути правил, способности к суждению), *и необходимым* (необходимое ограничение свободы, делающее ее возможной). Право обосновывается тем, что оно является институтом, делающим, с одной стороны, свободу возможной, и с другой – защищающим ее от опасности.

Список литературы: 1. Агацци Э. Человек как предмет философии // Вопр. философии. □ 1989. □ №2. □ С. 24-34. 2. Бігун В.С. Правова антропологія. До питання про дослідження людини в праві // Часопис Київ. ун-ту права. – 2002. – № 1. – С. 3-15; № 2. – С. 15-20; № 4. – С. 7-16. 3. Гудима Д.А. Поняття філософсько-антропологічного підходу та його загальні потенції у філософсько-правових дослідженнях // Філософія права: проблеми та підходи. Навчальний посібник / За заг. ред. П.М. Рабіновича. – Львів: Юрид. фак. ЛНУ, 2005. – С. 152-157. 4. Гьоффе О. Політична антропологія в особливому полі уваги права // Гьоффе О. Вибрані статті. – К.: Укр. філос. фонд, 1998. – С. 45-55. 5. Лакс Дж. О плюрализме человеческой природы // Вопр. философии. □ 1992. □ № 10.

□ С. 103-111. **6.** Максимов С. Антропологічні передумови правової теорії: досвід класичної філософії права // Вісн. Львів. ун-ту. – Серія юрид. – Вип. 37. – С. 64-69. **7.** Мамардашвили М. К. Как я понимаю философию. – М.: Прогресс, 1990. – 415 с. **8.** Общественные науки за рубежом: Реф. журн. Сер. 4. Государство и право. □ М.: ИНИОН, 1995. □ № 5-6. – С. 20-22. **9.** Рабінович П. Соціальна сутність прав людини: у світлі потребового підходу // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2005. – № 1. – С. 3-11. **10.** Сартр Ж.-П. Экзистенциализм – это гуманизм // Сумерки богов: сборник / Фридрих Ницше, Зигмунд Фрейд, Эрих Фромм и др.; Сост., общ. ред. и предисл. А. А Яковлев. □ М.: Политиздат, 1990 . □ С. 319-344. **11.** Хеффе О. Политика, право, справедливость. Основоположения критической философии права и государства. □ М.: Гнозис, 1994. – 319 с. **12.** Fechner E. Rechtsphilosophie. □ Tübingen, 1956. □ 299 s. **13.** Maihofer W. Sein und Recht: Prolegomenazueiner Rechtsontologie. Frankfurt a. M.: Klostermann, 1954. □ 125 s. **14.** Veatch, Henry. Natural Law and the “Is”–“Ought” Question. Catholic Lawyer, 26 (1981). – P. 23-38.

Надійшла до редакції 01.11.2006 р.

УДК 340.12 **О.П. Невельська-Гордєєва**, канд. філос. наук, доцент
*Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків*

СУБКУЛЬТУРИ В НОРМАТИВНОМУ ПОЛІ

Якби хто-небудь додумався провести рейтинг популярності наукових термінів, то, наймовірніше, що на початку ХХІ-го ст. перше місце належало б поняттю "правове поле". Дійсно, цей термін використовується як "знакове" слово, що задає "пізнаваний" зміст реченню [22], як метафора [12], журналістська претензія [10], усім відома, широко уживана наукова категорія [Див. 2; 6]. Тим часом саме поняття "правове поле", як і "нормативне поле", незважаючи на їх популярність, не є однозначно визначеними в юриспруденції (утім, як і в інших галузях науки). Уже сам факт наявності не одного, а множинності термінів (нормативне поле, законодавчо-нормативне поле, законодавчо-правове поле, внутрішнє правове поле, поле правого регулювання, нормативний простір, правовий простір та ін.) свідчить не на користь відпрацьованості використовуваної термінології. В одних текстах законодавче і нормативне поля тлумачаться, як різні: «слабке законодавче та нормативне поле у сфері активної організаційної структури управління державним боргом» [25], в інших, навпаки, поєднуються в єдине законодавчо-нормативне поле [15, с. 1].

Засобами масової інформації термін "правове поле" вживається в значенні "легітимність", "законність" (наприклад: "усе повинне вирішуватися у правовому полі" або "запустили у правове поле цей сумнівний нормативний акт" і т.д.). У науковій юридичній літературі одні вчені вживають категорії "законодавче", "нормативне" і "правове" поля як синоніми [11, с. 13; 21, с. 15], інші наполягають на нетотожності їх значень [5]. Однак усі вони вживають ці терміни як цілком сталі, відомі всім, внаслідок чого й не розкривають, не уточнюють їх змісту.

Проект "Бизнес, власть, общественность и СМИ в российской благотворительности" не тільки оперує поняттями "моральне" і "правове" поля, а й логічно підкорює (логічне відношення координації або супідрядності) їх категорії "нормативне поле", інакше кажучи, нормативне поле підрозділяється на моральне і правове поля [16].

Р.Карнап стверджував, що існують псевдопоняття [8]. У тих випадках, коли слово (всередині певного вислову) має відповідне значення, то зазвичай говорять, що воно позначає "поняття". Однак, якщо тільки здається, що слово має значення, у той час як у дійсності воно йому не притаманне, то Р.Карнап називає його „псевдопоняття”. Ученого цікавило питання: як пояснити виникнення псевдопонять? Хіба не кожне слово вводиться в мову, тільки з метою виразити що-небудь конкретне, чи вже відразу, починаючи з першого вживання, воно має певне значення? Як могли з'явитись у природній мові слова, які не володіють значеннями? [8, с. 12-13]. Проте такий феномен існує. Фактично ми зустрічаємось із псевдопоняттями в журналістиці, у сучасних субкультурах. Але чи не є термін "правове поле" таким словосполученням без значення саме в науці? Ми вважаємо, що ні, це не псевдопоняття.

Логічне відношення категорія "нормативне поле" і "правове поле" нами розглядається як підпорядкування (координація), де перше поняття є підпорядковуючим (більшим за обсягом, родовим), а друге – підпорядкованим (меншим за обсягом, видовим) [14, с. 236]. Правове поле – це система дозволів та обмежень у соціальній реальності, що впливає з існування юридичних норм. Нормативне поле розуміється як ієрархічна структура, сукупність усіх різноманітних соціальних норм – правових, моральних, релігійних, локальних, корпоративних), існуючих у взаємодії [13, с. 126].

Ю.А. Левада говорить про співіснування і взаємодію різних нормативних полів зі своїми критеріями дозволеного-недозволеного, узгодженого-неузгодженого, що властиво різним суспільним системам, у яких існує розмежування буденного і святкового, свого та чужого, приватного й офіційного. Ним виділяються різні нормативні поля – соціетальні, групові, рольові та інші, множинність яких визначається орієнтацією й рамками діяльності людини [9, с. 12, 16]. Ми вважаємо недоцільним вести мову про співіснування і взаємодію різних нормативних полів, а розглядати єдиний простір нормативного поля з множинною мережею антиномій. Нормативне поле (як і правове) будується як система, а існує відповідно до законів самоорганізації й саморозвитку останньої, йому властива орієнтація на множення і відтворення всієї сукупності атрибутивних відносин [13, с. 127; 14, с. 238].

Після того, як категорія "нормативне поле" сформульована, дозволимо собі перейти до зазначення мети статті – зафіксувати психологічні проблеми, пов'язані з існуванням стійких субкультур у сучасному нормативному полі. Завдання роботи – розкрити психологічний зміст нормативного поля через співвіднесення правової норми з моральними поняттями й моральними цінностями.

Р.Декарт описав декілька правил моралі. Про одне з них читаємо: "Моїм третім правилом було прагнення завжди перемагати скоріше себе, ніж долю, і змінювати скоріше свої бажання, аніж порядок світу, і взагалі привчати себе до думки, що немає нічого такого, що було б цілком у нашій владі, крім наших думок; так що після того, як ми зробили все, що могли стосовно зовнішніх для нас речей, усе те, що нам не вдалося, є для нас уже абсолютно неможливим. Одного цього, здавалося, досить, щоб перешкодити мені в майбутньому бажати чого-небудь недосяжного для мене й у такий спосіб зробити мене задоволеним, тому що наша воля, звичайно, прагне бажати того, що, по нашому розумінню, так чи інакше можливо" [4, с. 277, 278].

Таким чином, особистість рефлексує норми й ментально взаємодіє з нормативним полем: є люди, які підлаштовуються під уже існуючі норми, а є такі, які хочуть змінювати нормативне поле під себе. Останні прагнуть знищити абсолютність норми, тому що саме ці загальнолюдські норми заважають перекроїти нормативне поле під свій індивідуальний розмір. Ця тенденція до стирання абсолютних норм сьогодні

простежується у всіх сферах як суспільного, так і особистого життя. Приклад тому – міркування про те, що необхідно розмежовувати політичну і приватну моралі, що свідчить, абсолютів у політичному житті явно бракує. Не варто навіть доводити (як це робить О.В. Гаман-Голутвіна), що феномени політики й моралі різко розрізняються за своїми змістовними і функціональними особливостям; однак неможливо погодитись із тим висновком, який вона робить. Якщо суть моралі полягає в непорушності раз і назавжди встановлених норм і цінностей, націлених на приборкування егоїстичної природи людини, то в політиці константою є не ідеал, а інтерес. Звідси, на думку О.В. Гаман-Голутвіної, мірилом моральності в політиці виступає її відповідність національно-державним інтересам. Виходить, що легко виправдати фашистську агресію, військову демонстрацію сили, що знищують мирних жителів, колоніальну політику та інше саме національно-державними інтересами. За її положенням, політичну мораль, на відміну від моралі приватної, є ситуативною, не допускаючою апріорних рішень. Іншими словами, насильство існує, а яка його припустима міра – відповідь на це питання можливе лише в конкретному тексті: дії, осуджувані в одних ситуаціях як агресія, в інших можуть визнаватися як моральні. Отакий результат стирання абсолютності норми, який призводить до подвійних стандартів. Поняття доцільності й ситуативної користі зовсім витиснули із суспільної свідомості уяви про обов'язок, справедливість, чесність, моральні норми як в особистому житті, так і в суспільному, актуалізувавши в ньому аморальні й цинічні цінності "суспільства споживання" [3, с. 17].

Сьогодні поняттям "нормативне поле" охоплюється великий спектр проблем людини, її індивідуального, соціального й духовного існування. На наш погляд, інтерес до нормативного поля пояснюється поширеним виникненням субкультур. Поки простір норм однорідний, він не виділяється і, мабуть, не рефлексується. Як тільки протиставляються інші норми, відразу ж починаємо вести мову про простір нормативного існування.

Теорія субкультур – один із засобів опису явищ культурної диференціації сучасного суспільства. У даний час існують також інші терміни для позначення тієї ж реальності: неформали, контркультура, андеграунд, громадські рухи, локальні мережі, соціальні групи, життєвий стиль тощо. Т.Б. Щепанська вважає, що кожне з таких визначень припускає акцент на одному боці досліджуваного явища: на символіці, атрибутіці, ідеології (теорія життєвих стилів), внутрішній структурі співтовариств і типах міжособистісних зв'язків (теорія й метод соціальних мереж), місці в ієрархічній структурі соціуму (теорія соціальної стратифікації), соціальної активності і впливу на цю структуру (теорія суспільних рухів, контркультури тощо) [24, с. 190].

Залучаючи критерій логічної демаркації – необхідну й достатню ознаку антиномій як необхідних протиріч (що дозволяє відрізнити їх від протиріч-помилки), погодимося, що визначення субкультури охоплює практично всі перелічені аспекти й базується на фундаментальному понятті "культура". Сфера екстернальної культури включає взагалі безліч різних субкультур: кримінальну [17, с. 138], богемну, елітарну, наркомафіозну; релігіознавцями сьогодні вводиться категорія „субкультура сатанистської молоді” [7, с. 9]; у мережах Інтернету все наполегливіше говорять про кіберкультуру як субкультуру віртуальної реальності, і т.д.

Усі вони екстернальні в тій мірі, у якій їх внутрішні цінності протиставлені загальноприйнятним у суспільстві. Ці субкультури поєднує те, що всі вони – локальні комунікативні системи, що знаходяться поза рамками основної мережі, – тієї, що визначає державний устрій. Екстернальні культури існували і існують в різних суспільствах: ранні християни були екстерналами в Римській імперії, у середньовічній

Європі – це численні ереси. І в цьому сенсі дивує спроба Л.В. Анучіної й О.А. Стасевської тлумачити субкультуру винятково як локально-професійне співтовариство, яке ніяк не протиставляє себе загальноприйнятим нормам, а вказує на власне сприйняття світу внаслідок сформованих професійних стереотипів [1, с. 11].

Акцентуючи увагу на професійній субкультурі, дослідник просто змушений звернути увагу на розходження їх положення в системі соціальних інститутів, що неминує призводить до вичленювання множинності інших непрофесійних субкультур. Так, М. Фуко, міркуючи про появу низки соціальних інститутів нового часу, що тягне за собою виникнення професійних субкультур, заснованих на статусі професіонала (лікаря, психіатра, тюремного наглядача) як власника права впливати на об'єкт, логічно протиставляє його субкультуру з іншими субкультурами, що сформувалися за статевим, віковим або протестному принципі [Див.: 18-20]. Він же стверджує, що логіка професійних субкультур – це логіка влади, її досягнення, утримання і здійснення. Субкультури керованих груп (що виступають у ролі "клієнтів") мають протилежну спрямованість. Блокування влади, трансльованої соціальним інститутом – їх пафос, підкріплений міфологією й символікою "відходу", символічним зниженням, деконструкцією статусу професіонала та їм подібними засобами.

Екстернальні культури акумулюють певні норми й символіку. Якщо основна культура – це ті норми й символи, що становлять собою основний принцип упорядкування відповідного суспільства, то в екстернальні стікається все, що залишилося поза нормами цього суспільства. Взаємообов'язки між основною й екстернальною культурами (або суспільною свідомістю і груповими цінностями) можуть бути різні. Іншими словами, система "основна – екстернальна культура" може переживати декілька станів. На думку Т.Б. Щепанської, їх три: як вона їх називає, це "ізолят", "джерело", "інверсія" – відповідно до ролі екстернальної сфери.

Коли суспільство перебуває у стабільному стані, то все, що протиставляється домінуючим цінностям, представлено екстернальною культурою і практично не проникає у традиціоналістське суспільство. У такі часи підхід до вивчення "неформалів" відповідний: хіппі, панки, інші рухи вивчалися в період, що зветься тепер "застоем", в основному в рамках кримінології, психіатрії, тобто дисциплін, що займаються відхиленнями і спрямовані на пошук шляхів "нормалізації" або ізоляції досліджуваних явищ. Саме цю модель відносин назвали "ізолят" – поведінка, що зовсім не вписується в основну культуру [24, с. 189].

У періоди соціальних змін ставлення до субкультури змінюється. З початком перебудови серед вітчизняних дослідників (а в західних учених подібні думки виникали ще раніше) з'являються концепції, що розглядають тих же хіппі як джерело нових цінностей, як модель майбутнього розвитку, скажімо, подолання екологічної кризи. Прикладом тому може бути конференція з проблем молоді, що відбулася у Філадельфії в 1982 р. й називалася "Абсолютные ценности и создание нового мира". У журналі "Вопросы философии" наприкінці 80-х років розгорнулася дискусія на тему: "Молодёжь в современном мире: проблемы и суждения", де протест молоді проти домінуючої культури оцінювався вже не як девіантна поведінка або проблема насильства, а як роль культуротворчості молоді, яку вона здобуває в періоди суспільних змін. І це вже розглядається не як вікова група, а як нове покоління.

У такі часи норми й цінності попередніх поколінь заходять у гостру суперечність зі зміною суспільної реальності, але продовжують зберігати пануюче становище. Звідси докори дітей в облудності й лицемірстві батьків, неприйняття подвійних стандартів. Саме ця ситуація усвідомлюється молодими в понятті "конфлікт поколінь". Цю модель

відносин, коли основна, пануюча культура звертається до екстернальної в пошуках нових цінностей, можна визначити як "джерело". Нарешті настає момент, коли основна й екстернальна культури міняються місцями. На попередньому етапі ("джерело") екстернальні цінності проникали в синхронну систему зв'язків й перебудовували її, забезпечуючи реакцію суспільства на зміни в середовищі. Але потім ця нова інформація закріплюється, одержуючи можливість передаватися в часі. Те, що було нормами й символами відчужуваної культури, стає підґрунтям нового принципу впорядкування суспільства, а колишні основні цінності йдуть у небуття. Це і є момент інверсії, коли нові моделі й ідеї проникають у систему вертикальних, тимчасових, зв'язків – у традицію. Система спостерігається в період, коли вона ще майже цілком була "ізолятом" (хоча вже з'являються ознаки перетворення її на "джерело" нових цінностей). Тепер, коли цінності, що становили ядро системного світогляду, частково сприйняті сферою загальноприйнятого, контркультура не зникла, а одержала суспільне визнання.

Рамки статті не дозволяють докладніше деталізувати структуру окремих субкультур, але з усього наведеного можна зробити наступні висновки:

1. Категорія "нормативне поле" – це ніяк не псевдопоняття. Введення його в наукову термінологію логічно визначено як станом масової свідомості, так і об'єктивними процесами, що відбуваються в суспільстві.

2. Актуальність дослідження нормативного поля пов'язана з наявністю в суспільстві множинності субкультур.

3. Конфліктуючі системи цінностей субкультур викликають появу в нормативному полі суперечних ціннісних структур, що на психологічному рівні вимагає активного самовизначення особистості.

4. Взаємодія між суспільними і груповими цінностями, коливання і зміни структурних зв'язків підтверджує визначення нормативного поля як ієрархізованої системи, що самоорганізується.

Список літератури: 1. *Анучина Л.В., Стасевская О.А.* Субкультура юриста в системе культуры украинского общества: генезис и становление // Вісн. Харків. Держ. академії дизайну і мистецтв: Зб. наук. пр. / За ред. Даниленка В.Я. – Х.: ХДАДМ, – 2006. – № 1. – С. 8-14. 2. *Байтин М.И.* О некоторых коллизиях в сфере правового поля России и путях их разрешения // Право и политика. – 2004. – № 9. – С. 4-9. 3. *Гаман-Голутвина О.В.* О столкновении морального и нравственного начал в российской политике // Полис. – 2005. – № 3 – С. 15-18. 4. *Декарт Р.* Рассуждение о методе // Декарт Р. Избранные произведения. – М.: Госполитиздат, 1950. – С. 257-318. 5. Донецкий филиал ОАО "Укртелком". – Новости – <http://www.donetsk.ukrtelecom.ua/ua/news/printing.php?ymd>. 6. *Зельберг С.* К организации внутреннего правового поля крупной интегрированной корпорации // Рос. экон. журн. – 2003. – № 3. – С. 90-94. 7. *Истомин Ю.* Сон души рождает чудовищ // Мир: Правосл. газ. для всей семьи. – 2006. – № 22 (96). – С. 9. 8. *Карнап Р.* Преодоление метафизики логическим анализом языка // Вестн. МГУ. – Сер. 7: Философия. – 1993. – № 6. – С. 11-26. 9. *Левада Ю.А.* Homo Post-Soveticus // Обществ. науки и современность. – 2000. – № 6. – С. 5-24. 10. Лидер ХЛПУ Леонид Черновецкий обнаружил в правовом поле Украины махровый по своей коммунистичности Закон и требует его отменить // <http://www.hlpu.org.ua> – 26/05/2005.17:35. 11. *Лойко П.Ф.* К проблеме создания инфраструктуры ипотечного кредитования под залог земли // Недвижимость и инвестиции: Правовое регулирование. – 2002. – № 4 (13). – С. 12-20. 12. *Меркулов Г.* Правовое поле Public Relations "не пахано" // Советник. – 2004. – № 7. – С. 28, 29. 13. *Невельская-Гордеева Е.П.* Нормативное поле как система // Философия и

будущее цивилизации: Тез. докл. и выст. IV Рос. филос. конгресса (Москва, 24-28 мая 2005): В 5-ти т. – Т. 5. – М.: Совр. тетради, 2005. – С. 126-127. **14.** *Невельская-Гордеева Е.П.* Системные свойства правового и нормативного полей // Демократичні цінності, громадянське суспільство і держава // Матеріали Х111 Харків. Між нар. Сквородинівських читань. – Х.: Прометей-Прес, 2005. – С. 236-238. **15.** Право власності на промислові відходи та його реалізація в сучасному законодавчо-нормативному полі: 3б. матер. конф. [29-31 трав. 2001 р., м. Ялта] // Ком. пром. політики України: Центр "Технології охорони довкілля та медицини" т-ва "Знання" України. – К.: Т-во "Знання" України. – 2001. – 42 [1] с. **16.** Проект "Бизнес, власть, общественность и СМИ в российской благотворительности" // feedbackgroup.narod.ru/findman/project.htm. 10.03.2004. **17.** *Соколов К.* Криминальная субкультура // Художественная жизнь современного общества: В 2-х т. – Т. 1.: Субкультуры и этносы в художественной жизни. – СПб., 1996. – С. 138-151. **18.** *Фуко М.* Рождение клиники. – М.: Смысл. – 1998. – 325 с. **19.** Фуко М. История безумия в классическую эпоху. – СПб.: Университ. книга, 1997. – 222 с. **20.** *Фуко М.* Надзирать и наказывать: Рождение тюрьмы. – М.: Изд-во "Ad Marginem", 1999. – 298 с. **21.** *Шведчикова Т.* Оцінка правового поля функціонування сфери товарного обігу в Україні // Підприємництво. – 2003.– № 8. – С. 15-18. **22.** *Шувалова Н.* Правовое поле документа // Служба кадров и персонал. – 2004. – № 5. – С. 81-84; № 6. – С. 87-91. **23.** *Щепанская Т.Б.* Антропология профессий // Журн. социологии и социал. антропологии. – 2003. – Т. VI. – №1 (21). – С. 139-161. **24.** *Щепанская Т.Б.* Субкультуры // Современный городской фольклор. – М.: Рос. гос. гуманитар. ун-т, Ин-т высш. гуманитар. исслед. [редкол.: А.Ф. Белоусов и др.], 2003. – С. 187-236. **25.** Офіційний сайт Верховної Ради України. – http://www.rada.gov.ua/zakon/skl3/BUL144/61_2.htm.

Надійшла до редакції 01.11.2006 р.

УДК.340.12

С.Э. Зархина, канд. юрид. наук

Национальная юридическая академия Украины

имени Ярослава Мудрого, г. Харьков

ПРОБЛЕМЫ ЯЗЫКА В КЛАССИЧЕСКОЙ НЕМЕЦКОЙ ФИЛОСОФИИ ПРАВА

Проблематика языка права в последние десятилетия стала предметом интенсивных исследований как в Украине, так и за рубежом. Тем не менее историческое развитие этих исследований довольно редко становилось предметом систематического анализа. Цель данной статьи – рассмотреть под этим углом зрения философско-правовые работы основоположников классической немецкой философии права и уточнить их реальную роль в становлении современной юрислингвистики.

Отметим, что вопросы философии языка в теоретическом наследии классических немецких философов И. Канта, И. Фихте, Ф. Шеллинга и Г. Гегеля занимают относительно малое и далеко не самое важное место. Г. Шпет даже связывал причину этого обстоятельства с абстрактно-спекулятивным характером философствования, который был задан всей немецкой классике И. Кантом. «Не потому ли понятия рассудка оказываются пустыми, понятиями без смысла, без понимания, что Кант с самого начала изображает рассудок немим, бессловесным?» [18, с. 28] Эта резкая оценка

представляется не совсем справедливой, по крайней мере в той части, что Кант и его последователи вообще не считались с феноменом языка. Но для Канта главным импульсом критической философии было противостояние догматизму *системы* Лейбница-Вольфа вместе с ее трактовкой языка. И для И. Канта, и для его ближайших преемников и критиков эта сфера была всего лишь *сферой явлений*, потому-то она и не была предметом исследования преимущественно «чистых» *сущностей*. Но как только речь заходит о проблемах практического плана, и Кант, и Фихте, и Шеллинг, и Гегель вспоминают о языковой проблеме. Для подтверждения этого нашего объяснения причины отсутствия систематически развитых концепций языка в немецкой классической философии обратимся непосредственно к творчеству упомянутых мыслителей.

И. Кант в «Пролегоменах ко всякой будущей метафизике» (1783 г.), поясняет свое нежелание обращаться к лингвистическим вопросам связью здравого смысла «с популярным языком, приукрашивающим его необоснованные притязания» [15, с. 134]. Следует принять во внимание и то обстоятельство, что во времена этого ученого теоретическое языкознание еще находилось во младенческом состоянии, а диапазон общих философских рассуждений о языке уже был полностью исчерпан подходами Ф. Бэкона, Т. Гоббса, Д. Локка и Г. Лейбница. Но возможно, что как раз именно Канту теоретическое языкознание и обязано общим указанием на возможности своего становления и развития. Во всяком случае соответствующая деятельность Я. Гамана, Й. Гердера, братьев Шлегелей, Ф. Шлейермахера, Я. Гримма, В. фон Гумбольдта объективно осуществлялась как раз в указанном этим философом направлении к созданию общей конкретно-научной теории языка, хотя этого не признавали ее основоположники, а сам Кант не претендовал на роль их ментора.

«... Отыскание в обыденном познании тех понятий, которые не основываются ни на каком особенном опыте и тем не менее встречаются во всяком опытном познании, составляя как бы одну лишь форму связи, предполагает так же мало размышления и понимания, как и отыскивания в каком-нибудь языке правил действительного употребления слов вообще и, следовательно, собирание элементов грамматики ..., будучи, однако, не в состоянии указать причину, почему каждый язык имеет именно это, а не другое формальное качество и, еще менее, почему имеется именно столько – не больше и не меньше – такого рода формальных определений языка» [15, с. 143]. В области же чисто спекулятивно-философской, считал Кант, мы слишком часто и неоправданно «допускаем *символический* антропоморфизм, который на деле касается лишь языка, а не объекта» [15, с. 181]. Как мы увидим далее на примере Гегеля, Кант был недалек от истины: антропоморфизм и гипостазирование абстракций стали атрибутом метафизических спекуляций по поводу языка.

Повидимому, Г. Шпет был далеко не первым, кто критиковал Канта за тяжеловесный и трудный для восприятия язык. Не случайно в начале «Критики практического разума» (1788 г.) Кант разъясняет свою позицию следующим образом: «В этом исследовании я не опасюсь упрека в том, что хочу вводить *новый язык*, так как способ познания здесь сам собой становится близким к популярности.. ...Но пока те мысли (т.е. его собственные – С.З.) существуют, я очень сомневаюсь, чтобы было возможно найти для них соответствующие и, однако, более употребительные термины» [14, с. 321, 322].

Хотя Кант имел в виду прежде всего свою критическую философию, тем не менее, его мысль *mutatis mutandis* справедлива для любого теоретического языка: всякие терминологические новшества должны быть оправданы новизной предмета, вводимого в теоретический (а в нашем случае еще и в законодательный) дискурс. Применительно к

теме нашего исследования мы можем заключить, что введение новых терминов мотивируется не только появлением новых объектов, но и новыми уровнями их познания и фиксации.

В философии Ф. Шеллинга проблемы языка также рассматривается чисто эпизодически, поскольку «язык взят из отражений и создан рассудком» [16, с. 562]. Но у философа появляется новый мощный мотив – связь языка со становлением народа и народного самосознания. «... Язык определяется тогда, когда народ решает стать народом. До тех пор, пока народ пребывает в кризисе, т.е. в становлении, язык его текуч, подвижен, не вполне отделен от других» [17, с. 251]. Согласно его утверждению, человек является лишь в той мере человеком, в какой он способен обладать всеобщим, выходящим за пределы своей единичности сознанием, и язык является способом выхода за пределы этой единичности в сферу всеобщего сознания [17, с. 254]. Языком можно пользоваться, можно расширять его и отчасти даже обогащать индивидуальными изобретениями. «Однако основа его такова, что на нее даже не распространялись человеческие изобретения и воля, все это не сделано человеком» [17, с. 348]. Как видим, Ф. Шеллинг еще учитывал мнение Канта о недопустимости антропификации языка.

В наследии Г. Гегеля мы впервые в немецкой классике встречаемся с попытками вписать размышления о языке в контекст систематически развитой философии права. Эти попытки заметны уже в ранний (иенский) период формирования его системы. Так, в сочинении «О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве» (1802 г.) он писал: «В языке содержится указание ... (которое обычно игнорируется...), что в самой природе абсолютной нравственности заложено ее свойство быть всеобщей, н р а в а м и ...» [3, с. 250, 251].

Тематически примыкающая к этому трактату рукопись «Система нравственности» (конец 1802 – начало 1803 гг.) содержит набросок логико-онтологического подхода к языку и речи, развернутый в его более поздних произведениях, в том числе и в «Философии права». Говоря о взаимодействии между миром природы и человеческим разумом, Гегель писал: «Этот идеализированный разумный средний термин есть р е ч ь, орудие разума, дитя интеллигентного существа. Субстанция речи подобна ребенку, самая неопределенная, самая чистая, самая отрицательная ..., и ... способная на все формы; ее реальность полностью поглощена идеальностью, и в то же время она индивидуализирована: она имеет форму, или реальность, она есть субъект, для себя сущее, этим она должна отличаться от формального понятия, для которого речью является объективность как таковая...» [1, с. 291]. Тяжеловесная структура процитированного предложения делает совершенно непрозрачной и недоступной пониманию не только для «среднего» читателя, но и для профессионального философа не очень сложную мысль, которую встречаем через две страницы: «...посредством звуковой речи внутреннее непосредственно выступает в своей определенности» [1, с. 293].

По сравнению с Кантом и Шеллингом Гегель совершил кардинальный поворот к языку как ключу к сущности не только и даже не столько объективного мира, а к сущности самого субъекта, к его *Я*. В этом понимании язык рассматривается как *именующая сила*, «полагающая внутреннее как *сущее*. Теперь перед нами истинное бытие духа как духа вообще» [6, с. 291].

Гегель переосмысливает традиционный сюжет изобретения языка Адамом и описывает не столько процесс именованья, сколько открытия вещи субъектом через процесс именованья. «...Через имя предмет рожден внутри *Я* как *сущий*. Это – первая

творческая сила духа. Адам дал имя всем вещам. Это право высшей власти и первое вступление во владение целой природой или творение ее изнутри духа. Logos [есть] разум, *сущность* вещей в речи, *вещь* и *вещание*, категория. Человек глаголет вещи как вещи *свои* и живет в духовной природе, в своем мире, и это есть *бытие* предмета» [6, с. 292].

Здесь не место рассматривать спекулятивные детали феноменологической диалектики становления *Я* через самоотрицание и снятие наличного бытия сначала вещей, а затем и самого субъекта в процессе именованья. Кратко она подытожена самим Гегелем: «В имени (оно) [стало] только *бытием*, которому противостоит для-себя-бытие, или имя еще произвольно, единично – *вещь*, *рассудок*, *необходимость* – *вещь* как *простая* всеобщность, *необходимость* как *самодвижение*» [6, с. 298]. Хотя эта виртуозная эквилибристика и непродуктивна для дальнейшего прямого приложения к исследованию языка права, тем не менее она показательна для последующего развития представлений Гегеля о языке.

Уже в ранний период творчества философ вполне определенно занял этатистскую позицию по отношению к вопросам государственно-правового регулирования духовной жизни общества, в частности, языка. В неоконченной рукописи «Конституция Германии» (1798-1803 гг.) он писал: «... В соответствии с государственными теориями, которые в наши дни разрабатываются так называемыми философами и провозвестниками прав человека или реализуются в виде грандиозных политических экспериментов, все то, что мы исключили из необходимого понятия государственной власти (кроме самого главного – языка, культуры, нравов и религии) подчинено непосредственной деятельности государственной власти... Не подлежит сомнению, что высшая государственная власть должна осуществлять верховный контроль над вышеперечисленными сторонами жизни народа» [2, с. 81, 82].

Более понятным и прогрессивным был тезис Гегеля о значении национального языка для становления народа как политической и цивилизованной нации, созвучный с современными усилиями укрепления украинской государственности наряду с другими мерами также посредством языка. Среди афоризмов иенского периода есть весьма радикальное положение: «Один из высших факторов образования – говорить на *своем* языке. Народ принадлежит самому себе. Долой все чужое вплоть до латинских букв!» [5, с. 547]. Развивая эту мысль, в своей речи как директора гимназии 30 сентября 1809 г. Гегель говорил: «... Нельзя считать образованным народ, который не может выразить всех сокровищ науки и свободно оперировать с любым содержанием на своем собственном языке. Той проникновенности, с которой принадлежит нам наш собственный язык, нет в знаниях, данных нам только на чужом языке; они отделены от нас перегородкой, которая не позволяет им быть своими для духа» [9, с. 400].

Именно с этой национально-просветительской целью Гегель читал в своей гимназии философскую пропедевтику. Причем ее вводную часть «Учение о праве, долге и религии» он счел необходимым начать с популярного изложения своей концепции именованья как исходной фазы становления человеческого отношения к действительности. «Язык – величайшая сила в человеческом обществе. ... Язык – это умерщвление чувственного мира» [11, с. 192].

Традиционно считается, что «Феноменология духа» является самым трудным сочинением Гегеля. Однако по сравнению с прежними его работами феноменологические рассуждения о языке обладают большей не только прозрачностью, но и эвристической ценностью. Для юридической семиотики принципиально важно его утверждение о связи между смыслом и формой высказывания: «... Форма предложения

есть явление определенного смысла или акцент, которым различается его наполнение» [10, с. 34]. Не менее важно различение *чужого* и *собственного* смысла речи [10, с. 106]. В этой работе намечается аналитическая линия, трассирующая от абстрактного господства духа над «царством имен» к вполне определенному политико-правовому институту государственной власти. «Язык... есть дух, который в самой *государственной власти* ... рефлектирует в себя абстрактную власть..., ... это *единичное действительное* самосознание благодаря этому достигает того, что оно *достоверно* знает себя как власть. Эта власть есть та точка самости, в которую благодаря отрешению от *внутренней достоверности* сливается множество точек» [10, с. 275].

Кульминацией феноменологии языка является обретение тождества языка и духа: «... Мы снова встречаемся с языком как наличным бытием духа. Он есть сущее для других самосознание... Содержание, которое здесь приобрел язык, ... есть дух, возвратившийся в себя, достоверно знающий себя и в своей самости – свою истину... Язык нравственного духа есть закон, и простое повеление, и жалоба, которая в большей мере есть слеза, пролитая по поводу необходимости» [10, с. 350]. Гегель вполне определенно указывает на язык не только как на орудие коммуникации или квази-логический «средний термин», а как на субстрат закона, инструмент господства и власти, т.е. всего того, что является существенно необходимым для политико-правового дискурса.

В дальнейших работах («Энциклопедия философских наук», «Наука логики») философ всесторонне развивает и углубляет спекулятивный анализ языка и речи. Основной акцент делается на всеобщности выраженного языком содержания [12, с. 114], на том, что язык представляет собой как бы «тело мышления» [12, с. 320], что он «есть ...то чувственно-нечувственное, через все расширяющееся знание которого дух ...все больше возвышается над чувственным, единичным, поднимаясь к всеобщему, к мышлению» [13, с. 87].

В «Энциклопедии философских наук» показана двойственная функция языка, который в одинаковой мере способен «служить как сокрытию, так и обнаружению человеческих мыслей» [13, с. 216]. Мыслителя мало интересует здесь собственно семиотическая сторона вопроса, которая считается им формальной. «*Формальная* сторона языка есть, однако, дело рассудка, который запечатлевает в нем свои категории; этот логический инстинкт порождает их грамматическую сторону» [13, с. 296].

Квинтэссенция гегелевской феноменологии языка выражена в следующих высказываниях из «Науки логики»: «Формы мысли выявляются и отлагаются прежде всего в языке.... Во все, что для человека становится чем-то внутренним, вообще представлением, проник язык, а все то, что он превращает в язык и выражает в языке, содержит, вскрытом ли, спутанном или более разработанном виде, некоторую категорию; в такой мере естественно для него логическое, или, правильнее сказать, последнее есть сама присущая ему *природа*. Но если противопоставлять природу вообще как физическое духовному, то следовало бы сказать, что логическое есть, вернее, сверхприродное, проникающее во все естественные отношения человека, в его чувства, созерцания, вожделения, потребности, влечения и тем только и превращающее их, хотя лишь формально, в нечто человеческое, в представления и цели» [7, с. 82].

В «Науке логики» мы находим важное методологическое положение о взаимосвязи языка философии и повседневного языка, которое мы можем по аналогии распространить и на сферу языка права. «С выбранным из языка повседневной жизни словом и в этой жизни связывают то же понятие, для [обозначения] которого его употребляет философия; ведь повседневная жизнь имеет не понятия, а представления, и сама философия должна познать понятие того, что вне ее есть только представление» [8,

с. 156]. Это положение принципиально важно для понимания позиции Гегеля в отношении собственно философско-правовых моментов языковой деятельности.

Так, уже в первых главах «Философии права» (1820 г.) он писал: «В философском познании главным является *необходимость* понятия, а движение, в ходе которого оно становится *результатом*, составляют его доказательство и дедукцию. Поскольку таким образом его *содержание* для себя необходимо, только затем следует обратить внимание на то, что соответствует ему в представлениях и языке» [4, с. 60]. Итак, согласно Гегелю, последовательность теоретического анализа понятия заключается в переходе от установления необходимых элементов содержания к языковой форме его закрепления в слове или выражении. Именно на основании анализа «многообразия вызывающих интерес определений и предметов развивается теоретическая *культура* ... формирование рассудка вообще, а вместе с тем и языка» [4, с. 239]. Рассматривая в связи с вопросом о правовом регулировании свободы слова язык юридической науки, Гегель указывает: поскольку любая наука вообще не находится на почве мнения и субъективных воззрений, постольку она и не пользуется в изложении своих положений «искусством применения различных оборотов, намеков, половинчатых высказываний и маскировки, а недвусмысленно определенно и открыто высказывает значение и смысл своих исследований, вследствие чего они и не подпадают под категорию того, что составляет общественное мнение» [4, с. 356].

В то же время в сфере права все же приходится считаться с общественными реалиями, в особенности с потребностями законодательного регулирования свободы высказываний и печати. Языковая проблематика из *сферы юрислингвистической* переходит в *лингвоюридическую сферу* правового реагирования как на нормальное состояние общественного мнения, так и на возможные оскорбления, клевету и иные злоупотребления высказанным публично словом. «Поэтому подобно тому, как научное высказывание имеет свое право и свое обеспечение в своем материале и содержании, так и неправое высказывание может обрести обеспеченность ... в том пренебрежении, которое оно вызывает» [4, с. 357]. Гегель вообще невысоко ставит общественное мнение; для него оно в одинаковой степени заслуживает как *уважения*, так и *презрения*. Презрения – из-за его конкретного сознания и внешнего выражения, уважения – из-за его существенной основы. А так как общественное мнение не обладает «ни масштабом различения, ни способностью поднять в себе субстанциальную основу до определенного знания, то независимость от него есть первое формальное условие совершения чего-либо великого и разумного» [4, с. 354].

Тем не менее Гегель ясно видит и выгоды свободы слова для общества, поскольку она обеспечивает публичность сословных собраний как условия легитимности государственного порядка, «... поскольку в этих собраниях прежде всего выступают те, кто способен высказать основательное и связанное с высоким уровнем образованности понимание государственных интересов, другим остается сказать немного, а главное – это лишает их уверенности в том, что сказанное ими может иметь особенное значение и воздействие; и наконец, гарантией безопасности служит также равнодушие и презрение к поверхностной и злостной болтовне...» [4, с. 354, 355].

Пороком свободы слова является неизбежная девальвация публичных высказываний в случае, когда «...каждый хочет еще сказать свое слово и дать совет. Если он ... вставил свое слово, то после этого удовлетворения своей субъективности он мирится со многим» [4, с. 355]. Гегель ссылается на пример современной ему Франции, где свобода слова всегда казалась значительно менее опасной, чем безмолвие публики, «ибо последнее заставляло опасаться, что то, что люди имеют против данного дела, они будут хранить

про себя, тогда как рассуждение дает выход и удовлетворение, благодаря чему в остальном можно с большей легкостью следовать по прежнему пути» [4, с. 355]. В этих условиях законодатель, руководствуясь политическим оппортунизмом, вынужден смириться со свободой печати как свободой говорить и писать *что угодно*, аналогичной пониманию свободы вообще как свободы делать *что угодно*. Гегель считает, что такое понимание связано «с совершенно необразованным, примитивным и поверхностным представлением о свободе» [4, с. 355].

Следствием неуверенности и непоследовательности законодателя, вынужденного считаться с неопределенными требованиями публики и чисто формальными критериями допустимости тех или иных словесных выражений, является неопределенность законов, допускающих произвольные применения в зависимости от политической конъюнктуры. «Эта неопределенность материи и формы не позволяет законам достигнуть в этой области той определенности, которая требуется от закона, и так как проступок, нарушение и нарушение закона имеют здесь самую особенную, *самую субъективную* форму, то и приговор превращается в совершенно *субъективное* решение» [4, с. 355].

Именно несовершенство языка соответствующих (как и любых других) законов позволяет их обходить. «Обходить существующие в этой области законы можно поэтому, либо пользуясь их неопределенностью, либо изобретая в своих высказываниях такие обороты и формулировки, которые позволят обойти закон или объявить закон или судебный приговор субъективным суждением. Можно далее, возражая против того, что данное высказывание есть *нарушающее закон деяние*, утверждать, что оно вообще не деяние, а лишь *мнение* и *мысль* или просто *слова*» [4, с. 355, 356].

Здесь действительно имеет место коллизия – между субъективной потребностью индивида быть услышанным на публичном форуме и объективной общественной значимостью того, что он говорит: «...Речь есть высказывание, где все дело в том, действительно ли оно или нет, а это зависит от других. Оказываемое воздействие касается сначала лишь их представления, но это – осознанное представление, которое управляет поведением» [4, с. 478]. Высказывания, сделанные в публичной и особенно в политической сфере, перестают быть просто словами, сообщающими нечто о представлениях индивида. «Другая сторона заключается в том, что на представлениях основывается действительное состояние, государственный строй; таким образом, говорить – означает не просто говорить, но и действовать; если я обращаюсь к представлению, а оно создает действительность, то тем самым я содействую ее сохранению или разрушению» [4, с. 479].

Мысли Гегеля о языке и речи как предпосылках целенаправленного действия не были им развернуты в последовательную теорию. Тем не менее от них отталкивались в своих исследованиях К. Маркс и Ф. Энгельс, М. Мюллер и А. Потенция. С течением времени приоритет этого мыслителя был забыт и его постулаты стали общими, хотя их последовательное развитие может послужить основанием для современной политико-правовой философии языка.

Список литературы: 1. Гегель Г.В.Ф. Система нравственности // Гегель. Политические произведения. – М.: Наука, 1978. – С. 276-367. 2. Гегель Г.В.Ф. Конституция Германии // Гегель. Политические произведения. – М.: Наука, 1978. – С. 65-184. 3. Гегель Г.В.Ф. О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве // Гегель. Политические произведения. – М.: Наука, 1978. – С. 185-275. 4. Гегель Г.В.Ф. Философия права. – М.: Мысль, 1990. – 524 с. 5. Гегель Г.В.Ф. Афоризмы // Г.В.Ф. Гегель. Работы

разных лет в двух томах. – М.: Мысль, 1971. – Т.2. – С. 529-562. **6.** Гегель Г.В.Ф. Иенская реальная философия // Г.В.Ф. Гегель. Работы разных лет в двух томах. – М.: Мысль, 1970. – Т.1. – С. 285-386. **7.** Гегель Г.В.Ф. Наука логики. – М.: Мысль, 1970. – Т.1. – 501 с. **8.** Гегель Г.В.Ф. Наука логики. – М.: Мысль, 1970. – Т.3. 371 с. **9.** Гегель Г.В.Ф. Речи директора гимназии // Г.В.Ф. Гегель. Работы разных лет в двух томах. – М.: Мысль, 1970. – Т.1. – С. 395-406. **10.** Гегель Г.В.Ф. Система наук: ч.1: Феноменология духа. – М.: АН СССР, 1959. – 440 с. **11.** Гегель Г.В.Ф. Философская пропедевтика // Г.В.Ф. Гегель. Работы разных лет в двух томах. – М.: Мысль, 1971. – Т.2. – С. 5-20. **12.** Гегель Г.В.Ф. Энциклопедия философских наук. – Т.1: Наука логики. – М.: Мысль, 1974. – 452 с. **13.** Гегель Г.В.Ф. Энциклопедия философских наук. – Т.3: Философия духа. – М.: Мысль, 1977. – 471 с. **14.** Кант И. Критика практического разума // Кант. И. Сочинения: В 6-ти т. – М.: Мысль, 1965. – Т. 4. – Ч.1. С. 311-504. **15.** Кант И. Прологомены ко всякой будущей метафизике, могущей появиться как наука // Кант И. Сочинения: В 6-ти т. – М.: Мысль, 1965. Т. 4. Ч.1. – С. 67-218. **16.** Шеллинг Ф.В.Й. Бруно, или О божественном и природном начале вещей. Беседа // Шеллинг Ф.В.Й. Сочинения: В 2-х т. – М.: Мысль, 1987. – Т.1. – С. 490-588. **17.** Шеллинг Ф.В.Й. Введение в философию мифологии // Шеллинг Ф.В.Й. Сочинения: В 2-х т. – М.: Мысль, 1987. – Т.2. – С. 159-374. **18.** Шпет Г. Внутренняя форма слова. – М., 1927. – С. 30. (Цит. По: Рамашвили Г.В. Вильгельм фон Гумбольдт – основоположник теоретического языкознания // Гумбольдт В. Избранные труды по языкознанию. – М.: Прогресс, 1984. – С. 5-33.)

Надійшла до редакції 01.11.2006 р.

Збірник наукових праць

ПРОБЛЕМИ ЗАКОННОСТІ

Випуск 87

Відповідальний за випуск проф. *М.І. Панов*
Редактор *Г.М. Соловійова*
Коректор *Н.Г. Залюбовська*
Комп'ютерна верстка *Г.С. Полякової*

В сборнике печатаются научные статьи, посвященные актуальным проблемам правоправедения: теории и истории государства и права, конституционного и государственного строительства, гражданского, трудового, финансового, хозяйственного, административного, таможенного, экологического, уголовного права, уголовного и гражданского процессов, криминалистики, вопросам борьбы с преступностью.

Рассчитан на ученых, преподавателей, аспирантов, студентов и практических работников, интересующихся правовой тематикой.

Статьи в сборнике печатаются на языке авторов.

План 2007.

Підп. до друку 21.02.2007. Формат 84x108¹/₁₆. Папір офсетний.
Друк офсетний. Умовн. друк. арк. 11,81. Облік.-вид. арк. 12,2. Вид.
Тираж 300 прим. Зам. № Ціна договірна.

Редакція Республіканського міжвідомчого
наукового збірника "Проблеми законності"
61024, Харків, вул. Пушкінська, 77

Друкарня