

Міністерство освіти і науки України

Львівський національний університет імені Івана Франка

Юридичний факультет

Студентське наукове товариство

VIVAT JUSTITIA!

Міжнародний студентський
науково-юридичний альманах

Випуск III

Львів 2004

Рекомендовано до друку рішенням Ради Студентського наукового товариства юридичного факультету від 25.04.2004 року (протокол №89)

У пропонованій міжнародній студентській збірці, котра видається втретє, вміщено низку статей студентів юридичних навчальних закладів Польщі, Росії, України та Чехії. У цих статтях висвітлюються деякі актуальні проблеми сучасного правознавства та державно-юридичного регулювання.

Рецензенти:

Теорія держави і права – *професор П.Рабінович, асистент Д. Гудима*

Історія держави та права – *професор Б. Тищик*

Цивільне право – *асистент В. Цікало*

Цивільний процес – *доцент О. Угриновська*

Конституційне право – *доцент І. Заяць*

Фінансове право – *доцент І. Заверуха, старший викладач В. Косаняк*

Кримінальне право – *доцент Л. Брич*

Криміналістика – *доцент І. Когутич*

Міжнародне приватне право – *доцент В. Гринчак*

Кримінально-процесуальне право – *доцент В. Бойко, асистент А. Маланюк*

Редакційна колегія:

Н. Бучковська (головний редактор), О. Катола, Ю. Сеньків, Р. Сивий, Ю. Царик,

Переклад іншомовних текстів: *Т. Дудаш, Х. Гершензон*

Консультування з перекладу та редарування англійського тексту: *доцент Л.Мисик*

Рада студентського наукового товариства висловлює щирі вдячність декану юридичного факультету ЛНУ імені І. Франка – доценту А.М. Бойку, без підтримки якого дане видання навряд чи було б можливе.

Слово до читача

Два роки тому, вперше в історії юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка, розпочалося видання періодичних збірок міжнародного студентського науково-юридичного альманаху "Vivat justitia!"

Їх унікальність зумовлювалась не тільки досить високим науковим рівнем і багатомовністю вміщених у них матеріалів, але й, можна сказати, європейською "географією" тих країн, в університетах яких вчилися тоді їх автори. Тому не випадково ця яскрава подія у студентському науковому житті України дістала схвальну оцінку на сторінках вітчизняної юридичної преси ("Юридичний вісник України", 26.06.2002; "Право України", 2002, №9; "Вісник Академії правових наук", 2003, №4).

Публікація нинішнього – третього – випуску згаданого видання дає підставу стверджувати, що воно вже стало справді систематичним, "триваючим". Польща, Росія, Україна, Чехія – ось країни, з яких представлені студентські статті, вміщені у цьому випуску. І це, мабуть, – одне із вагомих свідчень неабиякої авторитетності й привабливості наукових шкіл юридичного факультету ЛНУ ім. І.Франка не тільки у вітчизняному, але й у зарубіжному середовищі студентів-юристів, переконливим показником зростаючої ефективності роботи Ради Студентського наукового товариства нашого факультету.

Поздоровляю співавторів цієї збірки з важливим кроком на шляху їх становлення як фахівців-дослідників у галузі правознавства. І хочу побажати їм – та й усім іншим активістам студентської наукової роботи – подальших успіхів на цьому тривалому, нелегкому, але щасливому шляху.

Декан юридичного факультету

Львівського національного університету

імені Івана Франка,

кандидат юридичних наук, доцент



А. Бойко

Розділ I

Теорія прав людини

С. Геве́рць

Україна

Одеська національна юридична академія

Науковий керівник – проф. Ю. Оборотов

ПРИЙНЯТТЯ ХАРТІЇ ОСНОВНИХ ПРАВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ – НОВИЙ ЕТАП У РОЗВИТКУ ПРАВ ЛЮДИНИ

Серед усіх джерел прав людини пріоритетне значення для розвитку Європейського Союзу має Конвенція Ради Європи про захист прав людини та основних свобод 1950 р. (далі – Конвенція). Справа полягає не тільки в історичній та географічній єдності ЄС та Ради Європи. Важливим чинником є змістовність цього документа, висока юридична техніка, що дозволила їй доказати свою ефективність на практиці. У зв'язку з цим Суд ЄС підкреслював особливе місце Конвенції у якості головного джерела прав та свобод особистості у Європейському Союзі, і ця доктрина в 1992 р. була сприйнята в Установчому договорі ЄС. Згідно зі ст.6 (п.2) цього договору: "Союз поважає права і свободи людини, що були гарантовані... Європейською Конвенцією про захист основних прав і свобод громадян..." [1, с.18]. Таким чином, за відсутності власного "білля про права" Суд визнав у цій ролі Конвенцію. Замість того, щоб підготувати своє джерело основних прав, ЄС фактично учинив рецепцію джерела з іншої правової системи [2, с.23].

Досить швидко сумнівність такого підходу почала проявлятися у правовому регулюванні. По-перше, рецепція припускала механічне запозичення норм і не була здатна врахувати всю специфіку устрою, завдань і компетенції ЄС. По-

друге, рецеповані положення були підготовлені більш ніж півстоліття тому стосовно потреб Ради Європи. Навіть протоколи, що її доповнюють, не цілком враховують еволюцію інституту основних прав. По-третє, Конвенція не закріплює увесь комплекс прав людини. Предмет її норм – це головним чином права "першого покоління" (громадянські та політичні). Такі права, як соціальні, економічні, культурні, в Конвенції майже не представлені. Відомо, що у рамках Ради Європи ці права закріплені в Європейській соціальній хартії, але цей документ має рамковий і програмний характер. У зв'язку з цим рецепція даних положень не була здійснена, хоча вона згадується в установчих договорах.

Неповнота Конвенції – одна з головних причин, що спонукала Союз почати розробку Хартії основних прав. Інша причина полягає у неможливості використання ЄС механізму гарантування прав. Центральним елементом цього механізму є Європейський суд з прав людини (далі – Євросуд) у Страсбурзі, заснований Конвенцією для її реалізації. Кожна особа, права якої, визнані Конвенцією, порушені, може після проходження всіх етапів судового оскарження у відповідній державі апелювати до Євросуду. Ця процедура використовується в усіх випадках, коли основні права порушуються державами в якості "Високих Договірних Сторін" Конвенції. Якщо порушником виступає ЄС, то її застосування стає неможливим, тому що Союз не є стороною Конвенції, а держави-члени не несуть відповідальності за дії і рішення союзних інститутів. У подібному випадку зацікавленій особі необхідно звертатися в судові інстанції самого Європейського Союзу – Суд Європейських співтовариств або спочатку в Суд першої інстанції (із правом касаційного оскарження в Суді ЄС). Юрисдикція цих судів розглядати справи на підставі Конвенції передбачена Договором про ЄС (п."з" ст.46). У результаті охорону тих самих прав забезпечують дві різні системи європейських судів, що розрізняються не тільки місцезнаходженням, а й юрисдикцією, процедурами і т. д. Залежно від того, ким порушені конвенційні права – національною або наднаціональною владою, залежить, куди треба звертатися за захистом – у Страсбург чи до судів ЄС у Люксембург. Застосування Конвенції значною мірою залежить від того, як інтерпретуються її норми в правозастосовчій практиці. Тлумачення Конвенції дає Євросуд. Більш того, він створив і розвиває на базі Конвенції прецедентне право, що вважається обов'язковим для національних судів. Однак суди ЄС не зв'язані рішеннями Євросуду. Вони дають власне тлумачення Конвенції, що не завжди збігається з позицією Євросуду та підриває єдність правозастосовчої практики. Найкращим способом вирішити проблему ЄС була б розробка власного джерела, що стало б доступним для рядових громадян; це не тільки відповідає Конвенції, а й охоплювало б усю сукупність основних прав і свобод; відтворювало б новітні тенденції у розвитку інституту основних прав за підсумками ХХ ст.

У 1999 р. було прийняте рішення про підготовку Хартії ЄС про основні права. Очевидно, що тексти, сформульовані в Хартії, належать до правового порядку ЄС. Тексти, запозичені з Конвенції або Європейської соціальної хартії, не можуть вважатися джерелами іншого правового порядку, що зберігають свій первісний нормативний характер і нормативну силу не як джерела права ЄС, а як зовнішні джерела в рамках Хартії [3, с.14].

Хартію основних прав Союзу було прийнято у грудні 2000 р. у м. Ніцца разом із прийняттям Ніцького договору, який завершив процес інституційного реформування ЄС та згідно з яким передбачається розширення ЄС. Звичайно, зміцнення інституційного та політико-економічного фундаменту ЄС не може існувати окремо від забезпечення належного рівня захисту прав людини.

Предмет Хартії складають основні права особистості в усіх сферах громадського життя. Хартія регулює взаємини людей та їх об'єднань як один з одним (у рамках громадянського суспільства), так і з державою, а також з іншими носіями публічної влади. Універсальність предмета Хартії є одним з головних достоїнств цього документа. Варто також відзначити, що ряд держав і міжнародних організацій використовують подвійний стандарт стосовно основних прав і свобод. Особисті і політичні права закріплюються у перших розділах основних законів та забезпечуються гарантіями. Соціально-економічні права часто не визнаються "справді основними". Конституційні норми деяких країн у цій сфері закріплюються у розділах не про основні права, а про принципи або в цілях соціальної політики (наприклад у Конституції Ірландії 1937 р. – "Основні принципи соціальної політики", ст.45) [4, с.353 – 354]. На міжнародному рівні права "першого покоління", з одного боку, і соціально-економічні права – з іншого, закріплюються у двох різних пактах ООН. Подібний дуалізм відрізняє також систему охорони прав людини в рамках Ради Європи: існують Конвенція про захист прав людини й основних свобод і Європейська соціальна хартія. Другий документ є набагато менш діючим, не користується юрисдикційним захистом наднаціональних судів. І навпаки: Хартія ЄС об'єднує усі особисті, політичні та соціально-економічні права та визнає їх у якості основних.

Особливий інтерес представляє структура Хартії. Традиційна структура "біллів про права", що також прийнята й у Конституції України, виходить із класифікації поділу прав і свобод на три категорії. Спочатку викладаються особисті права, потім – політичні, а вже згодом - соціально-економічні права. Усі ці права присутні й у Хартії, але відмінність полягає у тому, що класифіковані вони по-іншому.

1. У главі I "Гідність" закріплюються права особистості, що забезпечують можливість життєдіяльності людини в усіх сферах: право на людську гідність, на життя й ін. За своїм походженням – це "природні" права, тобто властиві кожній людині, незалежно від держави. Усі права, що утримуються в цій главі, логічно пов'язані з правом на людську гідність (ст.1). До цих прав належать право на життя (ст.2), право на недоторканість (ст.3), заборона катувань, нелюдського або принижуючого гідність поводження (ст.4). Стаття 4 значною мірою спирається на ст.3 Конвенції [5, с.540]. Окрім прав, у цьому розділі закріплено ряд заборон, які гарантують можливість здійснення усіх прав, пов'язаних із принципом поваги людської гідності. Так, закріплюється заборона на торгівлю людськими істотами (ст.5), заборона на страту (ст.2) і багато інших.

2. Другий розділ "Свободи" закріплює межі особистої свободи людини стосовно окремих сфер її життєдіяльності: свобода й особиста безпека, захист приватного і сімейного життя, свобода совісті і віросповідання й ін. Мова йде

про негативні права, тобто права на невтручання влади та інших осіб у життя людини.

3. Третій розділ "Рівність" містить статті, об'єднані завданням забезпечення рівності: рівність перед законом (ст.20), неприпустимість дискримінації (ст.21), рівність чоловіків і жінок (ст.23). Хартія виокремлює специфічних адресатів цього принципу: діти (ст.24), люди похилого віку (ст.25) та інваліди (ст.26).

4. Глава IV "Солідарність" містить 12 статей, багато з яких запозичені з Європейської соціальної хартії та з Хартії Співтовариства про основні соціальні права працівників (не має обов'язкової сили). У цій главі також отримали закріплення обов'язки органів публічної влади у соціальній сфері: у формі кореспондуючих їм соціальних прав (право на соціальну допомогу, охорону здоров'я) або загальних принципів діяльності (охорона навколишнього середовища, захист споживачів).

5. Глава V "Громадянство" з деякими доповненнями відтворює чинні з 1993 р. положення ч.2 Договору про Європейське Співтовариство "Громадянство Союзу" [8, с.54 – 56]. Тут містяться "права громадянина", тобто ті права, володіння якими пов'язано з приналежністю до громадянства ЄС: право обирати і бути обраним на виборах до Європейського Парламенту (ст.39), право на добросовісне управління (ст.41), свобода пересування і вибору місця проживання (ст.45), дипломатичний захист (ст.46). Ще одне право – це право на звернення до Омбудсмену ЄС у випадках поганого управління діяльністю установ та органів Співтовариства (ст.43) [9, с.145]. Наявність такого органу є важливою гарантією дотримання прав людини і забезпечення високого рівня захисту.

6. Глава VI "Правосуддя" складається із чотирьох статей, які закріплюють кримінально-правові та процесуальні гарантії прав і свобод: право на справедливий судовий розгляд (п.2 ст.47), право на юридичну допомогу (п.3 ст.47), принцип презумпції невинності (п.1 ст.48), принцип "non bis in idem" – ("ніхто не може бути покараний двічі за один і той же злочин") (ст.50), втілений у статті відповідно до ст.4 Протоколу №7 до Конвенції [10, с.557].

7. Остання глава – "Загальні положення" – містить норми, що визначають дію Хартії загалом, її співвідношення з іншими джерелами основних прав і свобод.

Розглянута структура Хартії є результатом нового підходу – розташування прав і свобод не за видами, а відповідно до загальних цінностей, на захист яких спрямовані ці права. Хартія змінила практику проведення розходжень між, з одного боку, громадянськими та політичними правами, з іншого боку, економічними та соціальними правами і розподіляє усі права навколо декількох головних принципів: людська гідність, основні свободи, рівність, солідарність, громадянство і правосуддя.

Прийняття Хартії є черговим свідченням подальшого вдосконалення міжнародного механізму захисту прав людини, а також є діючим інструментом захисту прав людини на європейському континенті. А той факт, що ЄС інкорпорував Хартію у проект своєї Конституції, яка склала її другу частину,

означає, що Союз підніс каталог прав, передбачений Хартією, до рівня своїх конс-титутційних норм найвищої юридичної чинності і прямої дії.

ЛІТЕРАТУРА

1. Договір про Європейський Союз // Європейський Союз: консолідовані договори. – К.: Port-royal, 1999.
2. Хартія Европейского Союза об основных правах / Под ред. С.Ю. Кашкина. – М.: Юриспруденция, 2001.
3. Райнер А.О. Хартії Європейського Союзу про основні права // Конституційне право: Східноєвропейський огляд. – 2002 . – №12.
4. Конституции государств Европейского Союза / Под. ред. Л.А. Окунькова. – М: Инфра М – Норма, 1997.
5. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 р. // Международные акты о правах человека: Сб. док. – М.,: Норма-Инфра М, 2000.
6. Европейская социальная хартия // Международные акты о правах человека: Сб. док. – М.: Норма-Инфра М, 2000.
7. Договір про Європейське Співтовариство // Європейський Союз: консолідовані договори. – К.: Port-royal, 1999.
8. Хартія основних прав Європейського Союзу // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2001. – №3.
9. Протокол №7 до Конвенції про захист прав людини й основних свобод 1950 р. // Международные акты о правах человека: сб. док. – М.: Норма-Инфра. М., 2000.

SUMMARY

The article deals with the institutionalization of the Charter on Basic Rights of the European Union in reference to its influence on the evolution of human rights. The correlation of the Charter provisions with the European Convention for Protection of Human Rights and Main Freedoms is emphasized, insofar as the structures of these documents are compared. The author dwells upon the certain aspects dealing with the activity of the European Court of Human Rights and the other institutions within the framework of the Charter.

Key words: institutionalization, the Charter on Basic Rights of the European Union, the European Court of Human Rights, the European Convention for Protection of Human Rights and Main Freedoms

Н. Бучковська

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – д. ю. н., проф. П.Рабінович

СВОБОДА СЛОВА ЯК ЦІННІСТЬ

Свобода слова як явище соціальне постала з часу виникнення людства і є його вагомою рушійною силою. Суспільство в процесі еволюції від первісного до інформаційного (де інформація є засобом виробництва і предметом праці) винаходило щораз нові засоби та способи передачі інформації. Історією доведено, що найбільш високо розвинутими в економічному та соціальному плані є ті держави, які, сповідуючи принцип вільного обігу інформації, ставлять свободу слова на найвищий щабель соціальних цінностей. Інформаційно насичений простір як результат здійснення свободи слова є, без сумніву, тим середовищем, де людська істота повною мірою може формуватися як особистість, держава – зберігати свою демократичність, нація – самобутність, а людство – мир.

Соціальна цінність свободи слова найбільш повно розкривається через її функції, тобто основні напрями впливу цієї свободи на людину і суспільство.

До таких функцій належать:

- **гносеологічна** (пізнавальна): забезпечення можливості отримання суб'єктом найбільш повної інформації про процеси та явища в суспільстві, про його права та обов'язки. Завдяки здійсненню свободи слова збагачується інформаційний простір, тобто середовище, звідки людина черпає знання. Як зазначив Л.Мемфорд, справжня цінність інформації прихована в її здатності збагачувати життя [1, с.1];
- **гарантійна**, оскільки реалізація цієї свободи робить суб'єктів обізнаними щодо своїх прав та обов'язків, шляхів та правових засобів їх захисту, є фактором запобігання правопорушень, а в разі їх вчинення робить інформацію про них надбанням громадськості, тобто стає гарантією інших прав і свобод;
- **захисна**, оскільки однією із передумов захисту порушених прав є повідомлення про таке порушення;
- **комунікативна**, оскільки шляхом здійснення свободи слова відбувається обмін інформацією, що сприяє налагодженню ефективного спілкування між усіма суб'єктами суспільства;
- **балансуюча**, оскільки свобода слова є підставою обмеження інших прав та свобод і навпаки, вона сприяє гармонійному здійсненню протилежних за змістом прав, їх балансуванню, тим самим забезпечуючи стабільність їх реалізації;

- **економічна**, оскільки інформація як продукт здійснення свободи слова є товаром, засобом виробництва і предметом праці.

З огляду на те, що свобода слова є за своєю суттю передачею інформації від одного суб'єкта іншому, необхідно з'ясувати дефініцію цього загального поняття інформації. Інформація, яка є поняттям абстрактним та багатограним, розглядається в різних аспектах: у правовому, економічному, технічному тощо. Її поняття визначають як особливо цінну для соціального інтелекту "кількість непередбачуваного в повідомленні" [1, с.2]; сукупність знаків і символів; документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що відбуваються у суспільстві, державі та навколишньому природному середовищі (ст.1 Закону України "Про інформацію"). На нашу думку, інформацією є будь-які відомості, якими володіє суб'єкт.

Свободу слова потрібно розглядати як можливість суб'єкта –людини або соціального утворення (зокрема юридичних осіб та їхніх об'єднань) – висловлюватися у словесній чи знаковій формах.

Ця свобода реалізується шляхом здійснення суб'єктивного права на свободу слова в межах, визначених законом. Межі здійснення суб'єктивного права на свободу слова встановлюються шляхом законодавчого їх закріплення (свобода слова як об'єктивне право), про що йтиметься нижче.

Отже, можна зробити висновок, що *свобода слова – це можливість суб'єкта поширювати інформацію у будь-якій формі, будь-якого змісту та обсягу*. Абсолютно неконтрольована свобода сама становить небезпеку з огляду на можливість зловживання нею. Суспільним регулятором цих відносин має виступати об'єктивне юридичне право. Воно за своєю соціальною сутністю є інструментом, покликаним реалізувати свободу кожного суб'єкта, надавати їй визначеності й забезпеченості [2, с.115].

Як відомо, права людини – це певним чином внормована її свобода [3, с.10]. Свобода слова та право на свободу слова – поняття хоча і дуже близькі за змістом, проте не тотожні. **Суб'єктивне право на свободу слова** як явище юридичне – це основне, невід'ємне, природне право суб'єкта вільно поширювати інформацію, яке необхідне для її існування та нормального розвитку і підлягає вузькому колу обмежень, що необхідні в демократичному суспільстві для охорони та захисту прав інших суб'єктів, ці обмеження мають бути закріплені у законі та мати законну мету. **Право на свободу слова в об'єктивно-юридичному розумінні** – це сукупність загальнообов'язкових правил поведінки, встановлених або санкціонованих державою, які регулюють суспільні відносини з приводу поширення інформації.

За своєю загальносоціальною сутністю право на свободу слова є природним, основним, невід'ємним, активним правом людини та інших суб'єктів (об'єднань людей, держави, народу, нації та людства загалом).

Воно є **природним** у тому сенсі, що виникає незалежно від волі держави, супроводжує людину (та інших суб'єктів) з моменту народження (виникнення) і до смерті (зникнення).

За змістом потреб суб'єкта, які цим правом забезпечуються, воно є **особистим** (необхідне для становлення особистості, розвитку її інтелектуальних, духовних, моральних та інших світоглядних якостей), а у багатьох випадках – і політичним правом (оскільки через нього значною мірою реалізується можливість впливати на державні та суспільні політичні процеси).

Право на свободу слова реалізується шляхом вчинення **активних дій** (виступи по телебаченню, на мітингах, зборах, написання та опублікування статей та ін.).

Право, що розглядається, є **основним**, оскільки засадничо необхідне для існування, нормальної життєдіяльності та розвитку як окремого індивіда, так і певних соціальних груп та їх об'єднань.

Невід'ємність права на свободу слова полягає в тому, що воно не може бути ніким і ніколи скасованим. Держава здатна лише обмежити, але не повинна забороняти свободу слова, оскільки остання є невіддільною від її носія – як у біологічному (особа з народження має здатність і потребу "бути почутою", висловлюватися), так і в соціальному плані (усі ланки людського суспільства утворюються і функціонують завдяки комунікаціям).

Це право може здійснюватися як індивідуально, так і колективно, тобто належить (за цим критерієм) до **змішаних прав**.

Для найбільш глибокого розуміння цінності права суб'єкта на свободу слова, необхідно визначити його місце у системі інших прав та його співвідношення з ними.

Ст. 10 Європейської Конвенції про захист прав людини та основних свобод встановлює, що кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати й передавати інформацію та ідеї. Аналізуючи цю статтю, можна зробити висновок, що право на свободу вираження поглядів є більш загальним поняттям і включає низку інших прав, зокрема право дотримуватися своїх поглядів (свобода думки), право одержувати інформацію (свобода доступу до інформації), право передавати інформацію та ідеї (право на свободу слова). Усі вищеперелічені елементи в своїй сукупності становлять т. зв. інформаційні права людини.

Право на **свободу вираження поглядів та право на свободу слова** є взаємодоповнюючими. Реалізуючи право на свободу слова, особа здійснює право на свободу вираження, проте не завжди при реалізації права на свободу вираження реалізується право на свободу слова.

Право на свободу слова та право на приватне життя, честь, гідність є різними, іноді навіть протилежними за своїм змістом та за способами реалізації. Збільшення обсягу першого з них прямо пропорційне зменшенню обсягу другого, якщо вони реалізуються в одній площині.

Від можливості реалізації права на свободу слова значною мірою залежить ступінь реалізації права на інформацію. Чим більший інформаційний потік, тим більший масив існуючої інформації у суспільстві, і навпаки: обмеження змісту й обсягу права на свободу слова має наслідком обмеження змісту й обсягу права на інформацію.

Жодне право, яким би цінним і важливим воно не було, не є абсолютним, оскільки підлягає **певному колу обмежень**. У ч.2 ст.10 Конвенції про захист прав людини та основних свобод зазначається, що здійснення цих свобод може бути предметом таких формальностей, умов, обмежень або покарань, які встановлені законом та є необхідними в демократичному суспільстві. Будь-яке обмеження повинно бути передбачене законом, мати законну мету, бути необхідним у демократичному суспільстві, щоб сприяти досягненню цієї меті. **Законною метою**, передбаченою ч.2 вищезгаданої статті, може бути: забезпечення національної безпеки; забезпечення територіальної цілісності, громадського спокою або економічного добробуту; охорона порядку і запобігання злочинам; охорона здоров'я чи моральності; захист репутації або прав інших осіб; запобігання розголошенню конфіденційно одержаної інформації; забезпечення авторитету і безсторонності суду.

Обмеження права на свободу вираження поглядів можна класифікувати таким чином:

1) залежно від **змісту** поширюваної інформації: обмеження поширення конфіденційної інформації про суб'єкта або такої, що не відповідає дійсності, ганьбить його честь, гідність, ділову репутацію; обмеження щодо поширення інформації, яка містить державну таємницю з метою запобігання загрози державної безпеки, громадського порядку; обмеження поширення інформації, яка підриває авторитет та безсторонність суду;

2) залежно від **часу** поширення інформації: обмеження щодо поширення інформації для забезпечення громадського спокою; державних інтересів;

3) залежно від **місця** поширення інформації обмеження: з міркувань охорони стратегічно важливих об'єктів; охорони здоров'я громадян; забезпечення безпеки руху, зв'язку та інших комунікацій; громадського порядку;

4) залежно від **способу** поширення інформації: обмеження проведення маршів, пікетів, зборів, роздавання листівок, використання гучномовців., котрі застосовуються для захисту різноманітних суспільних інтересів, безпеки руху, громадського порядку, суспільної моралі.

За метою обмежень права на свободу слова їх можна класифікувати на такі, які покликані захищати: суспільні інтереси; інші права особи; забезпечувати авторитет і безсторонність суду.

Підсумовуючи, можна констатувати, що право на свободу слова є необхідним для формування і розвитку особистості, належного функціонування держави; воно є невід'ємним від його носіїв, природним за своєю суттю;

підлягає певному колу обмежень та реалізується шляхом вчинення активних дій (поширення інформації).

Свобода слова є необхідною як для нормального функціонування та розвитку не тільки суспільства в цілому, а й окремої людини як первинної його частини. Не лише розвиток індивіда відбувається у суспільстві (формується відповідно до місця, часу і рівня свого середовища), а й суспільство прогресує завдяки інтелектуальному прориву, прогресу окремих людей, вираженому в їх "слові".

Значимість свободи слова важко переоцінити: вона виконує гносеологічну, комунікативну, захисну, економічну функції, а також є гарантією інших прав та свобод, у чому, на нашу думку, й полягає її основна соціальна цінність.

ЛІТЕРАТУРА

1. Речицький В. Обґрунтування модельного проекту "Конвенції про захист інтелектуальної свободи" // Культура, людина і право. Харків. – 2001. – №1
2. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави. – К., 2001.
3. Алексеев С.С. Философия права. – М., 1999.

SUMMARY

In this article author analyzes freedom of speech as one of the most important social values. The freedom is considered as unavailable human right, complex of law norms, guarantee of the other rights and freedoms.

The main aim of the article is to stress upon the social significance of this freedom. It is expressed in the function which freedom of speech performs in a society. For example, gnoseological, communicative, protective, economical and guarantee function.

The article also deals with the freedom of speech restrictions; interaction and interdependency with other rights and duties.

Key-words: freedom of speech, human right, freedom of speech restrictions.

Розділ II

Загальна теорія права та історія права

Т. Дудаш

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – д. ю. н., проф. П.Рабінович

ПРАВОНАЗИВАННЯ ЯК ВИЯВ ПРАВОРОЗУМІННЯ: ІСТОРИКО-СЕМІОТИЧНИЙ ЕКСКУРС

З огляду на визначальне методологічне значення проблеми праворозуміння як наріжного каменя теорії та філософії права виникла необхідність порушити питання про власне етимологію праворозуміння. Останнє пропонувалося відобразити поняттям і позначити терміном "правоназивання" [1].

Щодо слов'янських мов поняття "правоназивання" можна визначити як процес і наслідок зведення певних явищ, поняття про які позначаються термінами, що за словесною формою (морфологічно) включають корінь "прав" у ранг такої реальності, яку називають "правовою". Дослідження правоназивання дає, зокрема, змогу визначити, яке саме праворозуміння закріплене на законодавчому рівні у тій чи іншій країні: адже будь-який суб'єкт, у тому числі й законодавець, обирає певні терміни для позначення відповідних понять, керуючись власним розумінням тих явищ, котрі цими поняттями відображаються.

Визначивши загальне поняття правоназивання та відзначивши його роль як інструмента дослідження офіційного, тобто закріпленого на законодавчому рівні, праворозуміння у тій або іншій правовій системі, можна поставити й питання про історичні рамки зазначеного процесу і про його витoki, тобто про правоназивання у минулому.

Для відповіді на це запитання спробуємо співвіднести процес виникнення та еволюції норм поведінки людини у первісному суспільстві – т. зв. *мононорм* – із процесом письмового та звукового оформлення мовлення.

Інакше кажучи, спробуємо відповісти й на таке запитання: які знаки та символи могли використовуватися у первісному суспільстві для позначення понять про ті явища, предмети чи процеси, що у сучасних науках антропології, етнографії, археології вважаються способом позначення, формою фіксації мононорм? У зв'язку з цим видається обгрунтованим запровадити в обіг термін **"правопозначання"**, який відображає поняття про позначення первісних мононорм тими чи іншими знаками та символами. Тут, знову ж таки, постає принципове питання (відповідь на яке має сформуватись у результаті дослідження): чи є певні *закономірності* у "конструюванні" або обранні тих знаків та символів, що використовувалися для правопозначання, чи, навпаки, таке обрання було цілком випадковим?

Вихідним моментом такого дослідження може слугувати концепція мононорматики, яка, на наш погляд, дає змогу максимально врахувати різні аспекти функціонування первісного суспільства [2]. Відповідно до цієї концепції поняття *"мононорма"* визначається як *недиференційоване, синкретичне правило поведінки, що не може бути віднесено ні до сфери права, ні до сфери моралі з її релігійним усвідомленням, ні до сфери етикету, оскільки воно об'єднує в собі властивості будь-якої поведінки*. Необхідно також нагадати основні категорії семіотики – поняття "знак" та поняття "символ", які застосовуватимуться у процесі подальшого аналізу.

Концепція мононорматики розглядає норми поведінки у первісному суспільстві в їх еволюційному розвитку, розмежовуючи т. зв. класичний етап та етап розшарування мононорм.

Розглядаючи *класичний етап еволюції первісних мононорм* та можливості їх графічного закріплення, підтримаємо думку Ю. Семенова про те, що тоді проявом мононорматики був табуїтет як найбільш рання система – регулятор поведінки людини, система суворих приписів, які передбачали кару смертю за вчинення таких тяжких злочинів, як, наприклад, інцест, порушення екзогамії [3]. Табу завжди діє як магічна заборона, що виражає ілюзорну сутність магії, а магія розглядається як переконання первісної людини в існуванні певних таємничих зв'язків з трансцендентним світом, що, у свою чергу, здійснюються за допомогою певних прийомів та засобів.

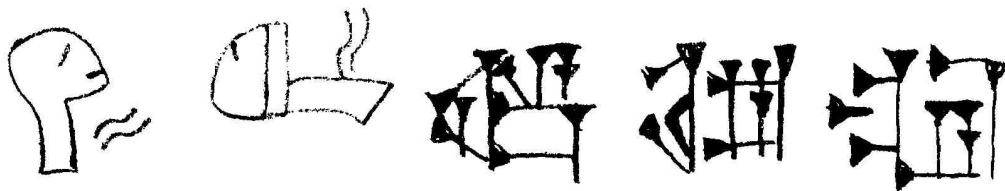
Із мисленням людини саме у ці періоди існування первісного суспільства – часи палеоліту та енеоліту – вже безпосередньо пов'язується й можливість графічного оформлення табуїтету. Оскільки поява перших знаків та малюнків датується XXV тисячоліттям до н.е. (епоха палеоліту), а перші спроби графічного оформлення людського мовлення з'явилися лише близько VI тисячоліття до н.е. (епоха енеоліту), то гіпотетично тоді могло мати місце й графічне оформлення наявних у первісному суспільстві табу. Проте образно-фантастичний характер пізнавального ставлення людини до середовища зумовлював єдино можливу тоді основу для єднання суб'єкта й об'єкта, для співучасті людини в русі світів та стихій. Як констатує Г.В. Мальцев [4], у первісному суспільстві панував такий тип мислення, який включав можливість перетворення абстрактного поняття, ідеї на фантазію, міф, що не усвідомлювалося первісною людиною – носієм такого типу мислення. Про специфічну раціональність первісного мислення свідчить можливість створити міф певними методами, які ще не можна віднести до розряду логічних у сучасному розумінні цього слова; це радше були зачатки аналогії, узагальнення, елементи аналізу, синтезу. З огляду на це можна дійти висновку про об'єктивну неможливість графічного закріплення табу на цій стадії розвитку первісного суспільства. Це підтверджують і археологічні дані, згідно з якими у період енеоліту первісна людина робила спроби графічно оформити своє мовлення за допомогою *пиктограм* – малюнків, які "дзеркально", однозначно відображали лише ті предмети, які були намальовані [5]. Тобто у графічних зображеннях не простежується здатність мислення первісної людини до складніших логічних операцій, оскільки процес пізнання у такої людини складався із двох ланок: "спостереження – знання", які й отримували своє відповідне графічне закріплення. А для графічного оформлення табу вимагаються уже їх усвідомлення та підбір тих символів, за допомогою яких можна графічно відобразити *уявлення* про табу, яке сформувалося унаслідок мисленнєвої діяльності людини. Заборони інцесту, ініціації та порушення екзогамії існували *лише в усній формі*, оскільки тоді люди ще не були спроможні закріпити графічно ці та інші табу.

Період розшарування, розчленування мононорм, як доводять А.Б.Венгеров та Є.П.Черних (спираючись на сучасні здобутки етнографії), пов'язується із епохою становлення класового суспільства та появою специфічних владно-регулятивних систем – *політій*. Мононорми періоду розшарування вже піддаються певній класифікації. Так, А.Венгеров класифікував їх за такими критеріями: зміст регулювання, спосіб регулювання, форма вираження, процедури здійснення, санкції, нормативна сила. Зокрема, за способами регулювання на цій стадії еволюції мононорм, окрім табу, які набули форми заборон, він виділяє ще й дозволи та позитивні звичаї [6].

Логічне мислення людини у період розшарування первісних мононом уже набуло того стану розвитку, що вона стала здатною здійснювати певні розумові операції, які давали змогу сформувати уявлення про явища навколишньої дійсності та *графічно відобразити ці уявлення* за допомогою існуючих символів. Процес пізнання у людини на цьому етапі її розвитку складався з чотирьох ланок: "спостереження – логічна оцінка спостереження – практичне порівняння логічної оцінки спостереження з дійсністю – знання".

Таким чином, уже не існувало об'єктивних перешкод для графічного оформлення наявних у суспільстві мононом – заборон і дозволів. Можна вважати, що графічними засобами, які використовувалися для закріплення уявлень про заборони та дозволи, були т. зв. *ідеограми* – малюнки, які відображали не тільки те, що було на них безпосередньо зображене, а й інші предмети, явища та процеси, пов'язані з цим зображенням унаслідок соціальної практики. Наприклад, малюнок сонця уже міг позначати уявлення про день, час, тепло, світло, енергію, а зображення ноги – такі дії, як стояти, прогулюватися або йти. *Отже, створюються об'єктивні соціальні умови для того чи іншого правопозначання (позначання уявлень про заборони чи дозволені дії).*

Мабуть, для позначення заборони на етапі диверсифікації монономатики використовувалися символи, які позначали *уявлення про певні дії*. Наприклад, простежуючи розвиток клинописного позначення дії "пити" від ранніх піктограм і до асирійського клинопису 700 р. до н. е., можна побачити такі зміни:



Можна припустити, що для графічного закріплення правопозначення уявлень могли використовуватися т. зв. діактричні знаки у формі видалення сегмента із символу чи у вигляді певних насічок, штрихів, які відображали специфікацію уявлень про певні дії. Тоді ідеограма, яка позначає дію "не пити", може виглядати так:



Відтак специфікою правопозначення у первісному суспільстві можна вважати використання діактричних знаків для позначення *уявлень про заборони та дозволи*.

З часом виникають і перші силабічні системи письма, а згодом, унаслідок подальшої еволюції та спрощення запису, у Стародавній Греції (IX ст. до н.е.)

відбулося виникнення першого "справжнього" алфавіту, в якому певний символ позначає один голосний чи один приголосний звук. А це істотно розширило можливість неоднозначного тлумачення тексту, вираженого за допомогою таких знаків.

Отже, у первісному суспільстві об'єктивно існували необхідні передумови для графічного закріплення мононорм на другому етапі їх розвитку. Для позначення тих уявлень, які на певній стадії розвитку первісного суспільства відображали ті предмети, явища та процеси, котрі належать до форм прояву мононорм, застосовувалися символи, що ними користувалися для позначення певних дій. *"Правовість" таких символів могла відображатися лише за допомогою певних знаків – діактричних або фонетичних доповнень.* У цьому і можна вбачати закономірність та специфіку саме *правопозначання* порівняно з позначенням інших явищ. З огляду на особливості мислення первісної людини можна констатувати той факт, що графічно закріплені мононорми значно рідше могли бути об'єктом неоднозначної інтерпретації тими суб'єктами, яким вони були адресовані, ніж це пізніше – з часу виникнення силабічної та алфавітної писемності – мало і має місце щодо норм писаного права.

ЛІТЕРАТУРА

1. Рабинович П.М. Социалистическое право как ценность. – Львов: Высшая школа, 1985. – С.38–41.
2. Думанов Х.М., Першиц А.И. Мононорматика и начальное право // Государство и право. – 2000. – №1. – С.98–103.
3. Семенов Ю.И. Формы общественной воли в доклассовом обществе: табуитет, мораль и обычное право // Этнографическое обозрение. – 1997. – №4. – С.34–38.
4. Мальцев Г.В. Пять лекций о происхождении государства и права. – М.: Изд-во РАГС, 2000. – С.42.
5. Фоли Д. Энциклопедия знаков и символов. – М.: Вече; АСТ, 1997. – С.12.
6. Черных Е.П. Венгеров А.Б. Структура нормативной системы в древних обществах (методологический аспект) // От доклассовых обществ к раннеклассовым. – М., 1987.

SUMMARY

The article deals with the issue of law denotation in the primitive society, which proved to have determined law comprehension in that very period. The main aim of the article is to show the regularities in legal denotation within this historical époque. The author distinguishes two stages of evolution of the primitive rules of law (so called mononorms), on which different remedies have fixed the very rules; she considers the interpretation and comprehension of the so-fixed rules. The author draws the conclusion about the peculiarity and regularity of the legal denotation.

Key words: law nomination, law denotation, law comprehension, mononorm, taboo, pictogram, ideogram, diacritic sign, primitive law.

А. Щербанюк

Україна

Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

Науковий керівник – к. ю. н., доц. С. Савчук

ЮРИДИЧНА СОЦІОЛОГІЯ ЯК МЕТОДОЛОГІЯ ПРАВОПІЗНАННЯ

Юридична соціологія розглядає право під специфічним кутом зору, аналізуючи його як особливий динамічний соціально-правовий феномен. Її основою є принципове методологічне положення про необхідність того, щоб соціолого-юридичні дослідження базувалися на певному гносеологічному засновку, принциповій методологічній орієнтації пізнання. І таким вихідним гносеологічним принципом є саме соціолого-юридичний підхід до вивчення права. Проте інколи за соціолого-юридичні дослідження намагаються видати дослідження, в яких так чи інакше догматичне праворозуміння (нормативна концепція) є засновком їх проведення. У результаті, наприклад, проблема реалізації права підміняється проблемою реалізації закону; громадська думка про право ототожнюється з громадською думкою про закон; аналіз ефективності правових норм, при позитивістському розумінні останніх, без урахування їх генетичної зумовленості, перетворюється при певних умовах на аналіз ефективності бездіючих (генетично зрізаних) норм, по суті, в аналіз їх неефективності.

Лише ґрунтуючись на соціолого-юридичному підході, який зумовлює, накреслює основний ракурс розгляду права юридичною соціологією, визначає шлях, стратегію розв'язання поставлених завдань, емпіричні дослідження правових явищ і процесів можуть дати цінну інформацію для відповідних теоретичних узагальнень юридичною соціологією.

Цілком логічно постає запитання: що ж належить розуміти під соціолого-юридичним підходом до права?

По-перше, дослідження права як особливого соціально-юридичного феномену. Тобто соціолого-юридичний підхід, враховуючи передусім те, що право завжди "живе" в соціальному антуражі [6, с.72], передбачає його аналіз і як системи норм, але не самих по собі, а з позиції того, як ці норми отримали саме таке, а не інше юридичне втілення, в якому напрямі вони діють і чим це пояснюється. По суті, вивчається зв'язок юридичної форми та соціального змісту (генетичних корінь), адже без урахування генетичних передумов права неможливо пояснити його соціальну дію як іманентну властивість останнього [7,

с.16; 2, с.99-109]. При цьому юридичну соціологію варто застерегти як від абсолютизації соціальної сторони права, так і від применшення ролі специфічно-юридичного аспекту права.

По-друге, дослідження права як особливого соціально-юридичного феномену в динаміці, як процесу постійного взаємопереходу від генезису права до його соціальної дії. Як наслідок, у полі зору дослідницької думки опиняються процес правоутворення і правотворчості, характер нормативних і ненормативних правових актів, їх сприйняття та оцінка людьми, етапи правореалізації та ефективність правової дії, шляхи зміцнення правопорядку і законності тощо. З позицій юридичної соціології поза дією, поза функціонуванням право не існує.

По-третє, дослідження права як динамічного соціально-юридичного феномену в контексті структурних і функціональних зв'язків з іншими соціальними неправовими чинниками, явищами і процесами, які, з одного боку, безпосередньо детермінують розвиток права, з іншого- зазнають його конструктивного або ж, навпаки, деструктивного впливу. Це дає можливість воедино поєднати теоретичну розробку питання з розглядом ефективності того чи іншого правового інституту [1, с.261].

По-четверте, дослідження права як особливого соціально-юридичного феномену в динаміці всіх проявів окремих елементів правової дійсності, єдність і взаємозумовленість яких визначає їх специфіку та закономірності функціонування.

По-п'яте, дослідження соціально-юридичного феномену – права- як складної структури правовідносин, тобто соціальних відносин, що з огляду на свою внутрішню об'єктивну природу мають правовий характер, у системі яких здійснюється взаємодія суб'єктів – реальних носіїв права. Це дозволяє вивчати його як систему діючих, функціонуючих норм, як "живий" правопорядок.

Юридична соціологія немислима поза соціолого-юридичним підходом як гносеологічним базисом виведення закономірностей мікросоціогенезу правових норм, соціодинаміки їх функціонування та безпосередніх наслідків соціальної дії. У протилежному випадку їй загрожує обернення в онтологію юридичної догми [3, с.14]. По суті, соціолого-юридичний підхід – це знання методологічні, а не змістовні, це знання про способи специфічного мислення з приводу права та стратегії організації його дослідження, а не знання з приводу самого права [5, с.105-106].

Свідоме і творче застосування теоретико-методологічного арсеналу юридичної соціології допоможе пізнати об'єктивну нормативну структуру суспільного життя і механізми його нормативної саморегуляції, виявити правову природу фактичних соціальних норм, які потребують законодавчого закріплення, передбачити прорахунки та уникати їх в юридичній сфері діяльності, сприяючи тим підвищенню обґрунтованості правових норм та їх

ефективності. Остання є результуючою характеристикою їхньої дії, яка свідчить про здатність норм вирішувати актуальні соціально-правові проблеми.

У рамках сучасної теорії ефективності законодавства, яка знаходиться в цілому у руслі інструменталістського підходу до права, стверджується, що визначальним критерієм ефективності є досягнення мети, поставленої законодавцем перед нормою чи інститутом права. Тобто дослідити ефективність можливо шляхом співвіднесення знань про мету правової норми і про результати її дії. Але це аж ніяк не означає, що проблема критеріїв ефективності знята, що вона повністю розв'язана. Оскільки немає ще ясності, виразності в самому понятті мети правової норми. Наприклад, існує стаття 248 Кримінального кодексу України, яка передбачає відповідальність за незаконне полювання. Постає запитання: "Що є метою цієї норми?". Покарати браконьєрів? Привчити осіб до дотримання встановлених правил полювання? Зберегти тваринний світ? Залежно від варіанту відповіді на це запитання буде неоднаковою й оцінка ступеня ефективності застосування норми. Сама практика її використання у зв'язку з цим може стати різною: зміна ступеня невідворотності відповідальності, передбачених мір покарання, кваліфікації тяжкості скоєної дії. Крім того, питання про критерії ефективності права має ще й економічний аспект – досить значні матеріальні витрати, яких зазнає держава (платники податків) при здійсненні правозастосовчої діяльності, але поки що не зовсім ясно, в якій мірі вони можуть бути показником ефективності.

На нашу думку, реалії сьогодення вимагають інший підхід до ефективності норм права, зорієнтований на виявлення ступеня узгодженості за допомогою правової норми приватних, групових інтересів. Норма права повинна знаходити і постійно підтримувати такий баланс соціальних інтересів на базі правоутворюючого інтересу, при якому максимально можливо забезпечувалася би всезагальна міра свободи для розвитку певної сфери суспільних відносин. Саму ефективність норм права слід виміряти їх внеском в укріплення правових засад суспільного життя, становлення і розвиток форм свободи у суспільних відносинах. У цьому випадку емпірично верифікованим індикатором ефективності норм права міг би бути такий правовий за своєю суттю показник, як міра конфліктності врегульованих відносин. Адже право є насамперед засобом об'єктивного для конфліктуючих сторін розв'язання соціальних конфліктів, способом упорядкування різних форм міжсуб'єктної взаємодії. При цьому методологічним засновком дослідження повинна стати орієнтація на виявлення показників конфліктності, які характеризують ступінь задоволення правомірних інтересів учасників регламентованих відносин. Разом із тим використання у процесі дослідження такого показника ефективності норм права, як ступінь конфліктності врегульованих даною нормою суспільних відносин, передбачає виявлення і визначення оптимального для цієї сфери рівня конфліктності на даний момент, який означає, що існуюче правове регулювання

забезпечує необхідну і достатню міру свободи в реалізації правомірних інтересів суб'єктів соціальної взаємодії у відповідній сфері [4, с.209-222]. У протилежному випадку ми маємо справу або з недостатньою правовою врегульованістю, або із занадто жорсткою законодавчою політикою, яка обмежує свободу людей. І в тому, і в іншому випадку законодавство, не виконуючи свою роль щодо скріплення соціальної системи у життєздатну цілісність, впорядкування соціальних конфліктів і закріплення нормативно-правової моделі їх розв'язання, є неефективним.

ЛІТЕРАТУРА

1. Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – М.: Аванта+, 2000.
2. Кистяковский Б.А. Право как социальное явление // Социологические исследования. – 1990. – №3.
3. Кудрявцев В.Н., Казимирчук В.П. Современная социология права: Учеб. для юрид. фак. и ин-тов. – М.: Юристь, 1995.
4. Лапаева В.В. Социология права. – М.: НОРМА, 2000.

SUMMARY

The article is devoted to the methodological role of legal sociology. The author lays the stress on the comprehension of sociological approach to law. It is concluded that legal sociological approach to law is a cognitional basis for both deducing regularities of legal rules microsociogenesis and observing of dynamics in their operation, which determines the consequences of their social efficiency. The criteria of legal rules efficiency are presented.

Key words: legal sociology, legal rules efficiency, private and public interests.

Ю. Сеньків

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – д.ю.н., проф. В. Кульчицький

**КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ЗА КОДЕКСОМ
УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА 1743 РОКУ**

У сучасних умовах розбудови Української незалежної держави і формування справжніх демократичних гілок влади особливу увагу необхідно приділити вивченню і врахуванню багатого правового надбання попередніх поколінь українців. Цікавим у цьому аспекті є XVIII ст.– період кардинальних змін у суспільно-політичному житті країни. Саме загальну характеристику, аналіз змін та юридичну оцінку найвидатнішої пам'ятки законотворення тієї доби – "Прав, за якими судиться малоросійський народ" 1743 р. – відомий вчений А.Ткач трактував як один з основних напрямів дослідження національного права [1, с.95].

Цією проблематикою займалися такі видатні науковці, як М.Василенко, О.Кістяківський, В.Кульчицький, Я.Падох, А.Яковлів та ін. І все ж залишається велике коло недостатньо висвітлених або спірних питань, зокрема щодо понять злочину, суб'єкта злочину тощо.

Кодекс не подає загальної характеристики Поняття злочину формувалося під впливом як Литовського статуту й кодексів німецького міського права ("Зерцало саксонів", "Порядок", "Хелмінське право"), так і українського звичаєвого права. Зважаючи на ці різні джерела, злочин, як і все кримінальне право доби Гетьманщини, є поняттям неоднозначним і неточно сформульованим. З литовсько-руської доби в ньому залишилися помітні сліди приватноправного підходу, який вважав злочином те, що завдавало шкоду ("збиток") людині. Для означення злочину найчастіше вживається назва "проступство", а злочинця називали "проступником", що вказує на публічне розуміння злочину. Часто вживається назва "кримінальне діло", зокрема для визначення тяжких злочинів. Однак злочин, окрім порушення законних наказів і заборон, виданих для добра всіх, не переставав ще бути і порушенням Божого порядку, отже гріхом, який вимагає покути. Отож, у Кодексі часто зустрічається термін "зłodіянiє" стосовно означення злочину [2, с.69 – 70].

або загальних ознак карних вчинків, на підставі яких можна було б їх класифікувати, але описує їх детально в кожному окремому випадку. Систематизуючи ці описи, можна стверджувати, що Кодекс встановлює три основних види карних вчинків: злочин – найтяжчий вид протиправного вчинку, що підлягає найтяжчим карам, переважно смерті; провина – протиправний вчинок середнього ступеня, що карається іншими, менш жорстокими карами; переступ – вчинок, спрямований на порушення менш важливих карних приписів, що карається найлегшими карами [3, с.152].

Професор В.Кульчицький вважає, що під злочином слід розуміти порушення закону, правової норми, заподіяння шкоди життю, здоров'ю, майну, честі особи [4, с.102].

Отже, необхідно розрізнити злочин у матеріальному і формальному розумінні. Злочином у матеріальному трактуванні вважалася дія, що завдавала шкоди та збитків не тільки життю, здоров'ю, майну, честі особи, а й "шкоду та збиток державі". Одночасно набуває поширення формальне поняття злочину як дії, що заподіяла шкоду "державному інтересу", навіть якщо ця дія і не була передбачена законом, що створювало ґрунт для судово-адміністративної сваволі.

Кодекс розрізняє замах і закінчений злочин. Замах ("намагання"), що є вчинком, який є початком злочину, карається у більшості випадків так само, як і закінчений злочин. Наприклад, замах на життя і здоров'я монарха та членів його родини, замах на вбивство або поранення когось у присутності монарха, замах на отруєння тощо. Замах не карається тільки тоді, коли винний сам перешкодить закінченню злочину, наприклад, беручи участь в готуванні повстання проти держави, донесе про це урядові.

Суб'єктом злочину, за Кодексом 1743 р., могла бути тільки людина, як вільна, так і невільна; повні невільники і кріпаки ("люди кріпосні") в кримінальному праві зберігали рівність, їх кримінальні вчинки підпадали під категорію приватних злочинів, за які їх переслідував їхній власник, але розгляд і покарання належали до компетенції публічного суду. Пан тільки заступав їх на розправі й допомагав у процесі, але не мав вирішального впливу на вирок і екзекуцію. Кари, що застосовувалися в суді, не поширювалися на смертну кару і калічення.

Суб'єктом злочину могла бути тільки осудна особа. Люди, постійно або тимчасово позбавлені змоги усвідомлювати свої дії або керувати ними, тобто з хворобою інтелекту або волі, чи від народження ("природні дураки"), чи внаслідок розумової хвороби ("лишені ума"), або внаслідок іншого хворобливого стану або хвилинного запаморочення алкоголем тощо, не визнавалися злочинцями й за свої заборонені дії не підлягали покаранню або, як при запамороченні алкоголем, піддавалися тільки пом'якшеній карі, і то лише для прикладу іншим. Однак коли особа свідомо себе довела до такого стану, тоді вона, хоч і вчинила дію у стані неосудності, відповідала як за злочин, вчинений свідомо.

Поняття осудності знаходить у цю добу вже досить сучасне окреслення – постійна або тимчасова, вроджена або набута, повна або часткова здатність розуміти значення забороненого вчинку й можливість керувати своїми діями. Слабоумство, спричинене віком або хворобою, і кожний тимчасовий дефект інтелекту або волі людини дає підставу для звільнення її від кримінальної відповідальності за її заборонений вчинок. Покарання, які застосовувалися раніше до таких осіб, заступають поволі забезпечувальні засоби, хоча суворість доби, на думку професора Я.Падоха, "надала цим засобам суворості, яка не поступається перед безоглядністю кримінальних кар" [2, с.63]. Небезпечні для оточення розумово хворі поміщалися в нижній частині вежі разом із найважчими злочинцями.

Право того часу розрізняло також злочин, вчинений розумово хворою людиною у стані тимчасової свідомості. Така особа не підлягала кримінальному покаранню, її віддавали під заповідальний догляд родичів або опікунів, а

незаможних – під нагляд міської або сільської влади, яка повинна була їх тримати замкненими. Коли, незважаючи на те, така особа вирветься і виконає заборонений вчинок, особи, які зобов'язані доглядати за розумово хворим, платили половину відшкодування із свого власного майна, а половину з майна свого піклувальника. У разі його неспроможності вони покривають власним майном усю шкоду. Неосудних осіб при повторенні злочину тимчасово заарештовували, а при поверненні до злочину таку особу тримали у в'язниці довічно, "чтоб-таки убийства учинить не могли" (Права. – Гл. XX, арт. 44, п. 3). Зате підлягала покаранню особа, яка вчинила злочин у стані осудності, захворіла на душевну хворобу й потім одужала знову. Отож, на час душевної хвороби або несвідомості переслідування і виконання вироку припинялося.

Не підлягали кримінальній відповідальності чоловіки до 16 років, жінки до 13 років та старі (престарілі), які "от глубокой старости приходят в детоумие й подобное малым детям обхождение" (Права. – Гл. XX, арт. 44, п. 7). Старі люди не підлягають жодному покаранню, а неповнолітніх не дозволено карати на смерть. Зате суд може застосувати до них інші кари "по розсмотренію судейському". Відоме було також поняття афекту, який інколи навіть повністю виключав вину, як, наприклад, при вбивстві чоловіком коханця своєї дружини, зловленому на гарячому вчинку, та провокації ("спрчину й за початком"), яка вважалася пом'якшуючою обставиною.

Суб'єктом злочину, як підкреслювалося, міг бути як громадянин, так і іноземна особа, зате ним не могла бути ні мертва річ, ні тварина. Коли й знаходимо накази вбити "злобну конину" (Права. – Гл. XXII, арт. 12, п. 8), то це вже не кара на тварину, але запобіжний захід перед небезпекою від неї.

Отже, суб'єктом злочину могли бути всі особи—вільні і невольники, громадяни та іноземці. Спочатку станова приналежність потерпілого не мала значення, але згодом повернулася до засад минулої доби, і приналежні до вищих суспільних верств – шляхтичі і козаки ("воїнського звання люди") – опинилися під посиленою охороною права. Однак при цьому покращився стан невольників. Держава охороняє невольника не лише перед нападом від сторонніх осіб, які за вбивство невольника караються смертю (Права. – Гл. XXVII, арт. 19, п. 1), а й перед свавіллям їх власників, які зберігали тільки обмежене право домініальної юрисдикції над невольниками, й невольники мали право скажитися на своїх власників у кримінальних справах (Права. – Гл. XXVII, арт. 15, п. 3).

Проте відшкодування за голову невольника йде далі у власність пана як власника. Крім шляхти і козацтва, посиленою охороною права забезпечено державних службовців, зокрема судовий персонал.

Злочином, який призводив до покарання, було діяння, заборонене Кодексом. Злочинцем вважалась особа, яка допустилася такого діяння. Окрім правопорушень для покарання вимагалася ще й вина злочинця. Винною вважалась тільки осудна особа. З уваги на злочинний намір злочини поділялись на навмисні та з необережності, а крім того, був відомий випадок.

Співучасником, за Кодексом, є той, хто:

- спільно з іншими закінчує карний вчинок (виконавець);
- намовляє іншого на вчинення злочину, дає або обіцяє за це матеріальну винагороду (підбурювач, організатор);

- допомагає злочинцеві порадою, вказівкою, надає гроші та інші засоби, знаряддя тощо;
- допомагає злочинцеві уникнути кари, підтримує з ним зв'язки, переховує його, приймає, продає, ділиться або користується предметами, здобутими протиправним шляхом (пособник).

Отже, співучасниками є не лише безпосередні учасники злочину, а й підбурювачі, пособники, організатори, при цьому немає значення, чи допомога була надана перед або під час злочину, чи лиш після злочину (переховування злочинця, набутого злочинном майна тощо). Кара за співучасть була різна: іноді співучасники були карані на рівні з виконавцем (виконавцями) злочину, а іноді м'якше. У деяких злочинах, зокрема у тих, які вчинені бандою, чітко розрізняли ступінь вини головного злочинця ("приводца"), який був "причиною и предводителем злочинного діла", і тих, хто "помоществовали, да не в рівной вині, как приводца, являются", і карають цих останніх набагато легше. Безкарність співучасників-слуг є лише в тому випадку, коли слуг змусили фізично до участі в злочині, загрожуючи їх життю та здоров'ю.

Вищенаведене свідчить про дедалі більше утвердження публічного розуміння кримінального права загалом і злочину зокрема. Кодекс містить значною мірою сучасне трактування суб'єкта злочину, а також вирізняє злочини, вчинені у співучасті, замах на злочин і закінчений злочин.

ЛІТЕРАТУРА

1. Ткач А. Про кодифікацію права на Україні в XVIII – першій чв. XIX ст.// Вісник Київського університету. Сер. економіки та права. – К., 1961. – Вип.1. – №4.
2. Падох Я. Нарис історії українського карного права. – Мюнхен, 1951.
3. Яковлів А. Український Кодекс 1743 року "Права, по которым судится малороссийский народ": його історія, джерела та систематичний виклад змісту. – Мюнхен, 1949.
4. Кульчицький В.С., Тищик Б.Й. Історія держави і права України: Навч.посіб. – К., 2001.
5. Права, за якими судиться малоросійський народ 1743 року. – К., 1997.

SUMMARY

The article is devoted to the concept of crime comprehension according to the Code of Ukrainian Law, 1743. Namely, taking into consideration the terminology of the very code of laws three kinds of crimes are differentiated; two comprehensions of crime concept (material and nominal) are presented. Several remarks are introduced concerning the subject of a crime, dealing with his social status, sanity, complicity of a crime.

Key words: the Code of Ukrainian Law, subject of a crime, sanity, complicity of a crime, degree in the commission of a crime.

Розділ III

Конституційно-правові проблеми

С. Голубок

Российская Федерация
Санкт – Петербургский государственный университет

СВОЕОБРАЗИЕ ПРАВОВОГО СТАТУСА СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ

1. Судебная власть еще со времен Ш.Л.Монтескье традиционно считается одной из ветвей государственной власти. Обычно, в том числе в действующей российской Конституции, Уставе Санкт-Петербурга, она называется третьей, уступая пальму первенства законодательной и исполнительной. Однако в литературе можно встретить вполне обоснованные утверждения об исторической первичности суда по сравнению с законодательной и исполнительной ветвями государственной власти [1].

2. На современном этапе конституционного развития государство стремительно теряет монополию на власть. Создаются властные структуры, связанные с государством, однако обладающие особым статусом (в частности избирательные комиссии), ряд традиционно государственных функций передается институтам гражданского общества (например органам адвокатского сообщества).

Признаками публичной власти являются, прежде всего, территориальная организация, общеобязательность принимаемых решений, суверенитет, наличие специального аппарата (включая аппарат принуждения) [2, с.517–520]. Как и государство, суд обладает этими свойствами.

На наш взгляд, на современном этапе развития общественных отношений, в условиях укрепления самостоятельности суда, следует говорить о нем как об

отдельной публично-властной структуре, не входящей в состав государственного аппарата. В литературе встречаются суждения, близкие к этому, в частности, суд называется "властью особого рода (*sui generis*)" [3, с.16], однако решительный вывод о необходимости размежевания таких публичных властей, как государство и суд, не делается.

3. Основными задачами суда называются "защита права" [4, с.29], "утверждение законности и справедливости" [5, с.612]. Суд выступает последней инстанцией, когда ни сам обязанный субъект не подчиняется правомерным требованиям управомоченных лиц, ни исполнительные органы государственной власти не могут исправить ситуацию. Таким образом, суд выполняет важнейшую общесоциальную задачу, а именно – разрешение общественного конфликта в любой из его возможных форм [6, с.11].

Надо отметить, что правосудие является не единственной функцией суда [7, с.31]. В частности, на наш взгляд, нельзя считать относящимся к правосудию недавно появившееся у судов полномочие назначения выборов, если такое решение не принято ни компетентным органом (должностным лицом), ни соответствующей избирательной комиссией (п.5 ст.10 Федерального закона "Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан РФ").

Особым направлением деятельности конституционных (уставных) и иных судов является нормоконтроль, высшим выражением которого выступает деятельность органов конституционной юстиции, направленная на "устранение неконституционного закона из системы правовых актов" [8]. Данная деятельность соответствует общей публично-властной природе судебной власти, которая и в данной своей ипостаси также занимается разрешением правовых коллизий, таким образом в значительной степени ограничивая своей суверенной властью государство и местное самоуправление. Именно с получением права контроля за правовым содержанием нормативных актов, издаваемых органами законодательной и исполнительной власти, В.М.Лебедев связывает наиболее резкое усиление роли судебной власти в механизме властвования [4, с.88]. Особенно ярко особый публично-правовой статус суда выявляется при анализе деятельности органов судебного конституционного контроля. Так, Конституционный Суд РФ, толкуя конституционные положения или делая вывод о неконституционности закона, выступает выразителем воли отнюдь не государства, а многонационального народа, выразившего свой суверенитет посредством принятия Конституции РФ и учреждения государства, суда и местного самоуправления.

4. В свете законодательных изменений последних лет автором отстаивается точка зрения, что органами судебной власти являются не только суды, но также органы судейского сообщества (в особенности квалификационные коллегии судей) и органы, осуществляющие организационное обеспечение деятельности судов (например, для российских судов общей юрисдикции – Судебный департамент при Верховном Суде РФ), в перспективе также судебные приставы.

5. Специфическим для судебной власти является отсутствие внутреннего организационного единства и соподчиненности судов. Речь идет не только о существовании в ряде стран нескольких изолированных подсистем судов (в

России – суды общей юрисдикции и арбитражные суды, во Франции, например, также административные суды), но и об отсутствии строгого соблюдения принципа подчиненности и подотчетности нижестоящих судов вышестоящим, характерного для большинства государственных органов. Указанное состояние дел наличествует и в квалификационных коллегиях судей. Естественно, вышестоящий суд вправе в соответствии с установленными процессуальными процедурами пересмотреть решение, принятое нижестоящим, однако давать обязательные указания нижестоящим судам по разрешению конкретных дел он не вправе. Также любые государственные органы, органы местного самоуправления, общественные объединения и иные лица не могут каким бы то ни было образом вмешиваться в деятельность судов и отдельных судей. По этому поводу в литературе отмечается "в основном внутренний характер" [7, с.19] системы правового контроля за законностью судебных решений и соблюдением судами процедуры их принятия. Правом контроля за профессиональной деятельностью судей обладают лишь органы судейского сообщества ("судейское самоуправление") [7, с.21].

6. Подавляющее большинство судебных органов во всем мире, в отличие от парламентов, не формируются населением непосредственно. Сказанное не может служить аргументом против особого публично-властного статуса суда. Судья после назначения компетентным государственным органом (должностным лицом) перестает каким-либо образом зависеть от него. Кроме того, в последние десятилетия в разных странах возрастает роль органов судейского сообщества в процессе формирования судейского корпуса. Например, в России кандидат в судьи должен сдать квалификационный экзамен, принимаемый экзаменационной комиссией при соответствующей квалификационной коллегии судей, кроме того, для назначения судьей необходима рекомендация соответствующей квалификационной коллегии судей (ст.5 Закона РФ "О статусе судей в РФ"). По сути, невозможно назначение судьей лица, которое не было бы одобрено судейским сообществом.

Кроме того, мировые судьи субъектов РФ, в соответствии со ст.6 Федерального закона "О мировых судьях в РФ", могут на основании закона субъекта РФ как назначаться на должность законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта РФ, так и избираться непосредственно населением судебного участка. Так что можно говорить о формировании судебных органов как непосредственным путем, так и опосредованно (через государственный механизм).

7. Как уже отмечалось, важнейшей задачей судебной власти является разрешение споров о праве, которые неизбежно возникают между различными субъектами права, к числу которых относится и государство. Оно, в частности, является участником гражданского оборота, а следовательно, может выступать как истцом, так и ответчиком в суде; осуществляет уголовное преследование. Государство несет ответственность за вред, причиненный в результате издания незаконного акта государственным органом, и пр.

Однако, если считать суд государственным органом, оказывается, что государство является судьей в собственном деле в прямом смысле этого слова, что совершенно не соответствует принципам правовой государственности.

Правовое государство не может судить само себя, оно обязано признавать независимость суда не только на словах, но и на деле, тем более что особая публично-властная природа судебной власти дает для этого все основания. Суд по сути дела является отдельной (отличной от государства) публичной властью, имеющей для этого все атрибуты – систему органов, специфические полномочия, общеобязательность и неопровержимость принимаемых решений.

8. Естественно, судья формально независим, однако заработную плату он получает из государственного бюджета, осуществляет правосудие в здании, являющемся государственной собственностью, и пр. Более того, вынесение решения судьей от имени государства фактически сужает юридическую силу такого акта. Ведь судья действует прежде всего на основе Конституции, которая принята не государством, а всем российским народом, учредившим государство; получается, что судебное решение должно и может выноситься именем такого универсального конституционно-правового субъекта, как народ (общество).

9. Принцип самостоятельности судебной власти может и должен проводиться с необходимой последовательностью и в финансовой сфере. Признавая истинную самостоятельность судебной власти, представляется целесообразным создать и отдельную судебную казну (наподобие создаваемой в муниципальном образовании местной казны), наполняемую, в частности, с помощью взыскиваемых в установленном порядке судебных пошлин, штрафов и пр.

10. Помимо этого, важно отметить, что и государство, и суд, нацеленные, прежде всего, на защиту интересов общества (публичных интересов), решают, вместе с тем, разные задачи с помощью разных средств. Так, суд непосредственно не участвует в реализации таких непереносимых государственных функций, как оборона, налогообложение и пр., с другой стороны, ни один государственный орган не вправе назначать гражданам уголовное наказание. Иными словами, констатируется принципиальное разделение функций между государством и судом.

11. В учебной и научной литературе, законодательстве применительно к судебной власти, часто в тождественном значении, используются такие характеристики, как "самостоятельность" и "независимость" [9, с.464, 466]. В доктрине этот вопрос традиционно решается следующим образом: "Самостоятельность судебной власти проявляется в независимости судей" [5, с.637]. Однако эта конструкция, закреплённая также в ст.5 Федерального конституционного закона "О судебной системе в РФ", представляется противоречивой, учитывая, что именно судьи являются носителями судебной власти (ст.1 Закона РФ "О статусе судей в РФ"). Вместе с тем законодатель, устанавливая статус судов и судей, не проводит грань между их самостоятельностью и независимостью: "Судебная власть самостоятельна и действует независимо от законодательной и исполнительной властей" (п.2 ст.1 Федерального конституционного закона "О судебной системе в РФ", п.2 ст.1 Закона РФ "О статусе судей в РФ").

Вместе с тем этимологически рассматриваемые термины далеко не равнозначны. Самостоятельный субъект может не быть независимым. Например, субъект федерации, самостоятельный в решении ряда вопросов, принципиально отличается от независимого государства, обладающего суверенитетом. Кроме

того, независимыми не называют никакие другие органы, помимо судебных. На наш взгляд, отмеченная тенденция подтверждает наметившийся в последнее десятилетие "нормативный дрейф" в сторону признания суда не ветвью государственной власти, а самостоятельной публично-властной структурой.

12. Тенденция выделения судебной власти в отдельную публичную власть явно прослеживается и в эволюции российских судов в результате проведения судебной реформы в течение последнего десятилетия. В связи с этим следует заметить такие конституционно-правовые новеллы, как признание и закрепление особого статуса судей, создание и развитие органов судейского сообщества и органов организационного обеспечения деятельности судов, укрепление значения судов и судей в процессуальной сфере.

Вырисовывается система дифференциации публичной власти, представленной в современной России как государством и местным самоуправлением, так и по-настоящему независимым судом.

Суд, долгое время считавшийся исключительно частью государственного аппарата, в новых условиях имеет все основания и должен стать особым публично-властным институтом, навсегда отделенным от государства.

ЛИТЕРАТУРА

1. Романовская В.Б., Мигунова Т.Л. Судебная власть – исторически первая ветвь государственной власти // Российский судья. – 2002. – №5.
2. Четвернин В.А. Публичная политическая власть // Проблемы общей теории права и государства / Под общ. ред. В.С. Нерсисянца. – М., 1999. – С.517–520.
3. Судебная система России. – М., 2001. – С. 16.
4. Лебедев В.М. Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. – СПб, 2001.
5. Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. – М., 1997.
6. Абросимова Е.Б. Судебная власть в Российской Федерации: система и принципы. – М., 2002. – С. 11.
7. Безнасюк А.С., Рустамов Х.У. Судебная власть. – М., 2000.
8. Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998г. №19-П "По делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации" // СЗ РФ. – 1998. – №25.
9. Конституционное право России. – Екатеринбург, 2001. – С.464, 466.

SUMMARY

The issue under consideration is dedicated to the judicial branch of public power and its separation from the state. The author gives his own vision of the evolution of judicial power independence in virtue of the development of judicial self-government. The main aim of the article is to lay stress on the ultimate separation of justice from the other public institutions in regard to judicial reform in the Russian Federation.

Key words: judicial power, judicial self-government, bodies of judicial community.

Р. Рева

Україна

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

Науковий керівник – доц. Т. Слінько

**ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ ПИТАННЯ
ОБМЕЖЕННЯ ПРАВОТЛУМАЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ
КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ**

Відповідно до Конституції України 1996 р. засновано нову для нашої держави інституцію – Конституційний Суд України. Він розпочав приймати до провадження подання та звернення з 1 січня 1997 р.

Конституційний Суд займає важливе місце в системі державних органів. У ст.6 Конституції України закріплено, що державна влада здійснюється на основі її поділу на законодавчу, виконавчу і судову. Для оптимального функціонування та співпраці між органами трьох гілок державної влади діє система "стримувань і противаг". Конституційний Суд є одним із найважливіших важелів у цій системі, забезпечуючи стабільність і гармонійність механізму держави, гарантуючи конституційну законність у суспільстві [1, с.17].

Одним із основоположних напрямів діяльності Конституційного Суду є офіційне тлумачення Конституції та законів України. Конституція чітко встановила, що тільки Конституційний Суд має право офіційного тлумачення цих актів. Конституція – особливий нормативно-правовий акт держави і суспільства. Це покладає особливу відповідальність на Конституційний Суд при тлумаченні її норм. Тлумачити Конституцію важче, ніж звичайний закон. Це пов'язано із її статусом та значущістю для всієї правової системи. Норми Конституції, як правило, є узагальнюючими [2, с.32]. Багато конституційних норм є невиразними і недосконалими. Тому актуальним є твердження Лон Л.Фуллера, наведене у його праці "Мораль права": "Безумовно, ті, чия доля хоч якоюсь мірою залежить від творчого акту тлумачення, що заповнює ці прогалини в значенні, а також ті, на кому лежить відповідальність за саме тлумачення, мусять бажати, аби воно здійснювалося на якомога надійнішій основі, якомога більше ґрунтувалося на потребах демократичного врядування та самої людської природи" [3, с.100].

Саме з цим пов'язана одна з важливих проблем у діяльності Конституційного Суду України – це межі його тлумачення Конституції та законів України. Вирішення проблеми меж правотлумачної діяльності Конституційного Суду є важливим як для теорії, так і для практики, оскільки пов'язано із можливістю втручання Конституційного Суду до компетенції інших державних органів та захистом прав і свобод людини і громадянина.

Під тлумаченням норм права розуміють діяльність, спрямовану на осмислення норм права, яка здійснюється за допомогою сукупності прийомів і способів [4, с.373].

Офіційне тлумачення Конституції та законів України органом конституційної юрисдикції слід розуміти як діяльність Конституційного Суду в рамках законодавчо установлених процедур за допомогою апробованих наукою і практикою прийомів та способів з подолання неоднозначності у розумінні Конституції та законів України у формі нормативної або казуальної інтерпретації з метою забезпечення конституційної законності та конституційного правопорядку у країні [5, с.33].

Правотлумачення, як і будь-яка інша діяльність, відбувається у певних рамках, межах. Для визначення цих меж необхідно відповісти на запитання: 1) як необхідно розуміти поняття "межі" та "обмеження"? 2) які види обмежень існують? 3) які види обмежень характерні для правотлумачення?

Межі є явищем об'єктивним, динамічним і рухливим тією мірою, якою є змінними, плінними ті чинники, від яких ці межі залежать. Чинники, які визначають межі правотлумачення, – це сукупність усіх факторів як правового, так і неправового характеру, сукупна дія яких визначає обсяг інтерпретаційної діяльності суб'єкта тлумачення [6, с.39]. Такими факторами виступають: економічні та соціальні умови, пануюча концепція праворозуміння, законодавчі приписи, конституційні звичаї, політична ситуація у країні, положення інтерпретуючого органу в системі державного механізму тощо.

Таким чином, межі у правотлумаченні – це сукупність усіх явищ, які окреслюють обсяг правотлумачної діяльності. Обмеження правотлумачної діяльності Конституційного Суду України – це діяльність компетентних державних органів (Верховної Ради, самого Конституційного Суду), яка окреслює обсяг здійснення інтерпретації Конституції та законів України.

У правовій теорії існує велика кількість класифікацій обмежень. Виділяють, зокрема, такі види обмежень: за колом суб'єктів, на яких поширюються певні обмеження, – загальні та індивідуальні; залежно від політико-правового статусу правообмежуючого суб'єкта – державні та недержавні (громадські); за обсягом правових явищ, щодо яких встановлено певні межі, – загальні, спеціальні та окремі тощо [7, с.5 – 13].

Перед тим, як більш детально розглядати класифікацію меж правотлумачення, доцільно з'ясувати основні засади, які складають основу обмежень інтерпретаційної діяльності органу конституційної юрисдикції. Із визначенням загальних засад обмежень пов'язано визначення мети тлумачення. Останнє розглядається в контексті двох підходів до тлумачення: динамічного (об'єктивного) та статичного (суб'єктивного). Статичний підхід спрямований на забезпечення максимальної стабільності норми права – "з'ясування волі історично-першого законодавця". Динамічний підхід зводиться до приведення законодавчого припису у відповідність з існуючою реальністю, станом розвитку

людства – "з'ясування волі законодавця часу застосування закону". У вирішенні конфлікту між наведеними підходами автор погоджується з О.Ф. Черданцевим, який відзначав необхідність співіснування цих двох підходів і в жодному разі не на конфронтацію між ними: "Перевага того чи іншого підходу до тлумачення на практиці та в теорії залежить від ряду обставин і, перш за все, від стану законодавства, "адекватності права життю" [8, с.32 – 33]. Саме наведені засади детермінують обсяг обмежень інтерпретаційної діяльності.

Стосовно меж у правотлумаченні можуть бути застосовані такі класифікації:

1. За мірою визначеності межі у правотлумаченні поділяються на повністю визначені та відносно визначені. На жаль, через недосконале нормативне регулювання правотлумачення Конституційного Суду України лише невелика кількість обмежень у його діяльності є повністю визначена. Так, до повністю визначених обмежень належить закріплення виключного переліку нормативно-правових актів, які можуть бути предметом офіційного тлумачення.

2. Залежно від наявності нормативного закріплення виділяють межі правотлумачення, що отримали своє закріплення у нормативних актах, і ті, що не закріплені. Так, прикладом нормативного закріплення у діяльності Конституційного Суду України може виступати неможливість давати офіційне тлумачення Конституції та законів України за власною ініціативою. Межі, що не отримали свого нормативного закріплення, впливають із самого змісту правових норм або із принципів права. До меж, які не знайшли свого нормативного закріплення, належить обов'язок Конституційного Суду в разі можливості двояко інтерпретувати законодавчі приписи надати перевагу тому варіанту, який найбільше відповідає духу Конституції.

3. Межі правотлумачення також класифікують залежно від виду акта, в якому вони містяться. За цим критерієм вирізняють конституційні, законні межі, а також ті межі, що містяться у інших юридичних актах. Для інтерпретаційної діяльності Конституційного Суду характерним є конституційне та законодавче закріплення меж, хоча деякі межі закріплені у рішеннях Конституційного Суду.

4. За характером зв'язку із волею інтерпретатора межі поділяються на суб'єктивні (самообмеження) і об'єктивні (функціональне обмеження). Різниця між об'єктивними та суб'єктивними межами полягає у існуванні або відсутності зв'язку із волею суб'єкта, що здійснює інтерпретацію правових приписів. Так, об'єктивні межі існують незалежно від волі суб'єкта правотлумачення. Сам інтерпретатор не владний встановлювати, змінювати, відмінити такі межі, а також не в праві їх порушувати. Тобто вони є встановленими об'єктивно. Як ілюстрацію можна навести встановлений перелік актів, які підлягають офіційному тлумаченню Конституційним Судом, – це Конституція та закони України. На відміну від об'єктивних меж, суб'єктивні межі залежать від волі суб'єкта інтерпретаційної діяльності. Суб'єкт має право розпоряджатися ними

на власний розсуд: може встановлювати межі, дотримуватися цих меж або не дотримуватися, взагалі відмінити. Прикладом суб'єктивних меж у діяльності Конституційного Суду є те, що він не приймає звернення у випадках існування прогалин у законодавстві. Існування та дотримання суб'єктивних меж визначається перш за все правовою свідомістю самого інтерпретатора (інтерпретаторів).

Розкриття поняття обмежень правотлумачення, висвітлення видів такого обмеження та детальне законодавче закріплення може позитивно вплинути на роботу Конституційного Суду України. Це, в свою чергу, важливо з огляду на необхідність забезпечення ефективного функціонування органу конституційної юрисдикції. Адже лише ефективна діяльність Конституційного Суду може забезпечити оптимальне використання потенціалу Основного Закону в цілях розбудови української державності та становлення громадянського суспільства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Водоп'янов В.М. Щодо ролі та місця Конституційного Суду в українській державі // Економіка, фінанси, право. – 2003. – №6. – С.17.
2. Тацій В., Тодика Ю. Питання меж тлумачення Конституційним Судом Конституції та законів України // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – №4. – С.32.
3. Фуллер Лон Л. Мораль права. – К., 1999.
4. Загальна теорія держави та права / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченко, О. В. Петришина. – Х., 2002.
5. Тодика Ю.М. Тлумачення Конституції і законів України: теорія та практика. – Х., 2001.
6. Рабінович П.М., Панкевич І.М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнотеоретичні аспекти). – Львів, 2001.
7. Рабінович П.М. Межі здійснення прав людини (загальнотеоретичний аспект) // Вісник Академії правових наук України. – 1996. – №6. – С.5 – 13.
8. Черданцев А.Ф. Толкование советского права. – М., 1979.

SUMMARY

This article is dedicated to the theoretical issues of limitation of interpretation of the Constitution norms by the Constitutional Court of Ukraine.

The author presents the basis and the meaning of the limits and limitation constitutional norm interpretation.

М. Китайчик

Российская Федерация

Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова

Научный руководитель – проф. А. Авакьян

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА
РФ ОТ 30.10.2003 №15-П**

1. Не так давно, 4 июля 2003 г., был принят Федеральный закон (№94-ФЗ) "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты в связи с принятием Федерального закона "Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации". Среди прочих он внес изменения в Закон РФ "О средствах массовой информации", а именно дополнил последний статьей 16.1. Эта статья предусматривает приостановление выпуска средства массовой информации за нарушение законодательства о выборах и референдумах. В результате этого журналистское сообщество пришло в некоторое волнение, так как данная норма, будучи применяемой к СМИ в условиях отсутствия четкого законодательного регулирования, существенно ограничивала свободу массовой информации.

Проблема заключалась в размытости формулировок Федерального закона "Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации" от 12 июня 2002 г. №67-ФЗ в части, касающейся разграничения информирования и предвыборной агитации. Во-первых, перечень действий, признаваемых агитационными, изложен в этом законе таким образом, что фактически любое информационное сообщение можно подвести под понятие агитации, а во-вторых, данный перечень законодатель счел возможным оставить открытым.

2. Перед началом избирательной кампании в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации 2003 г. Центральная избирательная комиссия РФ и Министерство Российской Федерации по делам печати, телерадиовещания и средств массовых коммуникаций (МПТР) выпустили одноименные брошюры "СМИ и выборы". В них разъяснялось, каким образом средства массовой информации следует освещать избирательную кампанию, чтобы не быть обвиненными в проведении незаконной предвыборной агитации. Проблемы эти издания не решили, так как все рекомендации сводились к двум основным тезисам: либо положиться на то, что закон рассчитан на адекватного правоприменителя, либо фактически ограничиться ролью "подставки для микрофона".

3. В ходе избирательной кампании по выборам в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации 2003 г. эти проблемы встали наиболее остро, вследствие чего трое журналистов – С.А. Бунтман, К.А. Катанян, К.С. Рожков – и группа депутатов Государственной Думы обратились в Конституционный Суд РФ с просьбой признать

неконституционными ряд положений Федерального закона "Об основных гарантиях...", касающихся информационного обеспечения выборов.

Оказавшись в сложной политической ситуации, Конституционный Суд нашел из нее, на наш взгляд, достаточно неординарный выход. Рассмотрев на заседании 13 октября 2003 г. дело о проверке конституционности данных положений закона, Конституционный Суд РФ вынес 30 октября Постановление по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона "Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан РФ" в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобами граждан С.А. Бунтмана, К.А. Катаняна, К.С. Рожкова (далее – Постановление). Что любопытно, Постановление было с одобрением встречено и Президентом РФ, который назвал его "оптимальным", и Центризбиркомом, и представителями журналистского сообщества.

Данным Постановлением признано не соответствующим Конституции РФ положение пп."ж" п.2 ст.48 Федерального закона "Об основных гарантиях...", который устанавливал открытый перечень действий, признаваемых агитационными, а также положения иных нормативных актов, содержащих такое же положение, т.е. аналогичные нормы в Федеральных законах "О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации", "О выборах президента РФ", в региональных избирательных законах (см. пункты 3, 5 резолютивной части Постановления). В Постановлении дано общеобязательное толкование положений п.5 ст.45, подпунктов "б", "в", "г", "д", "е" п.2 и пп."ж" п.7 ст.48 Федерального закона "Об основных гарантиях...". В резолютивной части Постановления (п.4) указано: "Конституционно-правовой смысл... выявленный в настоящем Постановлении, является общеобязательным и исключает любое иное их истолкование в правоприменительной практике...". Собственно говоря, дача толкования положений федеральных законов по подобным делам – типичная для Конституционного Суда практика, поскольку выявить конституционность тех или иных положений без выявления их смысла крайне затруднительно.

4. Интерес вызывает толкование некоторых из положений, которые оспаривались заявителями. В основу Постановления положено разграничение информирования и предвыборной агитации по признаку наличия специальной агитационной цели – умысла: "Поскольку как агитация, так и информирование любого характера могут побудить избирателей сделать тот или иной выбор... критерием, позволяющим различить предвыборную агитацию и информирование, *может* [выделено нами. – М. К.] служить лишь наличие специальной цели...". Однако, во-первых, как следует из текста Постановления, это лишь *ориентировочный* критерий, но не обязательный. Во-вторых, совершенно неясно, как эту агитационную цель возможно доказать на практике. Конституционный Суд предоставляет решать эту задачу судам общей юрисдикции.

По нашему мнению, в п.4.2 Постановления имеется логическая ошибка – подмена понятия: "Само по себе позитивное или негативное *мнение* [выделено нами. – М. К.] о ком-либо из кандидатов не является предвыборной агитацией" –

утверждение абсолютно бесспорное. Но непосредственно за этим следует: "Выражение предпочтения" является ничем иным, как разновидностью **выражения** [выделено нами. – М.К.] мнений. Следовательно...". Но понятия "мнение" (наличие мнения) и "выражение мнений" – не тождественны! А именно из этой логической ошибки Конституционный Суд делает вывод о том, что "применительно к профессиональной деятельности представителей средств массовой информации толкование такого действия, как выражение предпочтения, в качестве правонарушения – без доказанности его направленности именно на агитацию – означало бы ограничение свободы выражения мнений и нарушение свободы массовой информации (статья 29, части 1, 3, 5 Конституции Российской Федерации)".

Однако такое толкование данного положения закона именно применительно к представителям СМИ означает ущемление прав граждан на свободу выбора, свободное волеизъявление. Профессия накладывает на человека некоторые обязанности, и трудно не согласиться с тем, что "выражение мнения" соседки и "выражение мнения" через средства **массовой** информации по-разному влияют на формирование внутренних убеждений и волеизъявления. Журналист может иметь свое мнение, и это, разумеется, агитацией являться не будет. Но выражение этого мнения – без сомнения, агитация, поскольку, выражая свое мнение через СМИ, журналист не может не знать о последствиях этого выражения, а следовательно, можно с уверенностью говорить о наличии косвенного умысла на проведение агитации.

5. Интересно и толкование пп."д" п.2 ст.48 Федерального закона "Об основных гарантиях...". Данный пункт устанавливает, что предвыборной агитацией признается информация о деятельности кандидата, не связанной с его профессиональной деятельностью или исполнением им своих служебных (должностных) обязанностей. Трудно не согласиться с тем, что данное положение лишает СМИ возможности каким-либо образом проинформировать избирателей о том либо ином кандидате. Фактически избиратель узнает о кандидате лишь то, что кандидат пожелает сообщить о себе. Однако в своем толковании, вместо того, чтобы юридически признать пп."д" п.2 ст.48 не соответствующим Конституции, Конституционный Суд делает это фактически: "распространение данной нормы на представителей организаций, осуществляющих выпуск средств массовой информации... без подтверждения агитационной цели их действий означало **бы** [выделено нами. – М.К.] существенное ограничение права избирателей на получение достоверной, объективной и всесторонней информации о кандидатах... Одновременно это ущемляло бы право граждан свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом, и, следовательно, противоречило **бы** [выделено нами. – М.К.] статье 29 (части 4 и 5) Конституции Российской Федерации". При этом норма пп."д" п.2 ст.48 Федерального закона "Об основных гарантиях..." признана **соответствующей** Конституции. Правда, сфера ее действия сужена: отныне на представителей СМИ она не распространяется. Конституционный Суд, по сути, выступил в роли законодателя.

К сожалению, Суд не прислушался (или прислушался довольно своеобразно) к словам приглашенного на заседание эксперта – д.ю.н. М.А. Федотова, – который заявил, что проблема – не в размытости формулировок п.2 ст.48, а в самом определении агитации (п.4 ст.2 Федерального Закона "Об основных гарантиях..."): "Агитация – это деятельность... имеющая цель побудить или **побуждающая**..."

Постановление Конституционного Суда РФ дает толкование ряду положений Федерального закона "Об основных гарантиях..." и, в частности, **косвенно** признает не соответствующим Конституции словосочетание "или побуждающая" – однако **юридически** неконституционным его не признает.

Представляется, что, вместо того, чтобы давать толкование Федеральному закону, Суду было достаточно признать не соответствующими Конституции РФ всего лишь два слова – "или побуждающая" – так как именно в них и заключается объективное вменение, указание на возможность агитационных действий при отсутствии умысла.

На сегодняшний момент важно, что Конституционный Суд сумел найти "золотую середину" в регулировании данной сферы общественных отношений с тем, чтобы необходимое ограничение свободы массовой информации по возможности не умаляло свободы выборов.

ЛИТЕРАТУРА

1. Постановление Конституционного Суда РФ №15-П от 30.10.2003 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона "Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан РФ" в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобами граждан С.А. Бунтмана, К.А. Катаняна, К.С. Рожкова.

SUMMARY

Article 48 of the Federal Law of the Russian Federation "On basic guarantees of electoral rights of the citizens" includes a very uncertain definition of the agitation. The normal work of the mass media has been paralyzed by the application of this norm. In its Resolution of Oct 30, 2003 No. 15-P the Constitutional Court of the Russian Federation distinguished "information" and "agitation". But, in author's opinion, it wasn't made properly. The author analyzes the Resolution in detail.

Key words: federal law, basic guarantees of electoral rights of the citizens, agitation, the Constitutional Court of the Russian Federation.

В. Артиш

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – к. ю. н., доц. А. М. Школик

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РЕФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ ОБРАННЯ НАРОДНИХ ДЕПУТАТІВ В УКРАЇНІ

Однією із визначальних ознак демократичної, соціальної, правової держави є можливість проведення у ній повноцінних виборів, адже саме завдяки останнім найповніше буде реалізована ідея здійснення влади народом безпосередньо, вирішено важливі питання взаємодії держави і громадянина.

Актуальність цього питання зумовлена тим, що в умовах існування нестабільного законодавства про вибори народних депутатів в Україні існування демократичного устрою держави можливе не лише тоді, коли громадяни мають виборчі права і коли здійснення цих прав відбувається за встановленою законодавчою процедурою, якої неухильно дотримуються. Адже обов'язково ця процедура своїм змістом забезпечує формування працездатних та ефективних органів влади, стимулює суспільні процеси творення інституцій, що роблять вибір громадян ефективним. Визначення в новому Законі України "Про вибори народних депутатів України" головним суб'єктом виборчих змагань політичних партій дало можливість започаткувати новий тип виборчої системи для України, піднести роль партій у суспільстві. І хоча головна мета від запровадження нового типу виборчої системи – формування більшості у парламенті, на нашу думку, не була досягнута, структура парламенту стала більш чіткою і прогнозованою, а суспільство почало краще усвідомлювати роль політичних партій у державному житті.

Можливо, варто відзначити, що обраний предмет статті – інститут не правовий, а політичний. Дійсно, зміст виборчої системи належить до сфери політики. Однак важко знайти таку галузь діяльності, де б юриспруденція могла обмежитися колом своїх власних проблем. Найчастіше їй необхідно використовувати досягнення спеціальних наук, щоб надати цим досягненням у необхідних випадках правової форми. Зміст виборчої системи належить до сфери політики, питання про вибір тієї чи іншої виборчої системи – ці насамперед питання політичної доцільності. Однак усе це не позбавляє сам інститут виборчої системи правової природи тією мірою, якою він належить до законодавчого регулювання виборчого процесу.

У радянській і сучасній українській правовій науці загалом відсутні комплексні юридично-політологічні дослідження виборчих системи у вузькому сенсі. Однак видається, що основна причина полягає у відсутності, на думку вітчизняних дослідників теорії виборчого права, у цьому явищі правових складових, які були б досить вагомими для її вивчення. Можна частково

погодитись із їхньою думкою, що втілення різних систем у законодавчій практиці – це питання, що не представляє особливої складності, а питання про політичну виправданість їх застосування повинно бути предметом уваги політологів. Відзначимо, що, коли ми, приміром, досліджуємо підприємництво чи інші правові інститути, то ми перш за все виходимо з необхідності, доцільності їх правового регулювання, а вже потім звертаємося до засобів їх регулювання, і роз'єднати ці два явища неможливо в принципі. Отже, у цій статті ми спробуємо проаналізувати це явище як комплексне, юридичний зміст якого є похідним від питання доцільності.

Деякі впливові політики, говорячи про необхідність вибору конкретно визначеної системи, вважають за потрібне повернутися до суто мажоритарної виборчої системи з обранням усіх народних депутатів України за одномандатними виборчими округами. Вважаємо, що повернення до мажоритарної виборчої системи, навіть у дещо зміненому вигляді, було б відступом від досягнень у реформуванні виборчої системи України.

На наше переконання, сьогодні запровадження пропорційної системи виборів народних депутатів України замість змішаної, у такому варіанті, як вона передбачена чинним законом, матиме більші шанси за умов існування двопалатного парламенту, верхня палата якого формувалася б за зовсім іншим принципом, що зумовлено взаємозалежністю виборчої системи, політичної системою та формою правління. Адже до негативних рис зазначеної системи можна віднести те, що переважна більшість існуючих в Україні політичних партій відзначаються тим, що не мають широкої соціальної бази. За таких умов можливе неусвідомлене голосування за ту чи іншу партію або блок партій.

Хоча за умов існування в Україні однопалатного парламенту було б більш доцільно застосовувати модифікований варіант пропорційної системи, який легко б сприймався ментальністю народу, що базована переважно на мажоритарній традиції. Застосування модифікованої виборчої системи пояснюється намаганням поєднати позитиви різних систем та уникнути їх недоліків або, хоча б звести ці недоліки до мінімуму. Адже відомо, що існування мажоритарної виборчої системи призводить до втрати голосів меншості, яка, проте, може поступитися на виборах лише кількома відсотками. З іншого боку, суто пропорційна система призводить до призупинення розвитку партійної системи, фрагментації парламенту країни. Як наслідок – відсутність сталої фракційної структури найвищого законодавчого органу та значне ускладнення законодавчої діяльності.

Сьогодні найбільш актуальнішим із всієї кількості (їх близько 20) законопроектів, на нашу думку, є взятий за основу проект 2525-1 від 14.01.2003 р., підготовлений народними депутатами С. Гавришем, Ю. Іоффе та Г. Дашутіним. Цей проект пропонує таку виборчу систему: народні депутати України обираються по 450 територіальних виборчих округах шляхом висування персоніфікованими виборчими списками кандидатів у народні депутати від політичних партій (виборчих блоків партій). Виборчий список кожної партії

(блоку) складається з 450 кандидатів, навпроти прізвища яких зазначається номер виборчого округу. Кандидат є уповноваженим представником цієї партії (блоку), її представник – кандидат в народні депутати – вестиме передвиборчу агітацію від імені партії у конкретному окрузі. Право висування уповноважених представників належить лише політичним партіям (блокам), тільки вони є суб'єктами виборчого процесу. Політична партія (блок) може висунути лише одного уповноваженого представника у відповідному територіальному виборчому окрузі. Допускається висування політичною партією (блоком) уповноваженими представниками – кандидатами в народні депутати – осіб, що не є членами політичних партій. Самовисування не допускається.

Черговість кандидатів у депутати у списку партії (блоку) визначається більшим відсотком набраних партією (блоком) голосів у виборчому окрузі, який представлений конкретним уповноваженим партії (блоку) – кандидатом у народні депутати, порівняно з результатами голосування за партію в інших виборчих округах і затверджується Центральною виборчою комісією. Таким чином, значна частина недоліків існуючої пропорційної виборчої системи буде усунена, оскільки черговість кандидатів у списку партії буде визначатися не перед виборами, а за результатами голосування за партію у територіальних виборчих округах.

Право розподіляти депутатські мандати мають ті партії, за які віддано не менше 5% голосів виборців у загальнодержавному масштабі. Мандати партій, що не подолали виборчого бар'єру, розподіляються пропорційно між партіями-переможцями.

Можливо, що всі "нові" партії (ті, що утворилися вже після виборів 1998 р.) не цілком будуть підтримувати цей закон, оскільки у регіонах майже відсутня розширена структура осередків. Звичайно, керівництво цих партій та їх парламентських фракцій усвідомлює, що за таких умов їм буде важко конкурувати зі "старими" партіями у багатомандатному загальнодержавному окрузі, тому єдиним виходом для них залишатиметься об'єднання у виборчі блоки.

Виборча система є реальним відображенням демократичного розвитку **суспільства**, виходячи з розгляду запропонованих систем у законопроектах (С. Ларін та інші 4285-2 від 31.12.2003 р.; Б. Гунський та інші 4285-3 від 23.01.2004 р.; М. Рудковський та інші 4285-4 від 29.01.2004 р.) можна судити, чи сучасні політичні лідери є справді лідерами, а не просто організаторами політичних партій – своєрідного "продукту, який купує електорат під час виборів". На жаль, у запропонованих законопроектах простежується орієнтація на останнє твердження. Підтверджується давня істина, що кожна влада пропонує виборчу систему під себе, а не для розвитку демократії. Відзначимо, що виборчий законопроект С. Гавриша в останній редакції (4285-5 від 02.02.2004 р.) є кроком назад порівняно з його попереднім законопроектом. Зокрема, в ньому передбачається фігурування п'ятірки уповноважених партією, яка повинна позачергово розглядатися незалежно від кількості голосів, набраних ними по

округах, у разі набрання партією (виборчим блоком) більше 5% виборців у межах загальноmandатного виборчого округу, що буде порушенням не тільки принципу рівних можливостей кандидатів, який передбачається у законопроекті, а й суперечитиме принципу рівного виборчого права, закріпленого в Конституції України.

Виборче законодавство повинно виконувати роль стимулюючих норм для суспільного прогресу, водночас із віддзеркаленням суспільних настроїв бути інструментом суспільної стабільності. В умовах України це законодавство має динамічно розвиватися, удосконалюватися, створюючи умови для підвищення ефективності роботи державної влади.

Успішне вирішення зазначених та інших актуальних проблем реформування виборчої системи – одна із важливих умов розбудови України як демократичної і правової держави.

SUMMARY

The actuality of the theme of this article is determined by the fact that under conditions of increasing social interest in the elections (that is formative procedure of the sole legislative body – the Supreme Council of Ukraine) and variety of the electoral systems, which are suggested in the draft laws submitted to Parliament, the role of the constitutional law has increased substantially. In particular, the urgent need for the research of the constitutional law aspects of the contemporary parliamentary elections and appreciating its place among other electoral systems of the world is substantiated.

Key words: elections, Supreme Council of Ukraine, constitutional law.

Т. Мозолева

Российская Федерация

Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова

Научный руководитель – д. ю. н. Е. Лукьянова

К ВОПРОСУ О КОНСТИТУЦИОННО–ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Ответственность в праве обычно определяется как "применение к виновному лицу мер государственного принуждения за совершенное правонарушение" [1, с.101]. В этом понятии отсутствует определяющий, на наш взгляд, признак ответственности – отрицательные последствия для правонарушителя. Если исходить из приведенного определения, то в понятие ответственности будет включаться процесс восстановления нарушенного права, так как именно он будет применением к лицу мер государственного принуждения. Ответственность же всегда представляет собой претерпевание, правовой урон, обременение правонарушителя и "отнюдь не сводится к принудительному осуществлению одной только обязанности, которую он по каким-то причинам добровольно не выполнил" [2, с.28].

Такие признаки ответственности, как государственное принуждение, осуждение обществом противоправности деяния, применение мер ответственности компетентными государственными органами, тесная связь с правовыми нормами, являются обязательными, но не определяющими. Рассмотрим это положение подробнее. Так, меры государственного принуждения не всегда являются ответственностью, например, при реквизиции имущества, при применении мер медицинского характера, при аресте и обыске. Одним из наиболее существенных признаков ответственности, помимо отрицательных последствий, является осуждение обществом деяния как правонарушения.

Таким образом, наиболее удачным определением ответственности представляется определение О.С.Иоффе, который понимал данный институт как "меру государственного принуждения, которая выражается в отрицательных последствиях для правонарушителя, наступающих в виде ограничений личного или имущественного порядка" [3, с.318]. Это определение позволяет отграничить ответственность от принудительных мер, носящих **вспомогательный** характер, потому что их применение не содержит **итоговой правовой оценки**, так как в ходе их применения не решается вопрос об ответственности за правонарушение. Итак, можно дать еще одно определение ответственности – это вид государственного принуждения, представляющий собой негативные последствия, выражающиеся в обязанности претерпеть определенные лишения или ограничения имущественного либо личного порядка, применяемый в строго определенных законом случаях и порядке.

В теории государства и права обычно выделяют уголовно-правовую, административную, гражданско-правовую и дисциплинарную ответственность. Долгое время эти виды ответственности оставались общепризнанными. Безусловно, попытки признать наличие иных видов ответственности предпринимались, но, в конечном счете, любой "новый" вид ответственности сводился к одному из традиционных. В связи с этим встает вопрос: что же необходимо для признания того или иного вида ответственности самостоятельным? Необходимо наличие ряда определенных признаков, а именно: специфические основания, санкции, субъекты и источники ответственности. Именно эти элементы, присущие только данному виду ответственности, делают его самостоятельным.

Обратимся к основаниям конституционно-правовой ответственности. Дело в том, что существует два подхода к пониманию института конституционно-правовой ответственности, обозначаемых в литературе как "широкий" и "узкий" подходы. В первом случае основной задачей конституционной ответственности является борьба против злоупотребления со стороны властных структур вне зависимости от того, в каких конкретных правонарушениях это находит выражение. Таким образом, основаниями конституционной ответственности являются нормы и конституционного, и уголовного, и финансового законодательства. В случае же "узкого" подхода к пониманию конституционной ответственности ее задачей является, прежде всего, защита Конституции и конституционного строя. И в данном случае нормативным основанием конституционной ответственности становятся нормы Конституции и иные нормы конституционного законодательства.

Если рассматривать источники конституционно-правовой ответственности, то они тоже, безусловно, являются специфическими. В случае "широкой" концепции конституционно-правовой ответственности ее основанием признают не только нормы конституционного законодательства, но и нормы уголовного. Проблематичность данного подхода заключается в том, что к нормам конституционной ответственности в Российской Федерации придется отнести и ст.278 УК РФ, предусматривающую ответственность за насильственный захват власти или насильственное удержание власти. Отнести данную статью к источникам конституционной ответственности можно только с определенными оговорками. В другом случае, к источникам конституционной ответственности можно будет отнести только нормы конституционного права, то есть Конституцию, федеральные законы, федеральные конституционные законы и основные законы субъектов Федерации [4; 3, с.318].

Следующий необходимый элемент для признания определенного вида ответственности самостоятельным – это специфические субъекты ответственности. Так, сторонники "широкого" подхода к конституционной ответственности ограничивают субъектов ответственности лишь властными структурами и их должностными лицами, т.е. теми, кто обладает властными полномочиями. Это связано с задачей ответственности при данном подходе – т.е.

с задачей ограничения и упорядоченности деятельности власти. Соответственно, только она должна быть субъектом конституционной ответственности. Что касается другого подхода, который исходит из задачи защиты Конституции, то здесь субъектами конституционной ответственности становятся субъекты права, нарушающие Конституцию и не обязательно обладающие властью. В данном случае обнаруживается парадокс – круг субъектов при "узком" подходе значительно расширяется, фактически совпадая со всеми субъектами права, способными нарушить все конституционные нормы.

Острые дискуссии разгораются и по вопросу о конкретных мерах воздействия, являющихся следствием конституционно-правовой ответственности. Так, нет единства мнений по поводу того, относится ли такая мера, как отмена незаконных актов, к санкциям конституционной ответственности. В то же время, из "широкого" подхода вытекает то, что санкцией является даже лишение свободы. Тем не менее, в случае обоих подходов существуют санкции конституционной ответственности, которые являются характерными только для данного вида ответственности (например отставка Правительства). Следовательно, этот признак удовлетворяет критерию специфичности.

Одновременно и "узкая", и "широкая" концепции конституционной ответственности не исключают признания ее самостоятельным видом юридической ответственности, но эта самостоятельность несет разный смысл. "Широкий" подход к конституционно-правовой ответственности делает ее характер комплексным, собирательным, так как включает в себя и меры дисциплинарного воздействия, и уголовные санкции, и, естественно, чисто конституционные санкции. Самостоятельность ее проявляется только в специфике субъектов ответственности.

Самостоятельность конституционной ответственности в свете "узкого" подхода выражается не только в особых субъектах, но и в комплексе признаков [5, с.30]. Нельзя полностью согласиться с Н.М.Колосовой, придерживающейся данной точки зрения. Уголовные санкции, будучи примененными в конституционном праве, безусловно, останутся чисто уголовными мерами воздействия, но в данном случае они будут служить несколько иной цели, чем в уголовном праве. Точнее, к целям и задачам уголовной ответственности добавятся и определенные задачи конституционной ответственности, например такая задача, как охрана конституционного строя или конституционных прав и свобод граждан. Таким образом, уголовные санкции не только приобретут конституционный характер ("оттенок", если угодно), но и наполнятся новым содержанием. Следовательно, "широкий" подход к пониманию конституционной ответственности более оправдан. В отечественной литературе, которая, как уже было сказано, тяготеет к концепции "узкого" подхода, существуют определенные изъятия из него, например порядок привлечения к уголовной ответственности судей.

ЛИТЕРАТУРА

1. Алексеев С.С. Государство и право. – М., 1996. – С.10.
2. Спиридонов Л.И. Теория государства и права. – М., 1997. – С.28.
3. Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. – М., 1962. – С.318.
4. Колосова Н.М. Конституционная ответственность – самостоятельный вид юридической ответственности // Государство и право. – 1997. – №2.
5. Колосова Н.М. Конституционная ответственность в Российской Федерации. – М., 2000. – С.30.

SUMMARY

The article is devoted to the issue of constitutional responsibility. The author analyzes the comprehension of this very institute not only in the legislation of the Russian Federation, but in the scientific researches, as well. A broad approach to the constitutional responsibility is criticized here. The author gives her own vision of the definition and characteristics of constitutional responsibility, drawing the conclusion about the necessity to differentiate the responsibility of such a kind from the others.

Key words: constitutional responsibility, characteristics of constitutional responsibility, source of constitutional responsibility.

Розділ IV.

Проблеми цивілістики і підприємництва

А. Барінов

Україна

Київський національний університет імені Тараса Шевченко

Науковий керівник – О. Кохановська

ПЕРЕВАГИ ТА НЕДОЛІКИ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО ЗНАКИ ДЛЯ ТОВАРІВ І ПОСЛУГ

В Україні питання охорони об'єктів інтелектуальної власності, до яких належить такий об'єкт, як знаки для товарів і послуг, з кожним роком набуває дедалі більшого значення. Процеси інтеграції нашої країни до Європейського Союзу (ЄС) тривають. Для досягнення цієї мети Україна, як і будь-яка інша країна, що має намір стати повноправним членом ЄС, повинна забезпечити виконання досить жорстких вимог, які умовно можна поділити на дві основні групи:

- 1) країни, що мають намір стати повноправними членами ЄС повинні мати дієздатну ринкову економіку, витримувати конкуренцію, брати повноцінну участь у ринкових перетвореннях у рамках спільного ринку ЄС;
- 2) ці країни мають дотримуватися правил та принципів, встановлених у рамках ЄС.

Належна правова охорона товарних знаків як найбільш впливових елементів функціонування спільного ринку і є одною з найголовніших вимог ЄС до України.

Знак для товарів і послуг (торговельна марка) – об'єкт права інтелектуальної власності, що з давніх-давен увійшов у повсякденне життя кожної людини, яка бере участь у процесі купівлі-продажу, – можна розглядати як невід'ємний елемент ринкових відносин і здорової конкуренції. Виконуючи функцію індивідуалізації товарів та послуг суб'єктів підприємницької діяльності, гарантуючи якість цих товарів і послуг, торговельні марки мають велике економічне значення для їх власників і стають одним із найбільш цінних об'єктів виключних прав.

З метою гармонізації національних законодавств у рамках Євросоюзу, зокрема законодавства у сфері охорони прав на об'єкти промислової власності, була розроблена Директива ЄЕС №89/104 з гармонізації національних законодавств про товарні знаки, яка діє з 1989 р. (далі – Директива). Відповідно до статті 2 цієї Директиви товарний знак може бути представлений будь-яким позначенням, яке виконано графічним способом і сприймається візуально.

В чинному законодавстві України поняття товарного знака визначається Законом України "Про охорону прав на знаки для товарів та послуг" від 23 грудня 1993 р., в якому сказано, що це "позначення, за яким товари та послуги одних осіб відрізняються від товарів і послуг інших осіб". Цей закон визначає, що об'єктом знака можуть бути словесні, зображувальні, об'ємні та інші позначення або їх комбінації, виконані у будь-якому кольорі чи поєднанні кольорів. Подібне за змістом визначення містить стаття 492 Цивільного кодексу України. На перший погляд, таке формулювання повністю охоплює позначення, які можуть бути торговельними марками, зазначені в Директиві. Однак наведений в українському законодавстві перелік не охоплює повністю усіх можливих позначень, прийнятих світовою спільнотою для реєстрації їх у якості знака. Недоліком є те, що у визначенні знака не вказано на можливість його графічного відтворення, що дає можливість більш чітко визначити коло позначень, які можуть бути зареєстровані в якості знака для товарів та послуг. Показовим у цьому плані є положення закону Великобританії "Про товарні знаки", параграф I частини першої якого визначає: "В якості знаків розглядаються усі позначення, що можуть бути представлені графічно і мають можливість відрізнити товари або послуги одного підприємства від товарів або послуг інших підприємств".

Згідно з Директивою позначенню не надається правова охорона, якщо воно:

- не може бути знаком (не може бути представлено у графічному вигляді);
- не має розрізняльної здатності, складається лише з позначень, що використовуються у торгівлі для зазначення виду, якості, кількості, географічного походження або часу виготовлення товару чи надання послуги або інших характеристик товарів;
- є загальноживим символом;
- складається лише з форми, обумовленої характером самих товарів, або форми товарів, необхідної для отримання технічного результату, або форми, яка надає значну цінність товару;

- суперечить державним принципам та прийнятним принципам моралі;
- вводить в оману споживача щодо характеру, якості чи географічного походження товарів або послуг;
- застосування цього позначення може бути заборонено відповідно до положень іншого закону;
- є релігійним символом або містить знак високого символічного значення;
- містить заявку на реєстрацію знака, яку було подано заявником недобросовісно[1, с.6].

В чинному українському законодавстві не всі зазначені підстави для відмови знайшли своє відображення. Наприклад, у Законі відсутня така підстава в наданні правової охорони знакам, тотожним або схожим настільки, що їх можна сплутати з релігійними символами або іншими знаками, що можуть розглядатися як знак високого символічного значення.

Суперечливим є абзац 5 частини 2 статті 6 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг", який вказує на неможливість реєстрування позначень, "оманливих або таких, що можуть ввести в оману щодо товару, послуги чи особи, яка виробляє товар або надає послугу". Одразу ж виникають запитання: який орган та за якими фактами може визнати, що реєстрація вводитиме в оману? Чи можна вважати це одноосібним визначенням посадової особи, або ж факт введення в оману чи можливості такого введення мають бути доведені, наприклад, у суді? При цьому повинні оцінюватися докази, надані обома сторонами. Як свідчить міжнародний досвід, факт введення в оману споживача або можливості такого введення щодо товару або особи, яка його виробляє, встановлюється тільки у судовому порядку за позовом особи, яка може довести такий факт.

Ще одним недоліком українського законодавства про товарні знаки є відсутність визначеного у статті 7-bis Паризької конвенції про охорону промислової власності від 1883 р. правового режиму колективного товарного знака. У вищезгаданій конвенції відзначено: "Країни Союзу зобов'язуються приймати заявки на реєстрацію та охороняти колективні знаки, що належать колективам, існування яких не суперечить закону країни походження, навіть якщо такі колективи не є власниками промислового чи торговельного підприємства"[2, с.97]. Опосередковано поняття "колективний торговий знак" торкається частина 3 статті 16 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг", в якій зазначено: "Взаємовідносини при використанні знака, свідоцтво на який належить кільком особам, визначається угодою між ними", а в ч.2 ст.493 ЦК України сказано, що право інтелектуальної власності на певну торговельну марку може належати водночас кільком фізичним та (або) юридичним особам. Однак подібна відсутність чіткого режиму правового регулювання відносин, пов'язаних із використанням колективних товарних знаків, як показує практика, призводить до значних фінансових витрат та довгострокових судових процесів. Тому потрібне окреме визначення колективного договору, як це робить, наприклад, Закон Російської Федерації "О

товарных знаках и знаках обслуживания" у ст.23: "Коллективным знаком является товарный знак союза, хозяйственной ассоциации, концерна или иного добровольного объединения предприятий, предназначенный для обозначения выпускаемых или реализуемых ими товаров, обладающих едиными качественными или иными общими характеристиками".

У той же час не можна стверджувати, що законодавство України про знаки для товарів і послуг зовсім не розвивається. Прогресивним явищем є введення у новий Цивільний кодекс поняття "добре відомої торговельної марки", зазначеної у ч.3 ст.494 ЦК України та ст.25 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг". Проблема незаконного використання добре відомих торговельних марок, які не були зареєстровані в Україні, існувала ще з 1991 р. (на чому не раз наголошував ЄС) і нарешті була вирішена.

Таким чином, можна зробити висновок, що, хоча законодавство України про знаки для товарів і послуг поки що не повною мірою відповідає міжнародному законодавству, проте його розвиток відбувається у правильному напрямі. Існуючі ж розбіжності мають тимчасовий характер і будуть уніфіковані з метою створення найбільш ефективного правового режиму захисту знаків для товарів і послуг.

ЛІТЕРАТУРА

1. Директива ЄЕС №89/104 з гармонізації національних законодавств про товарні знаки // Офіційний бюлетень №L040. – 1989. – 11 лют.
2. Мельников В.М. Товарные знаки за рубежом на финише XX века. – М.: ИНИЦ Роспатента, 2001.

SUMMARY

The article deals with the analysis of Ukraine's legislation, i.e. consideration of its advantages and shortcomings, laying the stress on trade and service marks. The author singles out the basic provisions of the Civil Code of Ukraine, regulating this very legal phenomenon, and the articles of the Directives of the European Union No. 89/101. Several shortcomings and loopholes of Ukraine's legislation in comparison with the above-mentioned Directive are presented.

Key words: trade and service marks, shortcomings of Ukraine's legislation

Л. Рабчинська

Україна

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Науковий керівник – проф. В. Щербина

**ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ПІДПРИЄМСТВА
З ІНОЗЕМНИМИ ІНВЕСТИЦІЯМИ**

Найпоширенішою формою здійснення іноземних інвестицій є створення підприємств з іноземними інвестиціями (далі – ПІІ) [1, с.94]. Введений у дію Господарський кодекс України (далі – ГК) розмежував на законодавчому рівні поняття іноземних підприємств та ПІІ. Водночас положення ГК у частині визначення ПІІ дублюють статті Закону України "Про режим іноземного інвестування", не встановлюючи нових норм, які б регламентували його статус. Отже, відповідно до законодавчого визначення підприємство з іноземними інвестиціями – це підприємство (організація) будь-якої організаційно-правової форми, створене відповідно до законодавства України, іноземна інвестиція в статутному фонді якого, за його наявності, становить не менше 10 відсотків. Підприємство набуває статусу ПІІ з дня зарахування іноземної інвестиції на його баланс.

У той же час у ч.4 ст.3 Закону України "Про режим іноземного інвестування" вказано, що іноземні інвестиції можуть здійснюватися у формі придбання не забороненого законами України нерухомого чи рухомого майна, шляхом прямого одержання майна та майнових комплексів або у вигляді акцій, облігацій та інших цінних паперів.

Виходячи з викладеного вище, можна зробити висновок, що, наприклад, купівля нерезидентом акцій у акціонера діючого акціонерного товариства (далі – АТ) вважається іноземною інвестицією та підлягає реєстрації. Однак, як уже вказувалося, законодавець пов'язує статус ПІІ із зарахуванням інвестиції на баланс реципієнта, а не його акціонера. Таким чином, у цьому випадку акціонерне товариство не набуває статусу ПІІ. Отже, якщо діюче АТ хоче набути статусу ПІІ, єдиним виходом із ситуації може бути викуп акціонерним товариством акцій у акціонера-резидента та подальший продаж їх нерезиденту. Процедура викупу акцій акціонерним товариством урегульована ст.32 Закону України "Про господарські товариства".

Визначаючи правове становище ПІІ, законодавство України виходить, як правило, з принципу національного режиму ПІІ. Тобто ПІІ надається такий же статус (ті ж права та обов'язки), що й іншим українським підприємствам. Такі ж положення закріплені і в міжнародних договорах України з іншими державами. Винятками з цього правила є такі випадки:

1. Майно, що ввозиться в Україну як внесок іноземного інвестора до статутного фонду ПІІ (крім товарів для реалізації або власного споживання), звільняється від обкладення митом. При цьому митні органи здійснюють

пропуск такого майна на територію України на підставі виданого підприємством простого векселя на суму мита з відстроченням платежу не більш як на 30 календарних днів з дня оформлення ввізної вантажної митної декларації. Вексель погашається і ввізне мито не справляється, якщо у період, на який дається відстрочення платежу, зазначене майно зараховане на баланс підприємства і податковою інспекцією за місцезнаходженням підприємства зроблена відмітка про це на примірнику векселя.

Якщо протягом трьох років від часу зарахування іноземної інвестиції на баланс ППІ майно, що було ввезене в Україну як внесок іноземного інвестора до статутного фонду зазначеного підприємства, відчужується, у тому числі у зв'язку з припиненням діяльності цього підприємства (крім вивезення іноземної інвестиції за кордон), ППІ сплачує ввізне мито, яке обчислюється виходячи з митної вартості цього майна, перерахованої у валюту України за офіційним курсом валюти України, визначеним Національним банком України на день здійснення відчуження майна. Зазначені вище положення встановлені ст.18 Закону України "Про режим іноземного інвестування".

Порядок видачі, обліку і погашення векселів урегульований постановою Кабінету Міністрів України від 7 серпня 1996 р. №937 "Про затвердження Порядку видачі, обліку і погашення векселів, виданих під час ввезення в Україну майна як внеску іноземного інвестора до статутного фонду підприємства з іноземними інвестиціями, а також за договорами (контрактами) про спільну інвестиційну діяльність, та сплати ввізного мита у разі відчуження цього майна".

Усі наведені нормативні акти і досі є чинними. Однак прийнятий 27 листопада 2003 р. Закон України "Про Державний бюджет України на 2004 рік" статтею 71 заборонив здійснення розрахунків із бюджетом у негрошовій формі, зокрема шляхом взаємозаліку та застосування векселів. Керуючись принципом дії закону у часі, можна зробити висновок, що дія ст.18 про обкладення митом призупинена у частині, в якій описано використання векселя. Отже, залишається чинним лише задеклароване право ППІ на звільнення від обкладення митом без процедури його реалізації.

2. Підприємствам з іноземними інвестиціями дозволяється встановлювати в їхніх статутах норми, що регулюють трудові відносини іншим чином, ніж це передбачено законодавством про працю. При цьому гарантії щодо зайнятості, охорони праці, праці жінок, молоді, інвалідів надаються у порядку, передбаченому законодавством про працю (ч.2 ст.3 Кодексу законів про працю).

Режим оподаткування ППІ був змінений прийняттям Закону України "Про внесення змін до деяких законів України з метою усунення випадків ухилення окремих підприємств, створених за участю іноземних інвесторів, від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)" №2899-III від 20 грудня 2001 р. Зазначеними змінами підприємствам з іноземними інвестиціями була заборонена видача податкового векселя під час ввезення товарів на митну територію України. Однак із прийняттям Закону України "Про внесення змін до деяких законів України з питань оподаткування щодо зернових культур" №1240-IV від 23 жовтня 2003 р., який відповідно до прикінцевих положень діє з дня його опублікування і до 1 липня 2004 р., у ст.11 Закону України "Про податок на

додану вартість" в абзаці 11 п.11.5 слова про заборону видачі податкового векселя були вилучені. Отже, ПП може використовувати податковий вексель на загальних підставах. Проте з 1 липня 2004 р. набуває чинності Закон України "Про податок на додану вартість" у новій редакції, який знову забороняє видачу ПП податкового векселя.

При застосуванні зазначеної норми необхідно враховувати положення міжнародних договорів про захист інвестицій, які підписані Україною. Відповідно до ч.1 ст.9 Конституції України "чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України". Також ч.2 ст.17 Закону України "Про міжнародні договори України" від 22 грудня 1993 р. визначає, що "якщо міжнародним договором України, укладення якого відбулось у формі закону, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені законодавством України, то застосовуються правила міжнародного договору України".

Отже, під час митного оформлення товарів, що ввозяться ПП, застосовуються норми договору, які визначають надання іноземним інвесторам режиму не менш сприятливого, ніж той, який надається своїм власним інвесторам та їхнім інвестиціям або інвесторам будь-якої третьої держави та їхнім інвестиціям. Прикладом такого договору є Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Російської Федерації про заохочення і взаємний захист інвестицій (ратифіковано Законом України №1302-XIV від 15.12.99 р.), у ч.1 ст.3 якої зазначено, що "кожна з Договірних Сторін забезпечує на своїй території інвестиціям, здійсненим інвесторами іншої Договірної Сторони, діяльності в зв'язку з такими інвестиціями режим не менш сприятливий, ніж режим, що наданий власним інвесторам або інвесторам будь-якої третьої держави, що виключає застосування заходів дискримінаційного характеру, що могли б перешкоджати керуванню та розпорядженню інвестиціями".

Державна митна служба під час митного оформлення товарів, які ввозяться (пересилаються) на митну територію України ПП, забезпечує право цих платників податків на видачу податкового векселя на суму податку на додану вартість за умови підтвердження наявності в статутному фонді таких підприємств частки капіталу походженням із країни, з якою укладені та ратифіковані Верховною Радою України договори про стимулювання та взаємний захист інвестицій, із строком погашення до кінця поточного бюджетного року.

Наведені положення підтверджуються постановою Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку випуску, обігу та погашення векселів, які видаються на суму податку на додану вартість при ввезенні (пересиланні) товарів на митну територію України" №1104 від 1 жовтня 1997 р., листом Державної митної служби України "Щодо сплати при митному оформленні товарів підприємствами з іноземними інвестиціями податку на додану вартість шляхом надання податкових векселів" №11/2-15-10454 від 4 листопада 2002 р. і листом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України "Щодо права на видачу податкового векселя при імпорті товарів" №83-20/911 від 24 липня 2002 р.

Значні обмеження для ПП існують у сфері земельних відносин. Земельний кодекс України (далі – ЗК) говорить про обмеження для т. зв. "спільних підприємств, заснованих за участю іноземних юридичних і фізичних осіб". Виходячи із законодавчого визначення ПП, можна стверджувати, що воно є різновидом спільного підприємства. Відповідно до ст.82 ЗК ПП можуть набувати право власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення у разі:

- 1) придбання за договором купівлі-продажу, дарування, міни, іншими цивільно-правовими угодами;
- 2) внесення земельних ділянок її засновниками до статутного фонду;
- 3) прийняття спадщини;
- 4) виникнення інших підстав, передбачених законом.

Однак потрібно відзначити, що це право обумовлене межами:

1) населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна та для спорудження об'єктів, пов'язаних із здійсненням підприємницької діяльності в Україні;

2) населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна.

У випадку, коли ПП отримало у власність землі сільськогосподарського призначення, воно зобов'язане протягом року передати право власності на землю іншій особі. В іншому випадку земля підлягає примусовому продажу (ст.145 ЗК).

Отже, очевидно, що права учасників ПП резидентів суттєво обмежені в сфері землекористування.

Узагальнюючи, зазначимо, що в законодавстві України не передбачено суттєвих пільг, які б полегшували їхню діяльність. У той же час деякі названі у цій роботі нормативно-правові акти обмежують права ПП.

ЛІТЕРАТУРА

1. Правове регулювання іноземних інвестицій / За ред. В.М. Коссака. – К.: Укр. центр правничих студій, 1999.

SUMMARY

The article is devoted to the legal regime of foreign investments enterprise. The problem of joint ventures functioning is under consideration. The author analyses the policy of the state in the field of foreign investments in detail. Much attention is paid to the taxation of legal entities.

Key words: legal regime, foreign investments enterprise, taxation of legal entities

М. Василечко

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – доц. О. Угриновська

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІНСТИТУТУ СЕПАРАЦІЇ У ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ

У Сімейному кодексі України, прийнятому Верховною Радою України 10 січня 2002 р., серед інших новел правового регулювання шлюбних відносин передбачена можливість застосування такого механізму збереження сім'ї та шлюбу, як сепарація. Оскільки цей інститут є доволі новим для українського законодавства, виникає теоретична і практична необхідність аналізу практики регулювання сепарації в інших країнах.

Інститут сепарації у зарубіжних країнах врегульований по-різному. Загалом, можна виділити три основні моделі. Згідно з першою, сепарація і розлучення є незалежними інститутами. Згідно з другою, підстави для сепарації і розлучення співпадають, і подружжя може подавати заяву про розлучення чи про сепарацію на власний вибір. У країнах, де застосовується третя модель, роздільне проживання подружжя протягом визначеного законом строку є необхідною передумовою для розлучення [1, с.13].

Найбільшого поширення цей інститут отримав у країнах Західної Європи, окремих штатах США, Канаді. Натомість у країнах Східної Європи в другій половині ХХ ст. він майже не застосовувався. П.Касприк пояснює це, виходячи із політичної ситуації та ідеологічного клімату, що панували в цих країнах після Другої світової війни. Оскільки сепарація бере свій початок із канонічного права, яке забороняло розлучення, представники нової прокомуністичної влади намагалися всіляко довести переваги світських інститутів, яким, зокрема, виступало розлучення [1, с.25].

У законодавстві країн англо-американської правової системи, яке закріплює цей інститут, основна увага приділяється нормам процесуального права. Як правило, подається чіткий і вичерпний перелік підстав для сепарації, що в більшості випадків співпадають із підставами для розлучення. У Великобританії суд виносить рішення про сепарацію при наявності підстав, які вказують на те, що шлюб безповоротно розпався. Відповідно до п.1 ст.17 Акта про спори, що виникають із сімейних відносин, такими підставами є:

- 1) подружжя зрада;
- 2) якщо поведінка відповідача становить небезпеку для іншого з подружжя;
- 3) якщо відповідач залишив позивача і не відвідує його протягом щонайменше двох останніх років;
- 4) якщо сторони проживали окремо протягом щонайменше двох останніх років і відповідач погоджується на роздільне проживання;

5) якщо сторони проживали окремо протягом щонайменше п'яти останніх років [2, с.3].

Законодавство чітко регламентує також порядок порушення і розгляду цієї категорії справ. У Великобританії процес порушення справи про сепарацію складається з кількох етапів. Ініціювати процес може один із подружжя або подружжя за взаємною згодою. Для цього зацікавлена особа подає в суд заяву про те, що, на її думку, шлюб безповоротно розпався. Перед поданням заяви особа зобов'язана протягом не менше трьох місяців відвідувати інформаційні зібрання, що проводяться спеціально призначеними компетентними особами, на яких її ознайомлюють із процесуальним порядком розгляду цієї категорії справ, а також із правовими наслідками постановлення рішення про сепарацію. Через 14 днів після подання заяви починається т. зв. "період для роздумів", який триває 9 місяців (може бути продовжений судом на прохання сторони), і після закінчення якого можна подавати позов про сепарацію. Його може подавати як та особа, що подавала заяву, так і другий з подружжя. Якщо позов не подано протягом одного року після закінчення "періоду для роздумів", сторона, яка бажає ініціювати процес, повинна повторно подавати заяву. До позовної заяви про сепарацію необхідно додати домовленість сторін щодо виконання взаємних прав і обов'язків, а також прав і обов'язків щодо дітей [3, с.54].

У штаті Нью-Йорк встановлено загальний порядок порушення і розгляду справ по спорах, що виникають із сімейних відносин. Рішення по справах можуть бути оскаржені до апеляційного суду. Сепарація встановлюється на невизначений чи на визначений період. При розгляді справи в суді відповідачу надається право доводити вину другого з подружжя у розпаді шлюбу. Для скасування сепарації подружжя подає до суду спільну заяву, до якої додають докази, що з достовірністю підтверджують їхнє примирення.

Норми права містять багато положень про захист інтересів дітей у процесі розгляду справ про сепарацію. У Великобританії, розглядаючи справи про сепарацію, суд зобов'язаний перевірити, чи є у подружжя неповнолітні діти і чи уклало подружжя домовленість щодо майбутньої участі кожного з них в їхньому утриманні та вихованні. Якщо буде встановлено, що винесення рішення про сепарацію суперечитиме інтересам дитини чи призведе до позбавлення її певних прав, суд зобов'язаний відмовити у винесенні такого рішення [3,с.43]. Законодавство штату Нью-Йорк містить положення про те, що після винесення судом рішення про сепарацію подружжя не звільняється від своїх обов'язків щодо дітей, умови і порядок виконання яких можуть визначатися розпорядженням суду. Суд може також вирішувати питання про встановлення опіки і визначення часу побачень.

Закон захищає також і інтереси того з подружжя, хто потребує утримання чи стороннього догляду. У штаті Нью-Йорк кожен із подружжя може вимагати від іншого надання утримання, якщо за законом таке право йому належить. У Великобританії у рішенні про сепарацію суд може зобов'язати одного з подружжя:

- сплачувати на користь другого періодичні платежі;

- сплачувати другому з подружжя кошти на утримання дитини;
- передати певне майно на користь другого з подружжя або дитини[4, с.5].

Партнери по шлюбі, щодо яких було винесено рішення про сепарацію, не є спадкоємцями за законом [5, с.76].

У штаті Іллінойс на підставі рішення суду вносяться зміни у реєстр шлюбів. У судовому рішенні мають бути зазначені умови взаємного утримання подружжя, утримання дітей, визначено порядок користування спільним майном чи здійснено його поділ.

Інститут сепарації застосовується також у багатьох країнах романо-германської правової системи, зокрема у Франції, Італії, Голландії, Іспанії, Фінляндії, Норвегії, Польщі. Моделі, що використовуються у цих країнах, є різними. Зокрема, в Голландії застосовується друга модель, і, відповідно, один із подружжя або подружжя за спільною згодою мають право подати заяву про роздільне проживання з тих же підстав і в тому ж порядку, що і про розлучення.

В Італії сепарація є необхідною передумовою розлучення. Так, для того, щоб мати право подати документи на розлучення, необхідно три роки прожити в сепарації, оформленій рішенням суду. Право на подання до суду заяви про сепарацію виникає у подружжя при наявності обставин, які вказують на неможливість збереження шлюбу [1, с.24]. В Німеччині тривалість роздільного проживання перед розлученням повинна становити не менше одного року, якщо обидва подружжя згодні на розлучення або при наявності виняткових обставин, що роблять подальше спільне життя неможливим, зокрема при подружній зраді, систематичному завданні побоїв. Якщо розлучення ініціюється одним із подружжя, роздільне проживання повинно тривати не менше трьох років.

У Польщі підставою для сепарації є остаточне і тривале припинення шлюбних зв'язків: економічних, духовних, фізичних. Якщо подружжя, в якого нема неповнолітніх дітей, подає спільну заяву, суд виносить рішення про сепарацію. У випадку, коли заяву подає один із подружжя, суд, розглядаючи справу, вирішує питання про вину одного чи обох з подружжя у розпаді шлюбу. Якщо один із подружжя подає позов про сепарацію, а інший - про розлучення, то при відсутності перешкод суд виносить рішення про розлучення. Розгляд справ про сепарацію закритий, крім випадків, коли обидві сторони внесуть клопотання про відкритий розгляд справи і суд визнає, що це не суперечитиме моральним засадам суспільства. Справи цієї категорії підсудні окружному суду за місцем останнього спільного проживання сторін, якщо хоча б один із них і далі там проживає. В інших випадках справи розглядає суд за місцем проживання відповідача. Спочатку суддя викликає сторони на попереднє слухання, на якому вживає заходів для примирення подружжя. Суддя вислуховує пояснення сторін і, якщо він дійде висновку, що збереження шлюбних відносин є можливим, зупиняє провадження. Наступне звернення із заявою можливе лише через три місяці. Якщо заяву не подано протягом одного року, суд закриває провадження. Провадження також закривається при відмові сторін від заявлених вимог. Якщо було подано спільну заяву, то попереднє слухання не проводиться, а суддя вживає заходів для примирення при розгляді справи. Суд до постановлення

рішення може за заявою одного з подружжя визначити порядок користування спільним майном у період розгляду справи. Сепарація припиняється рішенням суду за взаємною заявою сторін. На підставі рішення суду вносяться відповідні зміни в акти громадянського стану. Наслідки сепарації ті ж, що і при розлученні, крім права сторін на укладення нового шлюбу і повернення дошлюбного прізвища. Презумпція батьківства продовжує діяти протягом 300 днів. Особи, щодо яких винесено рішення про сепарацію, не несуть солідарної відповідальності за зобов'язаннями. Ці особи виключаються з кола спадкоємців за законом [1, с.78].

В Італії суд, постановляючи рішення про сепарацію, може заборонити дружині носити прізвище чоловіка, якщо це приносить йому істотну шкоду, і може надати дружині право повернути собі дошлюбне прізвище, якщо використання прізвища чоловіка приносить їй істотну шкоду. В рішенні суду на вимогу однієї із сторін суд вказує на вину одного з подружжя, вирішує питання про взаємні обов'язки подружжя щодо утримання, участі кожного в утриманні та вихованні дітей.

Таким чином, можна стверджувати, що більшість зарубіжних країн, виходячи з пріоритету прав особистості, захисту її свободи, гарантують особам право на оформлення режиму окремого проживання. Окрім судового розгляду цієї категорії справ, який у більшості країн є досить довготривалим, закріплюється також право подружжя на укладення договору про сепарацію.

ЛІТЕРАТУРА

1. Kasprzyk P. Instytucja separacji malzhenskiej. – Lublin;Sandomierz, 1999.
2. Matrimonial Causes Act 1973 // www.ilrg.com
3. Morgan K. Essential family law. – London, 1995.
4. Family Law Act 1996 // www.hmso.gov.uk/acts.html
5. Reekie P., Tuddenham R. Family law and practice. – London, 1990.

SUMMARY

The article deals with the characteristic of the regulation of separation in the family legislation of foreign countries. The author analyses the grounds for separation, the procedure of court hearings, the main requirements to the petition for separation and to the court decision, legal outcomes of the granting of separation.

Key words: separation, petition for separation, grounds for separation, separated spouses.

Rozділ V

Проблеми цивільно-процесуального права

T. Demendecki

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

TWORZENIE MODELI (WZORCYW) PRAWA PROCESOWEGO CYWILNEGO W PERSPEKTYWIE OGÓLNOŚWIATOWEJ

Wraz z postępującym procesem globalizacji stosunków międzynarodowych i wzrastającą potrzebą wzmocnienia pewności obrotu, na styku wielu porządków krajowych wręcz za konieczne uznaje się poszukiwanie takich rozwiązań, które pozwolą skutecznie rozwiązywać konflikty interesów pomiędzy podmiotami o różnej przynależności państwowo-terytorialnej. Zmierza się w ten sposób do zwiększania gwarancji prawidłowego sprawowania wymiaru sprawiedliwości, w szczególności przez unikanie trudności interpretacyjnych oraz dotyczących stosowania unormowań krajowych.

W celu integracji różnych porządków krajowych (w większym lub mniejszym zakresie) [1, s.321-352], wykorzystuje się z powodzeniem, jak wykazuje praktyka, także wzorce rozwiązań prawnych, zwane prawem modelowym.

W ramach tendencji rozwojowych, w światowym prawie procesowym wskazuje się co najmniej kilka jego podstawowych modeli, w tym: rozwiązanie jednoczące (jednolity kodeks postępowania cywilnego dla wszystkich państw społeczności międzynarodowej); różnorodność w poszczególnych krajach (konkurowanie krajowych kodeksów postępowania cywilnego z ograniczonym lub stopniowym

dostosowywaniem się); dwutorowość (jak w państwach złożonych gdzie dopuszczalne jest istnienie prawa procesowego poszczególnych jednostek autonomicznych obok prawa federalnego); wspólne ramy prawne, które wypełniłyby poszczególne kraje; ustawy modelowe [2, s.35].

Jako przykład aktu prawnego, pretendującego do miana "światowego kodeksu postępowania cywilnego" można wskazać projekt Transnational Rules of Civil Procedure, autorstwa J.Hazarda i M.Taruffo. Uznając podstawową regułę dotyczącą stosowania przez sąd własnego prawa procesowego (na podstawie zasady legis fori processualis) również do spraw z elementem obcym, za nieodpowiednią, bowiem prowadzącą do nierównego traktowania przypadków międzynarodowych z powodu różnic w efektywności, tempie pracy i strukturze różnych systemów, wspomniani Autorzy, postulują uchwalenie względnie jednolitego prawa procesowego do spraw międzynarodowych (w postaci "zestawu reguł") stosownego przez każdy sąd [3, s.767-768].

Przedstawiony projekt Transnational Rules of Civil Procedure, składa się z 33 artykułów podzielonych na 3 rozdziały: A. Zakres czynności, zasad i określenie właściwości; B. Procedura; C. Procedura następnej kontroli orzeczenia.

Reguły dotyczą: instytucji jurysdykcji, właściwości, statusu i roli sądu w procesie, procedury zawiadamiania pozwanego, zasad wnoszenia pozwu, zasad ustalania okoliczności faktycznych przy pomocy środków dowodowych, stadium sporządzania, wydawania oraz zaskarżania orzeczenia sądowego, a w konsekwencji służyć mają ich unifikacji [4, s.580-587].

Ciekawe i ważne w tym aspekcie wydaje się, iż Americal Law Institute bierze udział w tym europejskim przedsięwzięciu i w ten sposób budzi zainteresowanie europejskim kontynentalnym prawem procesowym w obrębie prawa anglo-amerykańskiego [5, s.767-768].

W ramach Wspólnoty Europejskiej za regionalny model "rozwiązań zjednoczeniowych" należy uznać projekt kodeksu prawa sądowego cywilnego Unii Europejskiej (Draft Directive Approximation Judiciary Law) z 1993 r., opracowywany przez grupę ekspertów z państw członkowskich, pod kierunkiem M.Storme, w założeniu mający skupiać najlepsze rozwiązania, instytucje poszczególnych krajów i będący wzorcem, umożliwiającym dostosowanie doń regulacji krajowych. Projekt obejmuje propozycje wytycznych dotyczących najważniejszych instytucji procesowych (koncyliacji, wszczęcia postępowania, przedmiotu procesu, wyjawienia dokumentów, dowodów, technologii i dowodu; umorzenia, zaoczności, kosztów sądowych, tymczasowych środków ochrony, nakazu zapłaty, egzekucji wyroku lub nakazu zapłaty, przymusowej grzywny, przepisów dotyczących sędziów i wyroków).

Nie uznano jednak za konieczne sformułowanie w nim propozycji w sprawie ogólnych zasad postępowania cywilnego, nie omówiono też wielu takich ważnych zagadnień, jak przebieg postępowania, wyrok, zwyczajne i nadzwyczajne środki odwoławcze, arbitraż. Akt ten nie stanowi więc, jak podkreśla G.Tarzia, kodeksu kompletnego, przeznaczonego do wprowadzenia w miejsce kodeksów krajowych. Jak

przewidują autorzy projektu, przewidziana standaryzacja prawa cywilnego procesowego w najważniejszych obszarach, powinna w efekcie doprowadzić do ujednolicenia lub wprowadzenia na nowo (w niektórych państwach członkowskich) poszczególnych instytucji prawnych.

Projekt ten, co warto podkreślić, nie uzyskał jednak dotychczas aprobaty Komisji Europejskiej i prace nad nim zostały przerwane.

Należy przy tym zauważyć, iż ze względu na brak wspólnotowego prawa sądowego cywilnego, sam Trybunał Sprawiedliwości rozpoczął już pewną inwentaryzację proceduralnych reguł ogólnych.

Typowym przykładem modelowego kodeksu jest także iberoamerykański kodeks procedury cywilnej (zwany Código Tipo). Jak uważa Carlos de Miguel y Alonso, jest to wyłącznie wzorzec (model), skupiający wiele wspólnych instytucji oraz wszystkie podstawowe zasady procesu cywilnego, takie jak: zasada dyspozycyjności, zwiększenie uprawnień sędziego jako rzeczywistego zarządcy procesu, a także inne reguły, ułatwiające, w założeniu, dostęp do wymiaru sprawiedliwości, usprawniające tok postępowania oraz zmniejszające jego koszty. Wpływ zasad Código Tipo jest znaczny i można go wyraźnie zaobserwować w najnowszych reformach przeprowadzonych przez ciała ustawodawcze krajów iberoamerykańskich. Jako doskonały przykład może tu posłużyć, obowiązujący od dnia 20 listopada 1989 r. Ogólny Kodeks Postępowania Republiki Urugwaju (Código general del proceso de la Republica Oriental del Uruguay), mający zastosowanie do wszystkich postępowań poza karnym.

Za bardzo interesujące należy uznać tezy O.Vogla, dotyczące procesów ujednolicania krajowego prawa procesowego cywilnego w ramach państw złożonych (federalnych), na przykładzie szwajcarskiego prawa procesowego. Według powołanego Autora, całkowita niezależność kantonów i półkantonów, również w obrębie organizacji sądów, postępowania sądowego oraz wymiaru sprawiedliwości, zagwarantowana przepisami federalnej ustawy zasadniczej, stanowi największą barierę dla procesów ujednolicania tej gałęzi prawa. Dążenia integracyjne w obrębie szwajcarskiego prawa sądowego cywilnego rozwijają się wielotorowo. Oprócz inicjatyw podejmowanych w ramach procedur legislacyjnych, wielką rolę odgrywa tu orzecznictwo Sądu Federalnego (także tzw. niepisane federalne prawo procesowe, dotyczące najważniejszych zasad postępowania cywilnego m.in. zasad dyspozycyjności i kontradyktoryjności oraz ustawowe federalne określenia "o ogólnym zasięgu"). Przy tym z powodu pierwszeństwa prawa federalnego, kantony nie mogą ustanawiać jakichkolwiek norm sprzecznych z prawem prywatnym i publicznym, naruszających prawo federalne, przeciwstawiających się jego sensowi czy treści, bądź je udaremniających. W tym sensie uczyniono krok ku ujednoliceniu prawa procesowego, uznając (międzykantonalnie zróżnicowane) prawo kantonalne za nieważne. Jak podkreśla więc O. Vogel, na tej drodze Sąd Federalny stworzył "ujednolicony dach nad kantonalnymi kodeksami postępowania – ogólnoszwajcarski kodeks minimalnych gwarancji procesowych..."

Modelowymi aktami prawnymi są również regulaminy arbitrażowe opracowywane przez organizacje międzynarodowe, określające zasady postępowania przed sądami arbitrażowymi, m.in. Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration z 1976 r., opracowany przez Komisję Międzynarodowego Prawa Handlowego Organizacji Narodów Zjednoczonych (UNCITRAL), a stanowiący prawo modelowe w ramach międzynarodowego arbitrażu i rekomendowany państwom przez Zgromadzenie Ogólne ONZ jako wzorzec dla prawa krajowego.

Taki sposób ujednolicania, umożliwia, jak podnosi zasadnie O. Marcewicz, większą elastyczność, poprzez określenie w swobodny sposób, przede wszystkim, zakresu obowiązywania takiego prawa modelowego w systemie prawa krajowego (w całości lub częściowo).

Podane przykłady wyraźnie wskazują na praktyczne zastosowanie modeli (wzorcowych aktów prawnych), w tym przypadku, jako metod unifikacji lub harmonizacji przepisów prawa, zachodzących w różnych płaszczyznach (prawa międzynarodowego o różnym zasięgu czy prawa krajowego).

Jak podkreśla G.Tarzia, "Sukces [ujednolicenia] zależy od rezygnacji z obrony przepisów krajowych za wszelką cenę i od stworzenia ducha, który musi pobudzać wyobraźnię prawników w poszukiwaniu i proponowaniu rozwiązań na styku różnych praw krajowych oraz kiedy jest to potrzebne – w ich przewyżczeniu."

Nie należy oczywiście zapominać przy tym o różnorodnych przeszkodach wynikających z odrębności krajowych i narodowego (a często wręcz nacjonalistycznego) charakteru procedury cywilnej. W każdym przypadku niezbędnymi czynnikami dla osiągnięcia zakładanego celu są studia prawa porównawczego, znajomość historycznych uwarunkowań ustawodawstwa i obserwacje rzeczywistości społecznej i politycznej.

BIBLIOGRAFIA

1. Proces taki może zakładać bowiem wyłącznie eliminowanie zbędnych sprzeczności w dostosowywanych porządkach prawnych (harmonizacja) lub ujednolicanie dotąd niejednolitych regulacji prawnych (unifikacja). Szerzej na ten temat por. R.A. Tokarczyk, Wybrane aspekty międzynarodowej unifikacji prawa, [w:] Jednolitość prawa sądowego a jego odrębności krajowe, pod red. M.Sawczuka, Lublin 1997, s.321-352.
2. Por. R.Stürner, Der europäische Zivilprozess – Einheit oder Vielfalt? [w:] Materiały z konferencji Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen, Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e. V., Bd.5, Gieseking Verlag, Bielefeld 1991, s.5, za: G.Walter, Najnowsze tendencje rozwoju w międzynarodowym cywilnym prawie procesowym, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin, Sectio G, vol.XLIII, 1996, s.35.
3. M.Sawczuk, Projekt Transnational Rules of Civil Procedure (Hazarda Taruffo), (hasło), [w:] Wielka Encyklopedia Prawa, pod red. E. Smoktunowicza, Białystok 2000, s.767-768.

4. Warto zwrócić uwagę, iż wspomniany projekt wywołał także duże zainteresowanie w doktrynie państw Wspólnoty Niepodległych Państw. Por. m.in.: W.W. Prochorenko, K projektu Międzynarodnych prawów graždanskogo processa, [w:] Sistiema graždanskoi jurisdikciji w kanun XXI wieka: sowriemiennoje sostojanije i pierspektiwy razwitija. Mieźwuzowskij sbornik naucznych trudow, pod red. M.A.Wikuta, G.A.Žilina, M.I.Kleandrowa, I.W.Reszetnikowej, A.W.Cychockogo, W.W.Jarkowa, Jekatierinburg 2000, s.580-587.
5. Zob. G.Walter, Najnowsze tendencje rozwoju... op. cit., s.38-39 oraz M.Sawczuk, Projekt Transnational Rules ..., op. cit., s.767-768.

РЕЗЮМЕ

У світлі глобалізації міжнародних взаємовідносин і потреб зміцнення гарантованості економічного обігу, набирають особливої актуальності проблеми ефективного вирішення конфліктів між суб'єктами права різної державно-територіальної приналежності.

У зв'язку з цим важливе місце займає практика створення зразків чи моделей правового вирішення спірних питань, серед яких можна виділити певні групи типових, найбільш поширених спорів.

У статті аналізуються різні проекти творення таких моделей, робляться самим автором конкретні пропозиції.

Розділ VI

Міжнародне приватне право

R. Sklenarova

The Czech Republic

Palacky University, Faculty of Law

Supervisor: Doc. JUDr. Nadezda Rozehnalova, CSc.

INFLUENCE OF EUROPEAN LAW ON THE CZECH INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Already at the beginning of the 90s when the Czech Republic was acquitted of the west world's isolation and has begun to notice the matters of modern Europe, especially the membership in European Communities, the Czech legislators have started to replace inconvenient legislation and made a new one. For many years the Czech republic is a member state of the Council of Europe and Hague Conference for international private law. Multilateral international treaties, having the fundamental importance for judicial cooperation, i. e. international private and procedural law as a whole, are negotiated on the ground of these international organizations. Some of these treaties were included into so -called hard substance (hard core) of the EU legislation and the Czech Republic has to be their contracting party before its entry to the EU. The Czech republic fulfilled this requirement and has been a contracting party to:

- the Convention Relating to Civil Procedure (No72/1966 Sb.)
- the Convention on the Service in the Member States of the European Union of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters (No85/1982 Sb.)
- the Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters (No129/1976 Sb.)

- the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (No34/1998 Sb.)
- the Convention on the Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents (No45/1999 Sb.)
- the Convention on International Access to Justice (No58/2001 Sb.m.s.)
- the Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (No141/2001 Sb.m.s.)
- European Convention on Recognition and Enforcement of Judgements in Matters of Child Education (No66/2000 Sb.m.s.)
- European Convention on Delivery of Letters Regatory (No110/2000 Sb.m.s)

The above mentioned treaties play an important role in the area of judicial cooperation because they simplify hearing of civil matters to the Czech courts and courts of other contracting parties. For example the courts may ask for service of process to a party to legal proceedings who lives or has its seat abroad, ask for questioning the party or to provide evidence. It forms assumptions for the possibility of the citizens of contracting parties that are in difficult economic situation to ask for provision of free legal services.

In accordance with Article 10 of the Czech Constitution, i.e. Article 2 of the Act on International private and procedural law as amended, the international treaty providing something different from intrastate legislation enjoys priority over this legislation.

The European Communities have created completely a new legal system that stands outside the intrastate legislation as well as outside the international legislation. The specification of the EU is especially in its sources of law:

- primary legislation – set-up and other fundamental treaties as amended
- secondary legislation – so-called European Community's legislation (regulations and directives)
- decisions of the European Court of Justice – even though they do not have a character of precedent, they are considered as decisive and are generally respected in practice.

The EC member states do not confine only to economic cooperation, which was the basic reason for European integration, they try to cooperate in other areas as well[1]. In September 1968, the six founder states of the EC signed in Brussels the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters (Brussels Convention I) that has been joined by other states with the extension of the EC in the course of time. But as the Brussels Convention I is a closed treaty in fact (it does not admit its extension among non-member states of the EC), another treaty has been adopted and signed (the main initiators were the Swedish and the Swiss) in September 1988 in Lugano – the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters, this means a parallel treaty to the Brussels Convention I. But its member base is formed by the EC member

states (the EU member states), member states of EFTA and, as it is a half-opened treaty, under certain conditions it is opened to other countries as well. The Czech republic has been invited by Austria to accession in the second half of the 90s, in May 2000 the Parliament of the Czech republic express its assent to the accession and now it is just waiting for the expression of the assent to it of all 19 member states.

The area of family law has become another subject to interest of the EU member states. In 1998 there has been adopted the Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Matrimonial Matters (The Brussels Convention II). This convention has never been ratified.

The essential changes in the field of international judicial cooperation has brought (Amsterdam Treaty 1997, it came into force in 1999) – the Council and the EU Commission have gained new powers that they have fully used for communitarisation of international private and procedural law [2]. It has become especially the possibility to replace international treaties containing these questions by statutes of secondary legislation (regulations or directives[3]). So the Brussels Convention I was transformed into the Council regulation (EC) No 44/2001 of December, 22, 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters that has been in force since March, 1, 2003 (Brussels I). The original Brussels Convention I remains in force for Denmark. The Brussels Convention II was transformed into the Council regulation (EC) No 1347/2000 of May, 29, 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses (Brussels II). This second regulation is valid until August, 1, 2004, i.e. March, 1, 2005 when the regulation No 2201/2003, that will fully take the place of the Brussels II, will come in force. This new regulation is not going to be true of Sweden and Finland as far as the relationship between these two countries is concerned because for this case there is the Convention on matrimony, adoption and tutelage (including its protocol) of February, 6, 1931 entered by Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden.

As it is mentioned above the regulation is directly binding. After the Czech republic's entry into the EU there will not be any need for implementation into Czech legal order, the Czech courts will apply them directly. The regulation contains detailed treatment of international jurisdiction in civil and commercial matters that is bound especially by the domicile of a defendant in the contracting or member state of the EU. The citizenship of the defendant is not relevant. In certain cases the plaintiff has an option. Both – the regulation Brussels I and Lugano Convention contain the treatment of international jurisdiction that is to consumers' advantage. The consumers have the option to bring an action against vendors either at the court appropriate to vendors' seat or domicile or to his/hers (consumer's) domicile. A person that has legitimate or other analogical claim for alimony, will be allowed to bring an alimony action in the place of his/her domicile. Brussels I as well as Lugano Convention offers wider possibility to legal entities and personal entities who are entrepreneurs to conclude the jurisdiction by written agreement – in contractual disputes where the contracts are with international element (prorogation contract). The ensuring of recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters in all EU and EFTA

member states is not of less importance, which brings uniform treatment of judicial decisions of member or contractual states. In this context it is often spoken about "free movement of judicial decisions" that rest upon recognition and enforcement of judgements by the EU member states without any other special proceedings for recognition, i.e. writ of execution. This conception is obvious in draft Council regulation COM 2002/0090 (CNS) of April, 18, 2002 on adoption of European power for execution. On February, 6, 2004 Commission informed of Council's adoption of common positions.

Another question of international procedural law has been answered by the adoption of the Convention on the service in the Member States of the European Union of judicial and extrajudicial documents in civil and commercial matters (1998). This treaty removes difficulties with documents' delivery from one country to another to a considerable degree. Text of the treaty was transformed into the Council Regulation (EC) No1348/2000 that has come in force on May, 31,2001. The European Convention on insolvency proceedings was transformed into the Council Regulation (EC) No 1346/2000 (in force since May, 31, 2002). The Council regulation (EC) No 1206/2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters has come into force on July, 1, 2001 but most of its Articles have had effect since January, 1, 2004.

A bit more complicated development is in the area of conflicting rules of law. The EC established unified treatment for conflicting law dealing with obligations ex contractu in 1980. In this year there has been adopted the Rome Convention on the Law applicable to Contractual Obligations[4] which has set down governing law for all contracts – not only commercial but labour as well (for most of the contractual states it has come in force in 1991)[5]. The Rome Convention is a closed treaty, that means it is binding only for the EC member states. On the other hand, its character is wider – it affects erga omnes, that means it has to be applied by the member states' courts to all contractual obligations with the international element no matter who is the party to proceedings. So it guarantees that the courts will apply the same national law no matter where (at which EU court) the action was brought. These matters do not fall within the authority of Rome Convention:

- questions of civil status and capacity to enter into legal acts of personal entities;
- contractual obligations dealing with inheritance and testament;
- estate arising from matrimonial relations and family relations;
- obligations arising from bills, cheques, debentures and other tradable instruments;
- arbitration contract and prorogation contract;
- questions dealing with company law and law of legal entities and societies;
- questions of representation;
- trust foundation and the relations among the founders;
- probation;
- contract of insurance.

As to the transformation of the Rome Convention into the EC legal instrument (legal instrument of the EC secondary law) that was presented by the Commission in the Green Papers, there are different opinions. More of the arguments speak for the transformation – it will be decisive to choose the concrete instrument, either a regulation or a directive. The character of the Rome Convention is not suitable for the regulation. If it is transformed into the regulation, it would lose its character and it would affect only legal relationship between entities of member states. The directives have been used as a treatment of contracts of insurance and protection of consumers. If the conflicting rules of law of contract are treated like this, there would have to be laid down strict boundaries of such a directive so as the unification character is preserved.

The conflicting rules of law can be found in several directives dealing with contracts of insurance and protection of consumers: directive No85/374 dealing with product liability, directive No93/13 dealing with forbidden clause in consumer contracts, directive No87/102 dealing with consumer credits. Directive No85/577 on contracts concluded outside the business facilities, directive No90/314 on travelling contracts and directive No94/47 on time – sharing are of importance as well. These directives are prior to the Rome Convention.

At present it is working on unification of conflicting rules of law of obligations ex delicto. These conflicting rules should unify the regulation Rome II. It is also eligible, i. e. necessary to unify the treatment of matrimonial estate (these questions are not part of regulation No1347/2000), the treatment of forum shopping and law of succession. These questions – not only procedural but also conflicting rules – should be included in the regulation, Brussels III. The matrimonial estate question should be based on the contractual autonomy of both spouses, in the end link up to law of their first joint domicile. Another eligible thing should be the concentration of all proceedings dealing with matrimonial settlement at one court. In the area of law of succession – as to the questions of international jurisdiction and applicable law there should not be distinguished between personal estate and real property. There should be also included Articles dealing with the establishment of international register of testaments and formation of certificate of law of succession.

International private and procedural law is developing very quickly in Europe. As to our country and its accession to EU we can say that with small exceptions we are ready to it. But it could be eligible to implement all the regulations into our legal order because, nevertheless they are directly applicable, there is just little awareness about them in practice. So it could happen that they will not be used in accordance with law.

LITERATURE

1. Former Article 220 (today Article 293) of the Treaty on the Establishment of European Community says: Member states open in the case of need negotiations among themselves to provide for the benefit of their citizens
 - protection of non-citizens, as well as enjoying and protection of their rights under the same conditions that are given to the state's own citizens;
 - abolition of double taxation inside the Community;

- reciprocal recognition of corporations in the sense of Article 48, paragraph 2, observance of their corporate personality in the case of transfer of the seat from one country to another and the possibility of pooling or merger of corporations that is ruled by the laws of different member states;
 - simplification of formalities that can be found in reciprocal recognition and execution of judicial decision and arbitrations;
2. B.Hess, Die Europäisierung des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterodamer Vertrag – Chancen und Gefahren, NJW, 2000, Pg. 23.
 3. N.Rozehnalová, V.Týč, M.Novotná: European international private law, Masaryk University Brno, 1998, Pg. 34. Regulations as statutes have general application. They can be addressed to any subject of law – to states as well as to persons. They are directly applicable except for rare cases when it is necessary to adopt intrastate implementary regulation. Directives as statutes addressed to member states contain more or less detailed specification of purposes that shall be achieved by member states; the way how to do that is upon the states themselves.
 4. N.Rozehnalová, V.Týč: On development of international private and procedural law in EU member states, Yearbook of European law 1998, Masaryk University Brno, 2000, Pg. 165
 5. N.Rozehnalová, V.Týč: European judicial area (in civil matters), Masaryk University Brno, 2003, Pg. 15
 6. Z.Kučera – Mezinárodní právo soukromé, 5.vydání, Doplněk Brno 2001, Pg. 427
 7. N.Rozehnalová, V.Týč, M.Novotná – Evropské mezinárodní právo soukromé, Masarykova universita Brno, 1998, Pg. 346

SUMMARY

In the article the author deals with the influence of European law on the Czech international private law because of its quick development. In author's opinion, is important to conform the regulations in this field of law. The author shows how the Czech legal system is ready for accession to the European Union.

Key words: European law, international private law, legal system.

Розділ VII

Фінансово-правові дослідження

І. Тарташник

Україна

Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

Науковий керівник – д.ю.н., проф. П.Пацурківський

МЕТОД ФІНАНСОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Перехід до ринкової економіки в Україні поставив проблему перегляду всієї системи науки фінансового права, починаючи від її предмета й методу та закінчуючи окремими категоріями і поняттями. Тому однією з актуальних методологічних проблем як фінансового права зокрема, так і права загалом є проблема методу правового регулювання суспільних відносин. Характеризуючи метод фінансово-правового регулювання, зауважимо, що ця складна проблема й досі залишається дискусійною.

Незважаючи на окремі розробки вчених із проблем методу фінансово-правового регулювання, ці питання ще, по суті, спеціально не досліджувались у науці фінансового права. Однак необхідно відзначити, що все ж таки в останній період з'явилися праці про поняття методу правового регулювання. Це насамперед праця П.С.Пацурківського "Проблеми теорії фінансового права" [1, с.30-46] та його ж стаття "Метод фінансово-правового регулювання" [2, с.17]. Їх автор справедливо приділив основну увагу з'ясуванню суті методу фінансово-правового регулювання, обґрунтуванню його об'єктивної зумовленості змістом предмета цього ж регулювання. Цій проблемі була присвячена також кандидатська дисертація А.М.Вітченко.

Метод фінансово-правового регулювання відзначається винятковою складністю, і його дослідження повинно залежати від зусиль не окремих вчених, а багатьох наукових колективів, до яких входили б представники різноманітних галузей знань. Великий внесок у розробку досліджень цієї проблеми зробили М.Д.Шаргородський, С.Н.Братусь, О.С.Іоффе, Л.С.Явич, І.С.Самощенко, С.С.Алексєєв [3, с.92] та ін.

Л.С.Явич визначав метод як сукупність юридичних засобів впливу, що застосовуються державою у процесі правового регулювання суспільних відносин [4, с.323]. С.Н.Братусь зазначав, що метод правового регулювання – це правові способи та прийоми формування поведінки утворень (установ, підприємств, організацій) і закріплення за ними прав та обов'язків щодо держави загалом, їх власних органів та один до одного.

Висловлювання вчених-юристів дозволяють скласти загальне уявлення про метод правового регулювання, по-перше, як про специфічний спосіб впливу держави на волю учасників соціальних зв'язків, по-друге, як про метод, який знаходить своє закріплення у чинних нормах права, по-третє, як про метод, за допомогою якого забезпечується потрібне всьому суспільству впорядкування суспільних відносин.

Важливо звернути увагу на таку обставину, що метод правового регулювання є одним із критеріїв розмежування галузей права. Метод відповідає на запитання, як право здійснює свою регулятивну роль, оскільки правові норми регулюють не тільки різнохарактерні відносини, а й здійснюють це різним чином. Від правильного вибору методу значною мірою залежить ефективність правового регулювання, досягнення цілей, що поставлені цьому.

На відміну від предмета правового регулювання, який є головним, матеріальним критерієм розмежування норм права за галузями, метод виступає в якості додаткового юридичного критерію, що визначається предметом. Як самостійний феномен поза предметом правового регулювання він втрачає свою роль.

Деякі вчені визнають, що метод правового регулювання якщо і залежить від предмета, то аж ніяк не завжди, бо в багатьох випадках однорідні за характером суспільні відносини регулюються різними методами, а різnorідні – одним і тим же методом [1, с.96]. Окремі дослідники заперечують те, що метод має самостійне значення, хоч і визнають, що в поєднанні з предметом метод правового регулювання допомагає точніше розмежовувати галузі права.

Із цим можна погодитись лише в тій частині, що предмет разом із методом може точніше розмежовувати галузі права. Наявності одного лише предмета в якості критерію, хоча б і головного, на нашу думку, ще не достатньо для утворення галузі права.

Цілком очевидно, що основним методом галузі фінансового права є імперативний метод, тобто метод субординації. Як зазначає А.А.Козловський, імператив постає істиною, дотримання якої повинно привести до досягнення соціально визначеної мети. Цей метод є методом владних приписів. Очевидно, що тут владний припис реалізує себе і як норма права, і як фінансова техніка,

кожне з яких виявилось наслідком складних політичних, економічних та юридичних досліджень. Отже, метод фінансового права є не просто правовим, а саме фінансово-правовим методом, який акумулює гносеологічний потенціал як фінансової, так і правової науки. "Саме подвійний характер визначає метод даної науки", – вказував П.М.Годме, маючи на увазі фінансове право.

Владність складає саму суть методу фінансово-правового регулювання. Вона має свої прояви, які можна кваліфікувати як характеристики цього методу. По-перше, владність фінансово-правового регулювання проявляється у такому регулюванні в дуже помітному переважанні у ньому позитивних зобов'язань, а не дозволів чи заборон. Найочевидніше це прослідковується у структурі фінансово-правового відношення. По-друге, метод владних приписів, як уже зазначалося вище, може бути охарактеризований як імперативний. Це означає, що суб'єкти фінансових правовідносин не можуть на власний розсуд набувати фінансових прав та обов'язків, визначати обсяг і межі їх змісту, здійснювати та розпоряджатися ними, як це мають право робити суб'єкти цивільно-правових відносин.

Варто зазначити, що специфіка методу фінансово-правового регулювання визначається такими особливостями, як: 1) публічно-правовий характер цільових установок; 2) атрибутивна участь держави; 3) владний характер фінансових правовідносин; 4) наявність зобов'язуючих і забороняючих норм; 5) імперативний характер правового регулювання; 6) фінансово-правовий акт – основний юридичний засіб.

Крім того, метод фінансово-правового регулювання наділяють такими характерними ознаками: 1) порядок встановлення юридичних прав та обов'язків; 2) міра визначеності наданих прав і "автономність" дій суб'єктів; 3) характер взаєморозташування сторін; 4) шляхи і засоби забезпечення суб'єктивних прав.

Розкриваючи специфіку методу фінансово-правового регулювання і аналізуючи таку його ознаку, як розподіл прав і обов'язків суб'єктів фінансово-правових відносин, ступінь визначеності прав і обов'язків, міру "автономності" дій вказаних суб'єктів, Л.К.Воронова констатує, що оскільки фінансові правовідносини виникають тільки на основі нормативно-правових актів, то обсяг прав і обов'язків учасників цих відносин, як і в адміністративному праві, точно встановлюється державою, проте, на відміну від адміністративних правовідносин, учасники фінансово-правових відносин "позбавлені права оперативної самостійності". Цієї ж думки дотримується і П.С.Пацурківський. Однак існують деякі винятки із цього загального правила. Ще Ю.А.Ровінський звертав увагу на різний ступінь прояву владного характеру методу правового регулювання, що відрізняє фінансове право від інших галузей.

Зовсім іншої позиції дотримується В.Косаняк, який зазначає, що у фінансовому праві, як і в адміністративному, суб'єкти правозастосування наділені правом вчиняти дії на власний розсуд, правом оперативної самостійності [5, с.256-257]. Під правом оперативної самостійності він розуміє визначену у межах законодавства певний ступінь свободи суб'єкта фінансового права діяти на власний розсуд з метою прийняття оптимального рішення.

В.Косаняк вважає, що надання суб'єктам реалізації фінансово-правових норм права оперативної самостійності має певне позитивне значення, оскільки дозволяє їм диференційовано підходити до вирішення конкретних фінансових справ, що дає змогу найоптимальніше й найефективніше втілювати правила норм у життя.

Виходячи із вищезазначених ознак, метод фінансово-правового регулювання можна визначити як сукупність засобів впливу на учасників фінансово-правових відносин, що характеризуються юридичними фактами, з якими пов'язують виникнення, зміну чи припинення фінансових правовідносин, правовим статусом їх суб'єктів та розподілом прав і обов'язків між ними, видами санкцій за порушення приписів держави і порядком їх застосування. На нашу думку, це одне з найбільш коректних визначень методу фінансово-правового регулювання. Його поділяють більшість юристів-фінансистів, у тому числі класиків фінансово-правової науки.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Пацурківський П.С. Проблеми теорії фінансового права. – Чернівці: ЧДУ, 1998. – 276 с.
2. Пацурківський П.С. Метод фінансово-правового регулювання // Науковий вісник Чернівецького університету. – Вип.14. Правознавство. – Чернівці: ЧДУ, 1997. – С.17.
3. Алексеев С.С. Проблемы теории права. – Свердловск, 1973. – Т.2. – 295с.
4. Общая теория советского права / Под ред. С.Н.Братуся, И.С.Самощенко. – М.: Юрид. лит-ра, 1966, – 256с.
5. Косаняк В. Оперативна самостійність суб'єктів фінансово-правових відносин як одна із ознак методу фінансово-правового регулювання // Вісник Львівського університету. Сер. юридична. – 2003. – Вип.38. – С.254-265.

SUMMARY

The method of financial and legal regulation is the unity of means, to influence the participants of financial and legal relations. They are characterized by legal facts connected with the change, cause or cancel of financial and legal relations, their subjects' legal status and distribution of the rights and duties between them with the help of sanctions for the violations of the state norms and the order of their usage.

Key words: method of financial and legal regulation, financial and legal relations, participants of financial and legal relations.

І. Гнатюк

Україна

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

Науковий керівник – к. н. ю., доц. С. Федоров

**ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ
ФІНАНСОВОГО МОНІТОРИНГУ В УКРАЇНІ**

Не викликає сумніву той факт, що найкращий спосіб управління державою – це управління за допомогою грошей. Регулюючи і скеровуючи потоки грошових коштів для створення фондів, які використовуються для потреб суспільства, держава стимулює чи, навпаки, скорочує свою діяльність в окремих напрямках.

Фінансово-правовий аспект регулювання накопичення і руху грошових засобів у державі визначається такими факторами:

- 1) виконання функції мобілізації основних засобів;
- 2) спрямування цих засобів згідно із законодавством на вирішення завдань і здійснення функцій держави;
- 3) визначення умов виникнення вказаних грошових відносин, їх зміна та припинення існування;
- 4) визначення функцій органів держави в кредитно-розрахунковій сфері із забезпечення повсякденного фінансового моніторингу [1, с.43].

У зв'язку з необхідністю державного контролю за грошовими коштами, отриманими незаконним шляхом та для протидії цьому процесу виникла потреба у фінансовому моніторингу. Тому для здійснення системного аналізу фінансової діяльності держави в цілому та фінансового моніторингу зокрема потрібна цілісна система норм, яка б регулювала цю частину відносин.

Тернистий шлях українських законодавців у створенні законодавчої бази з регулювання порядку здійснення фінансового моніторингу закінчився прийняттям 28 листопада 2002 р. Закону України "Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом" №249-IV, з подальшими змінами, внесеними згідно із законами №345-IV від 24.12.2002 р., №485-IV від 06.02.2003 р., який регулює відносини у сфері запобігання та протидії запровадженню в легальний обіг доходів, одержаних злочинним шляхом та спрямованих на боротьбу з фінансуванням тероризму (далі – Закон). Цей нормативний документ є досить складним за юридичною технікою і містить багато бланкетних норм [2, с.403].

Необхідно зазначити, що легалізація злочинних доходів є тяжким злочином у сфері господарської діяльності. Відповідальність за цей злочин передбачено ст.209 Кримінального кодексу України "Легалізація (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом".

Термін "відмивання", широко розповсюджений в українській та зарубіжній правовій літературі та документації, взятий із гангстерського жаргону США 30-х рр. XX ст., однак він не є юридичним терміном і, на думку автора, не повинен широко застосовуватися у нормативних документах, що потрібно враховувати в подальшій розробці законодавства з боротьби з легалізацією злочинних доходів.

Основна небезпека цього злочину полягає в тому, що деякі особи намагаються легалізувати свої доходи не лише для відкритого розкішного способу життя, а й для одержання можливості управління економічним і політичним життям суспільства. Легалізація злочинних доходів – не окремий акт, а фактично цілий процес, який вимагає ретельного вивчення не лише юристами, а також економістами, соціологами та іншими фахівцями.

Згідно зі ст.2 Закону "до легалізації (відмивання) доходів належать дії спрямовані на приховування чи маскуванню незаконного походження коштів або іншого майна, чи володіння ними, прав на такі кошти або майно, джерела їх походження, місцезнаходження, переміщення, а також набуття, володіння або використання коштів або іншого майна, за умови усвідомлення особою, що вони були доходами".

Між тим методів легалізації злочинних доходів більш ніж достатньо, тому ключовою проблемою є забезпечення надходження вирішальної інформації до відповідних органів, метою діяльності яких є боротьба із злочинністю та вилучення незаконно отриманого багатства з легального обігу. Цю проблему можна вирішити за допомогою застосування фінансового моніторингу, який повинні здійснювати законодавчо визначені органи.

У цьому контексті доцільно звернутися до досвіду зарубіжних країн. Так, майже в усіх країнах існують спеціальні служби з аналізу фінансових потоків та виявлення незаконної фінансової діяльності. Наприклад, у Великобританії ці функції виконує кримінальна контррозвідка (яка виявила, зокрема, відмивання грошей у Bank of New-York), у деяких інших державах створені спеціальні структури, які зазвичай згадуються як "підрозділи фінансової розвідки" (ПФР).

Починаючи з 1995 р. ПФР більшості країн почали працювати спільно, об'єднавшись у неофіційну організацію, відому як "Група Егмонд". Вона була названа так за місцем першої зустрічі в Палаці Egmond-Arenberg в Брюсселі і сьогодні відіграє значну роль у боротьбі з легалізацією злочинних доходів.

Перша зустріч "Групи Егмонд" була кульмінацією декількох років інтенсивної національної та міжнародної боротьби з легалізацією злочинних доходів. Основні прийняті документи – Віденська угода ООН, Базельська заява про принципи Групи десяти, а особливо такий документ, як "Сорок рекомендацій", прийнятий Міжнародною спеціальною комісією з боротьби з легалізацією злочинних доходів (FATF), – активізували міжнародну співпрацю у цій сфері.

На початку вересня 2001 р. FATF внесла Україну в список країн, які не вживають цілеспрямовані заходи для боротьби з "відмиванням" грошей. Однак з

того часу Україна доклала максимум зусиль до виконання вимог Організації економічного співробітництва і розвитку (ОЕСР). Ці вимоги полягають ось у чому:

- прийняття спеціального закону;
- створення спеціальної структури, яка б координувала діяльність спеціальних служб з аналізу фінансових потоків та виявлення незаконної діяльності.

Як уже було зазначено, спеціальний закон Україною все-таки був прийнятий. У цьому законі (ст.4) передбачено створення і порядок діяльності спеціально уповноваженого органу державної влади з питань фінансового моніторингу – урядового органу державного управління, який діє у складі Міністерства фінансів України і має назву Державний департамент фінансового моніторингу.

Отже, в основі функціонування в Україні системи протидії відмиванню грошей лежить проведення заходів фінансового моніторингу, іншими словами здійснення державного і внутрішнього банківського нагляду за фінансовими операціями з метою виявлення трансакцій, які могли бути пов'язані з відмиванням грошей [3, с.68].

Згідно зі ст.4 закону українська система фінансового моніторингу складається з двох рівнів.

Перший рівень – це система первинного фінансового моніторингу, суб'єктами якого є банки, страхові організації, платіжні організації, еквайрінгові та клірингові установи, товарні, фондові біржі, професійні учасники ринку цінних паперів, інститути спільного інвестування, гральні заклади, ломбарди, організатори лотерей, підприємства й об'єднання зв'язку та інші юридичні особи, які відповідно до законодавства здійснюють фінансові операції.

Другий рівень представлений суб'єктами державного моніторингу – центральні органи виконавчої влади, Національний банк України, Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку, а також спеціально уповноважений орган виконавчої влади з питань фінансового моніторингу – Державний департамент фінансового моніторингу і координує роботу всієї системи.

Таким чином, державні органи контролюють діяльність суб'єктів первинного фінансового моніторингу, але не проводять контрольних заходів щодо господарюючих суб'єктів [4, с.12].

Незважаючи на повноту і комплексність Закону, все ж таки залишаються чітко не врегульовані ряд питань, а саме:

- як вирішити проблему дотримання комерційної, банківської таємниці?
- чи може Державна податкова адміністрація України бути суб'єктом державного фінансового моніторингу;

- чи потрібно встановлювати фіксовану суму для фінансових операцій, що підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу;
- який порядок проведення фінансового моніторингу в банках спеціально призначеним співробітником або відділом ?

Найбільш суперечливим питанням залишається організаційно-правова сторона проведення фінансового моніторингу спеціальними органами, а саме Національним банком України чи Державним департаментом фінансового моніторингу у складі Міністерства фінансів. Більш доцільним, на думку автора, було б віддати всі повноваження з проведення фінансового моніторингу Національному банку України, а також створення підрозділів з фінансового моніторингу в регіональних управліннях НБУ. Підрозділи з фінансового моніторингу на місцях, підзвітні Національному банку України, маючи прямий доступ до первинної інформації про рух грошових коштів, в тому числі і до операцій з легалізації незаконних доходів, зможуть більш оперативно і якісно попереджувати можливі спроби легалізації грошей отриманих злочинним шляхом. Слід зазначити, що проаналізовані в цій статті питання фінансового моніторингу є на даному етапі дуже актуальними в Україні, тому потребують більш детального аналітичного дослідження.

ЛІТЕРАТУРА

1. Горбунова О.Н. Финансовый мониторинг и проблемы финансового права // Известия вузов: Правоведение. – 2002. – №5. – С.42 – 49.
2. Хольченков О.М. Чи може Державна податкова адміністрація України бути суб'єктом державного фінансового моніторингу ? // Вісник Національного університету внутрішніх справ. – Х., 2003. – 422 с.
3. Симовьян С., Григорович О. Окремі питання фінансового моніторингу // Финансовые услуги. – 2003. – №3.
4. Першин М. Контроль за денежным обращением как одно из направлений государственного финансового контроля // Право и жизнь. – 2003. – №57.

SUMMARY

This article analyses the provisions of Ukrainian legislation on financial monitoring, namely, with regards to determination of subjects of primary and state monitoring. The author emphasizes positive and negative tendencies on implementation of the basic law on financial monitoring. The article reviews the activity of Ukraine in regards to its correspondence to international standards on money laundering.

Key words: financial monitoring, money laundering international standards.

I. Чередник

Україна

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПОНЯТТЯ РОЯЛТІ В ПОДАТКОВОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Успіх діяльності господарських суб'єктів на сучасному етапі розвитку економіки дедалі більшою мірою визначається наявністю тих видів ресурсів, які відносять до об'єктів інтелектуальної власності. Право на використання таких активів зазвичай надається на платній основі. За економічною сутністю роялті є платежем за використання об'єктів інтелектуальної власності. Однак існує ряд проблемних питань, що ускладнюють відносини в цій галузі.

Однією із таких проблем є колізія, що зумовлена неоднозначним трактуванням терміна "роялті", яка, на нашу думку, є наслідком помилки законодавця при прийнятті Закону України " Про оподаткування прибутку підприємств" №334/94-ВР від 28.12.1994 р. Згідно з ч.1 п.1.30 ст.1, **роялті** – це платежі будь-якого виду, одержані як винагорода за користування або за надання права на користування будь-яким авторським правом на літературні твори, твори мистецтва або науки, включаючи комп'ютерні програми, інші записи на носіях інформації, відео- або аудіокасети, кінематографічні фільми або плівки для радіо- чи телевізійного мовлення; **придбання** будь-якого патенту, зареєстрованого знака на товари і послуги чи торгової марки, дизайну, секретного креслення, моделі, формули, процесу, права на інформацію щодо промислового, комерційного або наукового досвіду (ноу-хау).

Отже, можна зробити висновок, що, на відміну від платежів за об'єкти авторського права, які будуть кваліфікуватися як роялті лише при користуванні цими об'єктами (без переходу права власності), платежі за об'єкти промислової власності вважатимуться роялті лише при їх відчуженні (з переходом права власності до їх правонаступника). Разом з тим така винагорода не може автоматично вважатися роялті, оскільки згідно з ч.2 п.1.30 ст.1 цього закону не вважаються роялті платежі за отримання об'єктів власності, визначених у частині першій цього пункту, у володіння чи розпорядження особи або у її власність. Тобто виплати винагороди за договорами на придбання об'єктів промислової власності не є роялті згідно з ч.2 п.1.30 ст.1 цього ж закону, а винагороди за ліцензійними договорами (за користування об'єктами промислової власності) не можуть вважатися роялті згідно з ч.1 п.1.30 ст.1 цього ж закону. Ця колізія зумовлює певні труднощі у застосуванні цього терміна. Таким чином, формально ні ліцензійні платежі за користування патентами, ні платежі за придбання прав власності на об'єкти права промислової власності не можна вважати платежами роялті. Тому до платежів роялті залишається віднести тільки винагороду за користування авторськими правами.

Цікавим є той факт, що в бухгалтерському обліку поняття роялті є дещо відмінним, ніж те, яке закріплено в податковому. Зокрема, Положення (стандарт) бухгалтерського обліку визначає роялті як платежі за використання нематеріальних активів підприємств. Під нематеріальним активом розуміється, згідно з цим стандартом, немонетарний, необоротний актив, що не має матеріальної форми, може бути відокремлений від підприємства та утримується ним більше одного року для виробництва, торгівлі, в адміністративних цілях чи для надання в оренду іншим особам. На наш погляд, таке визначення є більш вдалим та практичним, ніж те, яке закріплено в Законі України "Про оподаткування прибутку підприємств". Крім того, правила бухгалтерського обліку визначають значно ширше коло видів нематеріальних активів, платежі за використання яких слід відносити до роялті. До них, зокрема, належать як об'єкти інтелектуальної власності, так і нематеріальні активи. Тоді як у податковому законодавстві роялті обмежується лише платежами, що пов'язані тільки з об'єктами інтелектуальної власності.

Існує не менш важливе питання щодо обкладання платежів роялті податком на додану вартість.

Згідно з п.3.2.7.Закону України "Про податок на додану вартість" №168/97-ВР від 03.04.1997 р. операції з виплат із роялті у грошовій формі не є об'єктом оподаткування. Пункт 1.11 цього закону встановлює, що поняття "роялті" визначається Законом України "Про оподаткування прибутку підприємств". Таким чином, можна зробити висновок, що винагорода за користування авторськими правами і придбання патентів та інших об'єктів промислової власності (якщо трактувати п.1.30 цього закону на користь платника податку) не є об'єктом обкладання ПДВ.

Пунктом 1.4 закону про ПДВ визначено поняття "продаж послуг", яке включає "продаж, ліцензування або інші способи передачі права на патент, авторське право, торговий знак, інші об'єкти права інтелектуальної, у т. ч. промислової, власності". З урахуванням цього визначення та згідно з підпунктами 3.1.1 та 3.1.3 закону про ПДВ винагорода за користування інтелектуальною власністю є об'єктом обкладання ПДВ у всіх випадках: як при передачі прав на користування ліцензіату-резиденту власником права на об'єкт інтелектуальної власності (продаж послуг), так і при придбанні права на користування об'єктами інтелектуальної власності у нерезидентів (імпорт послуг).

Отже, визначення, яке дається пунктом 1.4 закону про ПДВ, формує доволі складну колізію понять. При застосуванні цього поняття положення пункту 3.2.7 цього закону, за якими платежі роялті у грошовій формі не є об'єктом оподаткування, взагалі не можуть бути використані до з'ясування пріоритету статей.

Таким чином, можна зробити висновок, що ці проблемні питання виникли внаслідок неузгоджень, допущених законодавцем при розробці та прийнятті цих законодавчих актів.

Що стосується колізії стосовно самого терміна роялті, то більшість авторитетних видань дотримуються загальноприйнятого визначення терміна роялті – як платіж саме за **користування** інтелектуальною власністю. Тому, на наш погляд, необхідно визначити роялті як періодичний ліцензійний платіж за користування інтелектуальною власністю та іншими нематеріальними активами.

ЛІТЕРАТУРА

1. Закон України "Про оподаткування прибутку підприємств" №168/97-ВР від 03.04.1997 р.
2. Закон України "Про податок на додану вартість" №334/34-ВР від 28.12.1994 р.
3. Положення (стандарт) бухгалтерського обліку Мінфін; положення від 31.03.1999 р. №87.
4. Финансово-кредитный словарь / Под ред. Н. В. Гаретовского.-М.: ФиС, –1988.
5. Роялти на вашу голову // Дебит- кредит. – 2001. – №46.

SUMMARY

The article deals with the legal issues which arise in the process of royalty concept application into the tax legislation of Ukraine. It is pointed out that such unambiguous comprehension of royalty concept is the consequence of legislative gaps and divergences. The main idea of the article is to show the range of legislative comprehensions of royalty concept and determine the legal nature of this legal phenomenon.

Key words: royalty, tax legislation, payment, trademark, trade and service marks, know-how.

Л. Костів

Україна

Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

Науковий керівник – д.ю.н., проф. П.Пацурківський

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ МІЖНАРОДНОГО ПОДВІЙНОГО ОПОДАТКУВАННЯ

Для підтримання певної рівноваги, балансу комерційних інтересів необхідно, щоб національні системи були сумісними, уніфікованими і не створювали перепон для міжнародного бізнесу. Проте здійснення економічної діяльності поза межами однієї держави, інтенсифікація дво- та багатосторонніх господарських зв'язків, розвиток економічної інтеграції видозмінюють та посилюють проблеми оподаткування. Кожна країна має власну податкову систему та відповідне податкове законодавство. Тому при здійсненні діяльності в міжнародних масштабах доводиться враховувати:

- національні податки та податкові закони;
- податки та податкові закони іноземних держав;
- міжнародні податкові закони [1, с.28].

На нашу думку, М.Я.Азаров абсолютизує міжнародну правотворчість, називаючи її "законом", варто було б використати термін "акти".

Сьогодні, коли до повної податкової гармонізації ще далеко, міждержавні взаємини у фіскальній галузі, як правило, будуються і значною мірою сприяють вирішенню проблеми оподаткування в міжнародній сфері. Враховуючи розвиток і ускладнення норм міжнародного права, держави вдосконалюють свої національні податкові законодавства, встановлюють правила оподаткування діяльності, яку ведуть на їх територіях суб'єкти іноземного права і яку суб'єкти їх національного права ведуть на територіях іноземних держав. Саме тому держави дедалі тісніше співпрацюють у сфері оподаткування. Це співробітництво сприяє укладенню договорів, спрямованих на усунення різних неузгоджень між їх правовими системами, які призводять до конфліктних ситуацій.

У такій великій сукупності відносин з приводу міжнародного оподаткування особливе значення надається питанням про усунення подвійного оподаткування і попередження ухилення від оподаткування. Різниця підходів окремих держав до тих чи інших питань оподаткування породжує не тільки складнощі в оформленні податкової звітності, а й призводить до такого феномену, як міжнародне подвійне оподаткування [2, с.95].

Отже, виникає необхідність як теоретичного осмислення системних якостей сучасного податкового права, так і на практиці внаслідок доктринальної

нерозробленості таких базових понять, що використовуються законодавцем, як "подвійне оподаткування", "усунення подвійного оподаткування", "міжнародне подвійне оподаткування" та ін.

Як зазначає М.Загряцков, "література про подвійне оподаткування починається Селігманом; він один із перших, якщо не перший, дав їй теоретичне обґрунтування і він же підвів підсумок роботи, спрямованої на усунення подвійного оподаткування". Подвійне оподаткування (або потрійне, четвертне) конкурентними органами влади, стверджує він, є продуктом сучасного руху капіталу. "Сучасне багатство має більш чи менш космополітичний характер; людина, яка проживає в одній державі і має власність в іншій, може бути обкладена по титулу тієї ж самої власності двома державами, які будуть конкурувати одна з одною" [3, с.199].

Подвійне оподаткування в широкому розумінні цього слова – це повторне обкладання одного і того ж джерела (особи або предмета). Селігман зазначає в "Essay in taxation", що воно є і дуже давнє, і порівняно нове явище. Воно – давнє, оскільки в епоху абсолютизму воно результатом свавілля державних структур, що обкладали підданих без жодного врахування принципу податкової справедливості. В той же час воно може бути розглянуте як цілком нове явище, оскільки виникає в силу складності соціальних відносин, коли капітал однієї і тієї ж особи не тільки бере участь в різній підприємницькій діяльності, він навіть експлуатується у різних країнах, і, відповідно, може підлягати оподаткуванню два рази і більше – через невідповідність податкового законодавства та складнощі економічних відносин [3, с.200].

Розробленість цієї проблеми на сучасному етапі має однобічний характер, оскільки вона розглядалась лише у певному аспекті й у контексті з іншими проблемами. Однак навіть і за такої ситуації серед науковців немає єдиного підходу щодо визначення поняття **"міжнародне подвійне оподаткування"**. Кожен із них привносить своє бачення цієї проблеми у саму ж дефініцію.

Звичайно, це питання не залишилось поза увагою українського законодавця. У цьому переконує стаття 18 Закону України "Про систему оподаткування" від 18 лютого 1997 р., де йдеться про те, що сума доходу, отриманого за кордоном, зараховується у загальну суму доходу, що підлягає оподаткуванню в Україні і враховується при визначенні розміру податку. При цьому розмір зарахованих сум не може перевищувати суму податку, що підлягає сплаті в Україні. У такому випадку обов'язково потрібне письмове підтвердження податкового органу іноземної держави про факт сплати податку і наявність міжнародних договорів про усунення подвійного оподаткування та попередження ухилення від сплати податків [4, с.510].

Серед різноманіття думок щодо визначення **категорії "міжнародне подвійне оподаткування"** можна виділити певні особливості цього явища, а саме:

- ідентичність суб'єктів оподаткування (платників податків);

- підпорядкованість цих суб'єктів чи об'єктів податковим юрисдикціям різних держав;
- ідентичність об'єкта оподаткування (джерел доходів і самих доходів);
- розходження у правилах і методиках обчислення оподатковуваного доходу в різних країнах;
- одночасність оподаткування (в один і той же податковий період) [2, с.97; 5, с.125].

В основі виникнення подвійного оподаткування лежить різне законодавче регулювання платника і джерела доходу в законодавстві різних держав. Доповнюватися це може також неоднозначним правовим тлумаченням податкових норм і елементів податкового процесу.

Такі конфліктні ситуації обумовлені тим, що кожна держава по-своєму вирішує питання про конструкцію взаємозв'язку таких податкових елементів, як суб'єкт оподаткування і об'єкт оподаткування.

Отже, проблема міжнародного подвійного оподаткування виникає у декількох випадках, а саме:

- Якщо згідно з національним законодавством кількох держав платник податку визнається резидентом і відповідно несе необмежену податкову відповідальність перед кожною з них стосовно об'єктів оподаткування.
- Якщо у резидента однієї держави виникає об'єкт оподаткування на території іншої держави, і обидві ці держави оподатковують цей об'єкт.
- Якщо декілька держав піддають одну і ту ж особу, яка не є резидентом жодної з них, оподаткуванню по об'єкту, який виникає у суб'єкта податку в цих державах.

Подвійне оподаткування не обов'язково означає буквальне використання однакових податкових важелів. Воно можливе і при частковому накладанні одного об'єкта на інший, причому це може відбуватися як у рамках однієї держави, так і при дії різних податкових систем. Питання подвійного оподаткування торкається національних фіскальних інтересів, інтересів міжнародних організацій (з питань встановлення глобальної економічної гармонії), приватних комерційних інтересів.

Таким чином, **міжнародне подвійне оподаткування – це неодноразове обкладання об'єкта оподаткування (податкової бази) в/або конкретного платника одним і тим же податком (чи подібним) за певний податковий період, яке виникає унаслідок неузгодження між державами застосування принципів поширення податкової юрисдикції кожної з них.**

ЛІТЕРАТУРА

1. Оподаткування зовнішньоекономічної діяльності в Україні / Під ред. М.Я.Азарова. – К.: Дія, 2000.
2. Перов А.В., Толкушкин А.В. Налоги и налогообложение: Учеб. пособ. – 2-е изд., перераб. и доп.– М.: Юрайт-Издат, 2003.
3. Загряцков М. Проблема двойного налогообложения в послевоенной литературе // Вестник финансов. – 1929. – №7. – С.200.
4. Закон України "Про систему оподаткування" // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – №39. – С.510.
5. Міжнародне оподаткування / Під ред. Ю.Г.Козака, В.М.Сліпи. – К. 2003.

SUMMARY

In the article the historical survey of the understanding of the concept "international double taxation" is analysed. The author suggests that the concept "international double taxation" be considered as the numerous taxation of the same object or the same subject.

Key words: international double taxation, taxation of the object, taxation of the subject.

Розділ VIII

Кримінально-правові та кримінально-процесуальні дослідження

Н. Хлистова

Україна

Донецький інститут внутрішніх справ МВС України

Науковий керівник – к. ю. н. М. Палій

ПОНЯТТЯ ТА КЛАСИФІКАЦІЯ СОЦІАЛЬНО КОРИСНОЇ МОТИВАЦІЇ ЯК КРИМІНАЛЬНО – ПРАВОВОЇ КАТЕГОРІЇ

У кримінально-правовій літературі існує декілька визначень мотивації злочину, що дозволяє стверджувати про відсутність єдиного погляду щодо визначення цього поняття. Найбільш розповсюдженим є визначення, згідно з яким мотивація є процесом формування мотиву злочину [1, с.234].

С.А.Тарарухін вважає, що мотивація злочину вживається у двох значеннях: як внутрішній процес виникнення мотиву злочину в результаті взаємодії особистості з навколишнім середовищем та як результат формування мотиву злочину [2, с.151]. З таким підходом необхідно погодитись, оскільки він не суперечить психологічному визначенню поняття мотивації [3, с.82 – 86].

Такі вчені-юристи, як А.О.Герцензон, Б.С.Волков, С.А.Тарарухін за різними вихідними критеріями пропонують різні види мотивів і мотивації. П.С.Дагель з точки зору кримінально-правової класифікації мотивів визначає

такі: 1) суспільно небезпечні (низькі) мотиви злочину; 2) суспільно нейтральні мотиви злочину; 3) суспільно позитивні мотиви злочину [4, с.214]. До першої групи мотивів він відносить антидержавні мотиви (національна расова ненависть, помста за державну діяльність) й особисті низькі мотиви (користь, ревнощі, жорстокість, хуліганські мотиви); до другої групи – особисті мотиви, які не мають низького характеру: жалість чи співчуття, родинні й інші почуття, сором, захопленість; до групи суспільно корисних мотивів – неправильно сприйняті інтереси держави, підприємства, мотиви захисту від суспільно небезпечного посягання, науковий інтерес тощо.

Зазначимо, що такий підхід є дещо звуженим, оскільки йдеться лише про мотиви злочину, при цьому поза увагою залишається те, що мета злочину також може бути суспільно небезпечною, суспільно корисною чи суспільно нейтральною, оскільки мотив і мета не тільки взаємопов'язані, але й визначають одне одного. Виходячи з визначеного, доцільно, на нашу думку, вдосконалити класифікацію П.С.Дагеля введенням поняття "мотивації" злочину, розуміючи її як поєднання мотивів і цілей вчинення злочину.

А.В.Савченко доходить висновку, що мотивація злочину завжди є негативним та руйнівним за своїм змістом явищем, навіть якщо до її складу входять суспільно нейтральні або суспільно позитивні мотиви, тому що вона спотворює і завдає шкоди охоронюваним законом суспільним відносинам. На нашу думку, з деякими аспектами цього визначення поняття мотивації злочину погодитись не можна, оскільки вчинення особою злочину з соціально корисною мотивацією, по суті, є негативним явищем лише частково, адже небезпека такого діяння полягає більше не в самій особі, а у наслідках, які настали і спричинюють шкоду правоохоронюваним інтересам.

Вчинення злочину з соціально корисною мотивацією, на нашу думку, жодним чином не можна ототожнювати з негативною мотивацією вчинення злочину, оскільки істотна різниця між ними і полягає у спрямованості "лихої" волі особи, що вчинила злочин. У випадку вчинення злочину із соціально корисною мотивацією особа, по суті, не є суспільно небезпечною, оскільки вона прагне користі для суспільства. Проблема полягає в тому, що вона обирає заборонені кримінальним законом засоби досягнення поставленої мети, в той час як особа, яка умисно вчиняє злочин із соціально негативних мотивів і свідомо шкодить життю, здоров'ю, власності особи, є не тільки і не стільки суспільно небезпечною з позиції вчиненого діяння, а насамперед – з точки зору спрямованості деструктивного умислу, пов'язаного з тими ідеями, які заперечують та/або "перекручують" суспільні та відповідні правові принципи.

Безумовним є те, що необхідно відмежовувати соціально корисну мотивацію від соціально негативної, але "виправданої" самим злочинцем. Наприклад, серійний вбивця може виправдовувати свої злочини намаганням "очистити" суспільство від недостойних членів, але подібне трактування своєї поведінки виникає переважно після вчинення певної кількості злочинів. Більш того, майже кожен злочинець виправдовує свої вчинки, знаходить для них певне

ідеологічне підґрунтя, але це не робить його мотивацію соціально корисною. Подібне виправдовування злочинної поведінки є своєрідною психологічною сублімацією і лише сприяє укоріненню злочинних намірів. Виправдання "наживлюється" на соціально негативну мотивацію. Особа під час вчинення злочину керується соціально негативними мотивами, а "виправданням" вона заспокоює совість. Тобто у наведеному вище прикладі вбивця керується крайньою неповагою до суспільства, мотивами отримання почуття власної значущості, зневагою до людської особи тощо, але ніяк не прагненням до розвинутого суспільства.

З наведеного можна зробити висновок, що соціально корисну мотивацію злочину можна відокремити від соціально негативної через зіставлення діяння і його пояснення особою, яка його вчинила, в поєднанні із застосуванням порівняння такого діяння зі ступенем наближення до обставин, які виключають злочинність діяння, – необхідна оборона, крайня необхідність, діяння, пов'язане з ризиком, затримання особи, що вчинила злочин, тощо. На нашу думку, всі діяння, які виключають кримінальну відповідальність згідно з розділом 8 Загальної частини КК України вчиняються тільки з соціально корисною мотивацією.

В юридичній літературі мотивація злочину переважно досліджується в аспекті її суспільної небезпеки. Позитивна мотивація практично не вивчається, оскільки розповсюдженою є думка, що якщо діянням заподіяна шкода, то корисність діяння виключається взагалі. М.С.Грінберг, який досліджував проблеми виробничого ризику, відзначав: якщо під час вчинення злочинного діяння ставиться правомірна мета, то небезпека такої дії знижується, а в тих випадках, коли корисність дії вища за можливу небезпеку, вона взагалі виключає її [5, с.76]. Однак особливості мотивації діянь, пов'язаних із ризиком, М.С.Грінберг не розглядав [6, с.89].

У чинному Кримінальному кодексі лише один раз вживається поняття "значна суспільно корисна мета" – у ч.1 ст.42 "Діяння, пов'язане з ризиком": не є злочином діяння (дія чи бездіяльність), що завдають шкоди правоохоронюваним інтересам, якщо це діяння було вчинене в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети. Суспільно корисна мета при цьому переважно трактується як мета придбання майна для суспільства, держави чи багатьох громадян, отримання наукової, технічної, гуманітарної й іншої інформації, збереження чи покращання життя або здоров'я людей. При цьому користь для суспільства у випадку успіху таких дій (бездіяльності) повинна бути значною і за об'ємом, і за характером [7, с.180 – 182].

Виходячи з вищевикладеного, пропонуємо власне визначення соціально корисної мотивації злочину: *соціально корисною мотивацією* злочину є поєднання в діяльності особи соціально корисного мотиву та мети із засобами їх досягнення, які входять у протиріччя з кримінальним законом. Ознаками соціально корисної мотивації є:

- 1) вчинення діяння з ознаками обставин, які виключають його злочинність;
- 2) вибір засобу досягнення поставленої мети, який суперечить вимогам кримінального законодавства;
- 3) реальне чи помилкове уявлення про корисність діяння.

Щоб глибше зрозуміти сутність явища соціально корисної мотивації, необхідно розглянути її і як глобальне явище, властиве певній особі та дати відповідно до певних ознак класифікацію соціально корисної мотивації. Виявляючи найбільш загальні, типові властивості соціально корисної мотивації, порівнюючи її з подібними та відрізняючи від інших явищ, класифікація дає можливість більш детально дослідити саму соціально корисну мотивацію, її вплив на інші явища, напрями її стимулювання. За своєю внутрішньою сутністю класифікація є етапом пізнання сутності об'єктів, які класифікуються. Головною властивістю наукової класифікації є розподіл об'єктів на окремі класи за їх об'єктивними загальними та відмінними ознаками, враховуючи їхні закономірності та взаємозв'язки.

Першою ознакою, яка є доцільною для класифікації соціально корисної мотивації, є момент виникнення такої мотивації, відповідно до якого можна виділити первинну соціально корисну (або природну) мотивацію та вторинну (або похідну) мотивацію, яка виникла і склалася під впливом певних соціально-політичних, економічних і релігійних факторів. Залежно від змінюваності необхідно виділити:

- 1) стійку соціально корисну мотивацію;
- 2) нестійку соціально корисну мотивацію, яка під впливом різних негативних факторів змінюється або деформується в негативну мотивацію, що стає основою антигромадської діяльності.

Стосовно кримінально-правової класифікації соціально корисної мотивації необхідно виділити такі види:

- 1) соціально корисна мотивація діянь, які складають привілейований склад злочину (вбивство або умисне завдання тяжких тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони, перевищенні заходів, необхідних для затримання злочинця і т. ін.);
- 2) соціально корисна мотивація діянь, які відповідно до п.8, 9 ст.66 є обставинами, що пом'якшують покарання;
- 3) соціально корисна мотивація в обставинах, які виключають злочинність діяння;
- 4) соціально корисна мотивація діянь, вчинених при максимальному наближенні до обставин, які виключають злочинність діяння.

Разом із кримінально-правовою оцінкою діянь, вчинених із соціально корисною мотивацією, необхідно наголосити на тому, що в будь-якому випадку не можна сприяти знищенню в особі соціально корисної ініціативи, навіть якщо

засоби досягнення мети є злочинними (їх і потрібно замінювати), а тому ми пропонуємо ввести як обов'язкову таку обставину, що пом'якшує покарання, як вчинення діяння із соціально корисною мотивацією і доповнити ст.66 КК України п.10 "Вчинення злочину із соціально корисною мотивацією", що, на нашу думку, буде певним чином "узагальнювати" підходи до виключення злочинності діяння та пом'якшення покарання, а також матиме виховний та стимулюючий характер і водночас вказуватиме на хибність обраних засобів досягнення поставленої мети.

ЛІТЕРАТУРА

1. Лунеев В.В. Мотивация преступного поведения. – М., 1991. – 234 с.
2. Тарарухин С.А. Установление мотива и квалификация преступления. – М., 1977. – 151 с.
3. Савченко А.В. Психолого-юридичний аналіз проблеми мотиву злочину // Право України. – 1998. – №3.
4. Дагель П.С., Котов Д.П. Субъективная сторона преступления и её установление. – Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1974. – 243 с.
5. Гринберг М.С. Производственный риск в советском уголовном праве. – М., 1973. – 230 с.
6. Хлистова Н.Б. Цілі покарання та суспільно корисна мотивація суспільно небезпечних діянь: актуальні проблеми співвідношення // Проблеми держави і права в дослідженнях молодих учених: Зб. наук. пр. курсантів та студентів ДІВС. – Донецьк, 2003. – 179 с.
7. Хлистова Н.Б. Проблемы обеспечения права на риск в Уголовном кодексе Украины // Захист прав і свобод людини в діяльності правоохоронних органів: Матеріали всеукр. наук. курсант. (студент.) конф. – Одеса, 2002. – 208с.

SUMMARY

The article is devoted to the research of the issue of social useful motivation as criminal law category. The notion and classification of social useful motivation are presented. The author distinguishes between social useful motivation and social danger motivation.

Key words: social useful motivation, social danger motivation, criminal law category.

Г. Волкова

Україна

Донецький інститут внутрішніх справ МВС України

Науковий керівник – к. ю. н. М. Палій

РЕЛІГІЙНІ ПЕРЕКОНАННЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ МОТИВУ ЗЛОЧИНУ

В умовах релігійного плюралізму ідея свободи віросповідання одержує дедалі більше визнання. Це, у свою чергу, створює ґрунт для зловживання цією свободою. На тлі загального росту злочинності злочинність, яка пов'язана з релігією, ще не відіграє значної ролі, однак цей вид злочинності явно набирає сили, набуваючи все більш складного характеру. У зв'язку з тим, що під час проведення досудового розслідування релігійний фактор взагалі не враховується, злочинність, так чи інакше пов'язана з релігією, відрізняється великим ступенем латентності.

Зважаючи на це, є актуальним питання про співвідношення релігії і протиправної поведінки та можливість релігійних переконань виступати мотивом злочину.

Однак, перш ніж перейти до розгляду зазначеної проблеми, необхідно коротко зупинитися на питанні визначення мотиву злочинної поведінки взагалі. Так, мотив у буквальному перекладі та по суті – двигун людської поведінки. Відомий вітчизняний кримінолог А.Ф. Зелінський визначає мотив злочинної поведінки як актуальну потребу, яка задовольняється способами, забороненими кримінальним законом [1, с.65]. Автор, на наш погляд, також правильно визначає те, що потреби людини як такі (що ототожнюються із предметом мотиву) не можуть бути асоціальними або злочинними. Злочинними можуть бути лише засоби та шляхи їхнього задоволення [1, с.59].

Наприклад, суб'єкт під час виконання релігійного обряду на підставі відповідних релігійних переконань скоює вбивство. В цьому випадку мотивом, що визначає його поведінку, є певна релігійна потреба в "духовному комфорті", якого він досягне, зробивши певні ритуальні дії. Безумовно, потреба в духовному комфорті не є антисоціальною, а тим більше злочинною. Злочинним є спосіб задоволення його потреб, а саме – вбивство.

Вибір кримінального способу дії залежить, у першу чергу, від настанов самої особистості, а у віруючої людини такими настановами виступають релігійні переконання, які займають чільне місце в її системі цінностей, і вона, як правило, завжди буде дотримуватися саме релігійних переконань, не звертаючи належної уваги на те, які вимоги висуває закон.

Необхідно зазначити, що механізми як позитивного, так і негативного впливу релігії та релігійних організацій на злочинність ще не досить вивчені як юристами, так і релігієзнавцями, але ця проблема вимагає глибокого вивчення. Взаємозв'язок релігії і протиправної поведінки, безумовно, є, але він складний і суперечливий. Історія і сучасність свідчать про неоднозначний вплив різних

релігійних віровчень та/або релігійних організацій на злочинність. Тому уявлення про взаємозв'язок релігії і злочинності істотно відрізняються, а іноді бувають діаметрально протилежними.

У рамках розгляду релігійних переконань як елементу мотиву злочину необхідно зупинитися на поняттях "релігія злочинців" і "злочинна релігія", які, на нашу думку, не тільки істотно відрізняються одне від одного, а й надають можливість визначити ту роль, яку можуть відігравати релігійні переконання у формуванні злочинної поведінки.

Під релігією злочинців варто розуміти ту релігію, яку сповідує суб'єкт, що скоїв злочин. Як показують дослідження, серед злочинців дійсно чимало людей релігійних. Однак, вчинюючи злочини, вони ніяк не виконують яких-небудь релігійних настанов і нерідко взагалі не замислюються над релігійними питаннями. Тому в цьому випадку релігійні мотиви скоєння злочину дуже мало ймовірні, оскільки релігійну потребу при цьому не можна вважати актуалізованою.

Однак якщо віруюча людина бачить у своїй релігії настанови до здійснення злочину або виправдовує вже скоєний злочин своїм віровченням, варто говорити про злочинну релігію.

Злочинна релігія – це така релігія, яка повинна заохочувати схильність до порушення законів, провокувати здійснення різних злочинів і забороняти виконання цивільних обов'язків. Вона повинна містити в собі радикальне ставлення до людського життя й обґрунтовувати таке ставлення у своєму віровченні. Очевидно також, що така релігія повинна бути екстремістською й агресивною.

Необхідно відзначити, що поняття "злочинна релігія" вперше запропонував Ю.В.Тихонравов у своїй монографії "Судове релігієзнавство". Однак він підкреслював, що мова йде лише про модель злочинної релігії, яка, цілком імовірно, незастосовна до жодної з реально існуючих релігій. Проте необхідно відзначити, що у той же час можуть існувати релігії, у віровченні, культурі та організації яких містяться криміногенні елементи. І якщо це так, то їх необхідно виявляти і вивчати. Так, віровчення ісламу містить п'ять стовпів віри Аркан-ад-дін, однак деякі мусульмани виділяють і шостий стовп, що говорить про джихад (священу війну), а джихад, у свою чергу, можна розглядати в трьох аспектах, один із яких припускає війну з невірними на їхній території. Саме останнє розуміння ісламу містить всі ознаки злочинної релігії, оскільки спрямоване на насильницьке вторгнення, передбачає порушення територіальної цілісності та рівноправ'я залежно від ставлення до релігії.

Розкриваючи поняття злочинної релігії, не можна обійти увагою таке явище, як сатанізм, хоча релігієзнавці нерідко відносять його до напіврелігійних течій. Цей релігійний напрям, на нашу думку, найбільш наближений до моделі злочинної релігії, тому що ознаки злочинної спрямованості містять їхні світогляд, практика та організація [2, с.105 – 113].

Метою створення сатанинської групи є виконання дій та ритуалів, які мають злочинні прояви. У зв'язку з цим можна виокремити ряд конкретних складів злочинів, характерних для сатаністів. Це – пошкодження релігійних споруд чи культових будинків (ст.178 КК), незаконне утримування, осквернення

або знищення релігійних святинь (ст.179 КК), наруга над могилою (ст.297 КК), нищення, руйнування чи псування пам'яток історії або культури (ст.298 КК), створення або утримання місць розпусти і звідництва (ст.302 КК), жорстоке поводження з тваринами (ст.299 КК), хуліганство (ст.296 КК), іноді умисне вбивство (ст.115 КК) та ін.

Останнім часом спостерігається також криміналізація окремих нових релігійних організацій. Серед них вирізняються "Криміногенні релігійні групи" та "Кримінальні релігійні групи". До першої групи належать релігійні організації, які характеризують не пряме кримінальне спрямування, а таке, яке опосередковане віктимністю або містить лише певний криміногенний потенціал, тобто спостерігаються явна асоціалізація, дезадаптація членів релігійної групи, релігійна мотивація безробіття, неосвіченості, очікування "кінця світу" у визначений термін. До другої групи належать спільноти, для яких характерні розпалювання релігійної ворожнечі, дії, спрямовані на пошкодження храмів представників іншого віросповідання, природних, культурних цінностей, заклики до відхилення від виконання конституційних обов'язків [3, с.257].

Криміногенність деяких релігійних течій може виявлятися в їхньому віровченні, культі та організації. Вони схиляють своїх adeptів до самогубства, передбачають довгочасні голодування, чим заподіюється значна шкода здоров'ю людей, забороняють приймати медичну допомогу тощо, що викликає відповідну реакцію близьких. Для них також характерні проведення несанкціонованих масових релігійних акцій, нетерпиме ставлення до інакомислячих, схилення своїх членів до відмови здійснювати свої громадянські права та виконувати свої обов'язки. Специфіка зазначених злочинів полягає насамперед у тому, що члени релігійних груп свідомо відмовляються від своїх прав та обов'язків, тому що розглядають такі відмови лише як виконання вимог свого віровчення та культу.

Однак варто відзначити, що одних релігійних переконань мало для того, щоб вони були вирішальними при формуванні мотиву злочину навіть у тому випадку, якщо людина сповідує релігію, яка містить явні злочинні риси. Як вважає Ашафенбург, "вероисповедание само по себе едва ли имеет значение в уголовной статистике. Мы регистрируем лишь принадлежность к той или другой из существующих религий, а не степень индивидуальной религиозности, не интенсивность веры отдельных лиц, не влияние религиозных догматов на мысли и поступки" [4, с.74]. Дійсно, визначити ступінь релігійності людини й інтенсивність її віри практично неможливо, як і не можна з упевненістю стверджувати, що у випадку вчинення злочину віруючою людиною нею керували тільки лише її релігійні переконання, а не користь, помста, ревності тощо. Крім того, у кримінальній психології є теорія полімотивності злочинної поведінки, яка говорить про те, що будь-яка людська поведінка спрямовується не одним, а кількома мотивами. Таким чином, сповідування тієї або іншої релігії, навіть релігії, яка в корені не згідна з усім існуючим правопорядком і вимогами закону, лише у вкрай рідкісних випадках виступає єдиним мотивом злочину. Однак це може бути однією з головних умов злочинності, тобто релігія може виступати як фактор злочинності, хоча вона поки що явно недооцінюється в цій якості.

Заборонити релігію або віросповідання, навіть якщо вони продемонстрували свою небезпеку для суспільства, не можна, як не можна заборонити яку-небудь

ідеологію. Для здійснення такої заборони треба було б запровадити контроль над думками і цензуру інформації, а це недемократично, складно і дорого. З нею можна тільки боротися за допомогою іншої релігії або ідеології, тому релігія, нехай навіть злочинна, у вигляді віровчення може існувати. Боротися потрібно із зовнішнім проявом такої релігії, з культовою діяльністю та із її поширенням. Забороняти ж можна лише ті релігійні організації, де існують віровчення, які містять у "згорнутому" вигляді злочинні мотиви своєї діяльності. Однак із заборонами цього виду релігійних організацій потрібно бути вкрай обережним. Як показує історичний досвід, релігійні переслідування, у якій би формі вони не виражалися, завжди призводили до зворотних результатів: чим сильніший тиск на ту чи іншу релігійну групу, тим інтенсивнішою стає її активність. Саме обмеження релігійного життя створює ґрунт для розвитку "підпільних" форм релігійності. Тому переведення криміногенних релігійних груп на нелегальне або напівлегальне становище тільки ускладнює контроль над ними, в той час як реєстрація таких груп, можливо, зробить їх доступними для криміналістичного обліку і вивчення. Головна ж проблема полягає в тому, як розпізнати криміногенність тих чи інших релігійних явищ.

Для цього доцільно розробити принципи застосування спеціальних релігієзнавчих знань у правоохоронній діяльності. В розслідуванні злочинів, пов'язаних із релігією, представникам правопорядку найчастіше вже не вистачає відповідних знань, тому що коло їхніх пізнань у цій сфері обмежується навчальним курсом релігієзнавства в кращому випадку. Під час проведення досудового слідства необхідно висувати і розробляти версії скоєння конкретних видів злочинів з релігійних мотивів, а також залучати кваліфікованих фахівців у цій галузі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Зелинский А.Ф. Криминальная психология: Науч.-практ. изд. – К.: Юриком Интер, 1999. – 240 с.
2. Волкова Г.М., Волошин В.В. Сучасний сатанізм: причини виникнення та ознаки злочинної спрямованості // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2003. – №1. – С.105 – 113.
3. Палій М.В. Кримінологічна оцінка терміна "секта" // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 1999. – №1. – С.253 – 259.
4. Цит. по: Тихонравов Ю.В. Судебное религиоведение. – М.: ЗАО "Бизнес-школа"; "Интел-Синтез", 1998. – 272 с.

SUMMARY

The present article deals with the study of such an element of the subjective aspect of corpus delicti as reason. The author of this article suggests taking into account religious persuasion of a man as one of crime reason elements. Religious persuasion may be one of the reasons in committing a crime under certain conditions. Thus, it may be considered as a factor of crime though it is still underestimated in this quality.

Key words: corpus delicti, religious persuasion, crime reason elements.

Н. Радущ

Україна

Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

Науковий керівник – к. ю. н., доц. А. Шевчук

**НЕЗАКІНЧЕНИЙ ЗЛОЧИН ТА ЙОГО ВИДИ
ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ**

Науковий пошук оптимальних юридичних термінів так і не привів до усунення прогалин у Кримінальному кодексі України стосовно поняття "незакінчений злочин". Зміст терміна "незакінчений злочин" законодавець не вживав раніше і не використовує у нині чинному Кримінальному кодексі України. Проте ч.2 ст.13 Кримінального кодексу гласить, що незакінченим злочином є готування до злочину та замах на злочин, тобто передбачені види незакінченого злочину. Тому доцільно було б розкрити правову категорію "незакінчений злочин": дати повне і чітке визначення.

У теорії кримінального права існують певні позиції щодо тлумачення вищезазначеного поняття. Під незакінченим злочином В.П.Тихий розуміє нездійсненну можливість спричинення шкоди об'єкту посягання, тобто умисел на злочин не доводиться до кінця з причин, незалежних від винного [7, с.130].

Із цим визначенням певною мірою варто погодитись, адже злочин не завжди вдається довести до кінця. Це може бути пов'язане із виникненням певних обставин, які суперечать волі та бажанню довести злочинну діяльність до кінцевого результату. Обставини – це події, які характеризуються певними особливостями, зокрема ситуаційністю, непередбачуваністю, раптовістю.

На думку М.Й.Коржанського, для обґрунтування поняття "незакінчений злочин" насамперед виникає необхідність вирішення таких питань: чи розпочинався злочин? Чи закінчився він? На якому етапі вчинення злочину було зупинено і чому він не був доведений до кінця? Наскільки реалізований злочинний намір і чому він не був доведений до кінця? [3, с.248].

В.Д.Іванов виділяє злочинний намір як самостійну окрему стадію [2, с.8]. Проте не варто погоджуватись з цією точкою зору адже злочинний намір ще не є дією, що спрямована безпосередньо на заподіяння шкоди і не передбачається законом. Суспільно небезпечна дія – це спрямованість на досягнення певних наслідків, певної мети, що забороняється кримінальним законом. П.С.Матишевський з цього приводу стверджує, що виявлення наміру – це певна думка особи, а не її протизаконна поведінка. Самі наміри вчинити будь-які злочинні дії не можуть розглядатись як злочинна діяльність. Окрім того, неприпустимість переслідування за думки є конституційно гарантованою нормою, що закріплена в ст.34 Конституції України, а принцип "cogitationis poenam nemo patitur" ("думки не караються") є загальновизнаним принципом сучасного кримінального права [4, с.242].

Більш обґрунтований підхід зводиться до такого визначення: незакінчений злочин – це умисне, суспільно небезпечне діяння (дія або бездіяльність), яке не містить усіх ознак злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини Кримінального кодексу, у зв'язку з тим, що злочин не був доведений до кінця з причин, незалежних від волі винного. У кримінально-правовій літературі право на існування має думка про те, що незакінчений злочин – це попередня злочинна діяльність; незакінчений злочин – це невдала діяльність у вчиненні злочину [1, с.174].

Враховуючи вищезазначені аспекти розуміння поняття незакінченого злочину, оптимальним було б таке визначення: незакінчений злочин – це цілеспрямоване злочинне суспільно небезпечне діяння (дія чи бездіяльність), при якому винний свідомо й умисно готує можливість злочинного посягання або вже безпосередньо спрямовує своє діяння на вчинення конкретного злочину, яке за певних обставин у супереччю волі і бажанню винного не доведено до кінцевого результату.

Відповідно до ч.1 ст.13 Кримінального кодексу України закінченим злочином визнано діяння, яке містить усі ознаки злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини. В порівнянні із закінченим злочином незакінчений злочин має деякі особливості розмежування, які стосуються характеру вчинених дій і моменту їх припинення. Закінчений злочин передбачає повну єдність об'єктивної і суб'єктивної сторони, винний реалізував злочинний намір повною мірою, виконав усю об'єктивну сторону злочину, спричинив шкоду об'єкту. Стосовно незакінченого злочину, то умисел винного повністю нереалізований, об'єктивна сторона нерозвинена, не виконана, не спричинена шкода об'єкту або спричинена не та, яку передбачає певна норма. Постає запитання: які причини не дозволяють досягнути бажаного результату? Зокрема, такі причини можна проаналізувати з огляду на два критерії: об'єктивний і суб'єктивний. Об'єктивні причини мають такі ознаки: випадковість обставин; ситуаційність; непередбачуваність обставин.

Характерні риси суб'єктивних причин: по-перше, недостатня наполегливість; по-друге, нерішучість; по-третє, недосвідченість; по-четверте, невміння (наприклад, злодій намагався відкрити сейф із коштовностями, але не зміг) [7, с.130].

На підставі ч.2 ст.13 Кримінального кодексу України, як було зазначено вище, незакінченим злочином є готування до злочину та замах на злочин. Отже, розглянемо види незакінченого злочину, тобто готування до злочину і замах на злочин. Частина 1 ст.14 Кримінального кодексу передбачає, що готування до злочину є підшукування або пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників або змова на вчинення злочину, усунення перешкод, а також інше умисне створення умов для вчинення злочину.

М.Й.Коржанський трактує готування до злочину таким чином: це є дії, спрямовані на створення умов і можливості вчинити злочин. Це може бути: по-перше, підшукування учасників; по-друге, придбання зброї, транспортних засобів, документів, інструментів, інших знарядь; по-третє, вивчення місця обставин (приміщень, охорони, розташування об'єкта нападу); по-четверте,

усунення різних перешкод (наприклад собак). Сутність готування полягає ось у чому: по-перше, вони не спрямовані безпосередньо на заподіяння шкоди об'єкту кримінально-правової охорони, не утворюють безпосередньо загрози об'єкту кримінально-правової охорони; по-друге, не наближають суб'єкт до об'єкта злочину чи до потерпілого, не утворюють їх безпосереднього зіткнення; по-третє, не утворюють в повному обсязі об'єктивну сторону складу злочину; по-четверте, не мають причинного зв'язку з майбутніми злочинними наслідками [3, с.282].

З приводу поняття "готування до злочину" І.С.Тишкевич стверджує, що це умови для безпосереднього виконання складу закінченого злочину [7, с.51].

З огляду на це ми вважаємо, що дефініція, яка закріплена в ч.1 ст.14 чинного Кримінального кодексу України, не відповідає означенню поняття "готування до злочину", оскільки там відображено лише т. зв. форми підготовчих до злочину дій, які характерні для більшості вчинюваних умисних посягань.

Отже, на нашу думку, доцільним було б поняття "готування до злочину" трактувати таким чином: готування до злочину – це певне умисне діяння, яке має цілеспрямований вплив на створення умов із вчиненням злочину у майбутньому, проте недоведене до бажаного результату за певних причин.

Вважаємо за необхідне наголосити на доцільності поділу готування за своїм характером і змістом на три види: завершене, незавершене та невдале готування. На нашу думку, варто було б закріпити ці види поділу в Кримінальному кодексі України, оскільки такий підхід є досить вдалим та обґрунтованим, тому що на такий поділ звертають увагу деякі як українські, так і російські вчені. Зокрема, В.Н.Петрашев визначає, що для завершеного готування є характерним те, що діяльність суб'єкта не тільки на його думку, й в дійсності містить усі виконані в повному обсязі необхідні дії, які створюють умови для безпосереднього посягання. Це посягання при використанні створених умов здатне призвести до закінченого злочину, однак із незалежних від особи причин не отримало подальшого розвитку [6, с.232].

В.Н.Петрашев також зазначає, що, на відміну від завершеного, незавершене готування є діяльністю, яка не містить насправді умов, необхідних для вчинення закінченого злочину. Цей вид готування характеризується тим, що суб'єкт, розпочавши виконання запланованих дій (бездіяльності) спрямованих на створення умов для майбутнього посягання під впливом як зовнішніх, так і внутрішніх факторів, що не залежать від волі самого суб'єкта, не встигає чи не може виконати цілком усього обсягу підготовчих дій. До таких факторів можна віднести: затримання особи в момент виконання підготовчих дій, зіткнення з перешкодами, які неможливо подолати відсутність в особі певних навичок.

Серед обставин, які не дозволяють перерости готуванню у безпосереднє посягання, особливе місце займають випадки, коли навіть під час повного виконання всієї підготовчої діяльності не створюються умови, які б дозволили досягнути стадії закінченого злочину. Це т. зв. випадки невдалого готування, за означенням В.Н.Петрашева.

Виходячи з вищезазначеного, невдале готування – це помилка особи щодо засобів, способів чи знарядь, які використовуються у ході розпочатих підготовчих дій для вчинення злочину в майбутньому. Таким чином, поділ готування до злочину на види має важливе практичне значення, яке випливає із вимог ч.1 ст.68 Кримінального кодексу України, де зазначено, що при призначенні покарання за незакінчений злочин судом обов'язково враховуються характер і ступінь тяжкості вчиненого особою діяння, ступінь здійснення злочинного наміру і причини, внаслідок яких злочин не буде доведено до кінця.

Доречно було б проаналізувати і другий вид незакінченого злочину – замах на злочин. Припустимо, злочинець, придбавши зброю, вистрілив у потерпілого з метою вбивства, але промахнувся, і потерпілий залишився живий. Тому потрібно нагадати, що для об'єкта, який охороняється кримінальним законом, становлять небезпеку не лише випадки закінченого злочину, а й умисні дії, які безпосередньо спрямовані на вчинення злочину, однак не призвели до його закінчення з причин, що не залежали від волі винної особи. З приводу цього законодавець вміло у чинному Кримінальному кодексі використав термін "замах на злочин". Відповідно до ч.1 ст.15 замахом на злочин є вчинення особою з прямим умислом діяння (дії або бездіяльності), безпосередньо спрямованого на вчинення злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини Кодексу, якщо при цьому злочин не було доведено до кінця з причин, що не залежали від її волі.

На думку Н.В.Чернишова, М.В.Володька, замах на злочин виражається в діях, безпосередньо спрямованих на скоєння злочину і тому здатних завдати шкоду охоронюваному законом об'єкту [7, с.115]. Це визначення подає досить вузьке розуміння терміна "замах на злочин", оскільки не вказано, що злочинець не доводить злочин до кінця з причин, які від нього не залежать. Причини ж не доведення злочину до кінця можуть бути різними: відсутність предмета посягання, вчинення опору потерпілим, і саме ці зовнішні фактори не дають змоги завершити злочин. Тут злочинець не керується внутрішніми мотиваціями, а цілеспрямовано виявляє свій умисел.

Проаналізуємо види замаху на злочин. Замах поділений кримінальним законом на закінчений і незакінчений, інших видів замаху не передбачено. Тоді як у теорії кримінального права зустрічаються тенденції поділу замаху залежно від придатності об'єкта і засобів посягань на замах на непридатний об'єкт і замах з непридатними засобами. Вважаємо, що більш доцільно в цьому випадку говорити про замах на непридатний предмет, оскільки об'єкт посягання непридатним бути не може, тому що він або є, або нема. Отже, замах на непридатний предмет існує тоді, коли предмет не має необхідних властивостей, унаслідок чого винний не може довести злочин до кінця (наприклад постріл у манекен, помилково прийнятий за живу людину).

Стосовно замаху з непридатними засобами, то він має місце тоді, коли суб'єкт для досягнення злочинного результату обирає засоби, які за своїми об'єктивними властивостями не здатні викликати бажані для винного суспільно небезпечні наслідки (наприклад спроба вчинити вбивство з непридатної зброї) [5, с.61-62].

На нашу думку, необхідно усунути прогалини у ст.15 чинного Кримінального кодексу і юридично закріпити такі види замаху, як замах на непридатний предмет і замах із непридатними засобами.

У результаті проведення автором дослідження інституту незакінченого злочину та його видів доцільно зробити такі висновки.

По-перше, поняття незакінченого злочину – це цілеспрямоване злочинне суспільно небезпечне діяння (дія чи бездіяльність), при якому винний свідомо й умисно готує можливість злочинного посягання або вже безпосередньо спрямовує своє діяння на вчинення конкретного злочину, яке за певних обставин у супереччю волі і бажанню винного не доведено до кінцевого результату.

По-друге, поняття готування до злочину – це певне умисне діяння, яке має цілеспрямований вплив на створення умов із вчиненням злочину у майбутньому, проте не доведено до бажаного результату за певних причин.

По-третє, необхідно закріпити у ст.14 Кримінального кодексу України поділ готування до злочину на види: завершене, незавершене та невдале готування.

По-четверте, потрібно доповнити ст.15 Кримінального кодексу України стосовно видів замаху, а саме: замах на непридатний предмет та замах із непридатними засобами.

Ми вважаємо за необхідне відзначити, що законодавець повинен зацікавити увагу на вказаних вище положеннях щодо вдосконалення інституту незакінченого злочину та усунення прогалин у чинному Кримінальному кодексі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бажанов М.І., Сташис В.В., Таций В.Я. Кримінальне право України: Загальна частина: Підруч.для студ. юрид. спеціал. вищих закладів освіти. – К.; Х.: Юрінком Інтер – Право, 2002.
2. Иванов В.Д. Ответственность за покушение на преступление. – Караганда, 1974.
3. Коржанський М.Й. Кримінальне право і законодавство України. Частина загальна: Курс лекцій. – К.: Атака, 2001.
4. Матишевський П.С., Андрушка П.П., Шапченко С.Д. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2000.
5. Мельник М.І., Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. – К.: Канон; А.С.К., 2002.

SUMMARY

In the given article we have determined the concept of unfinished crime, and its kinds, we have elucidated the peculiarities of improvement of the unfinished crime institute.

Key words: unfinished crime, kinds of crime.

Ю. Клепикова

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – к. ю. н., доц. А. Бойко

**СОЦІАЛЬНА ОБУМОВЛЕНІСТЬ
ВВЕДЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ
ЗА ЛЕГАЛІЗАЦІЮ (ВІДМИВАННЯ)
ГРОШОВИХ КОШТІВ ТА ІНШОГО МАЙНА,
ЗДОБУТИХ ЗЛОЧИННИМ ШЛЯХОМ**

Ще донедавна у широких колах громадськості панувала думка, що використання "брудних грошей" у легальній економіці не становить загрози її розвитку. Необхідно відзначити, що це було однією з причин того, що в Україні тривалий період боротьби з цим негативним явищем не приділяли належної уваги. Суть цього явища у різних країнах та на різних етапах соціально-економічного розвитку є однаковою, але характер та ступінь його деструктивного впливу на суспільні відносини різняться. Особливу небезпеку легалізація (відмивання) грошових коштів та іншого майна незаконного походження становить для країн, що перебувають на стадії формування ринкових відносин.

Його суспільна небезпека полягає у тому, що воно:

- руйнує авторитет держави;
- веде до гальмування та спотворення соціально-економічних реформ;
- перешкоджає розвитку ринкових відносин;
- живить організовану злочинність;
- ускладнює відносини зі світовою спільнотою.

Соціально-економічні трансформації, притаманні цьому періоду, створюють сприятливе підґрунтя для поширення цього злочину, а соціальні інститути ще надто слабкі, щоби протидіяти його негативному впливу на фінансово-господарський механізм держави та ефективність державного управління. Очевидним став процес формування нових груп злочинних діянь, що вчиняються в умовах докорінних змін у сфері господарської діяльності. Наявність грошей незаконного походження створює сприятливі умови для зміцнення організованої злочинності та посилення її контролю над усіма сферами суспільного життя, що призводить до послаблення демократичних засад функціонування суспільства.

Спалах злочинності у сфері господарської діяльності набув загрозливих масштабів: у 2000 р. загальна кількість злочинів сягнула 29,8 тис. За експертними оцінками фахівців FATF, щорічний обсяг "брудних грошей" українського походження, що надійшли у світову фінансову систему, становить

5 млрд дол. США. За результатами інспекційної перевірки FATF, Україну у жовтні 2002 р. було внесено до "чорного списку" країн, що не вживають цілеспрямованих заходів щодо попередження відмивання грошей.

Відмивання грошей, як правило, характеризується високим ступенем злочинної організованості, мобільності, швидким реагуванням на зміни у чинному законодавстві, використанням сучасної техніки та технологій. Явище відмивання "брудних грошей" вийшло за рамки окремих фінансово-економічних злочинів і перетворилось на самодостатню систему тотального пограбування суспільства, стало одним із вирішальних факторів дестабілізації економіки.

Основні зміни, що відбуваються в економіці перехідного періоду, полягають у постійному перерозподілі фінансових та матеріальних ресурсів, а також в ускладненні форм економічних зв'язків та відносин. Втручання легалізованих "брудних грошей" у господарські реформи:

по-перше, підсилює негативні тенденції, притаманні економіці перехідного періоду, а саме:

по-перше, інфляцію, вплив капіталу з країни, низьку інвестиційну привабливість,

по-друге, привносить деструктивні елементи:

- у процес перерозподілу суспільних благ (за даними на грудень 2000 р., в окремих галузях економіки 70% працівників одержали заробітну плату, меншу від прожиткового мінімуму);
- у функціонування банківської та фінансово-кредитної системи;
- у формування та виконання державного бюджету (в Україні за вісім місяців 2000 р. надходження до бюджету з ПДВ склали 4 млрд грн, а відшкодовано суб'єктам підприємництва 5,8 млрд грн, а протягом аналогічного періоду 2001 р. – 4,3 млрд грн і 8,6 млрд грн відповідно) [3, с.64].

Для відмивання грошових коштів, здобутих злочинним шляхом, використовуються багаторівневі схеми товарно-грошових потоків, що дозволяє висунути припущення про наявність взаємозв'язку процесів відмивання із недоодержанням податкових надходжень;

по-третє, перетворює приватизацію на джерело живлення тіньової економіки. Більшість закордонних експертів оцінюють обсяги тіньової економіки в різних країнах у межах 5-15% від офіційного ВВП, а в Україні, за різними офіційними даними, обсяг тіньового сектора економіки становить від 45-47% до 50-60%, при цьому 70% обсягу тіньового капіталу спрямовується у господарську діяльність;

по-четверте, перешкоджає природному перебігу інституційних змін;

по-п'яте, підсилює диспропорції у розвитку різних галузей економіки (тіньовий капітал спрямовується загалом не у сферу матеріального виробництва,

а, як правило, у торгівлю, посередницьку діяльність, кредитно-фінансову сферу, де існує можливість отримання надприбутків).

Суттєво обтяжуються господарські відносини і на мікрорівні. Значне погіршення стану підприємств реального сектора економіки спонукає підприємців, позбавлених можливості самостійного ведення відтворювальних процесів, до зрощення із владними структурами для отримання пільг та послаблення контролю за дотриманням нормативно-правових вимог. Інші суб'єкти господарської діяльності стають відвертими політичними антагоністами держави, що призводить до дискредитації ринкової ідеї та змушує органи державного регулювання постійно доводити легітимність своєї політики, зумовлює тінізацію економіки, підтверджує низьку управлінську дієздатність держави. За вказаних умов держава спроможна зосереджуватись тільки на здійсненні екстрених заходів у розв'язанні поточних проблем, спрямовуючи зусилля на досягнення окремих економічних показників (обмеження рівня інфляції, врегулювання платіжного балансу, виконання невідкладних соціальних зобов'язань), а не на формуванні та реалізації єдиної концепції розвитку держави, тим самим порушуючи внутрішню логіку процесу переходу до ринкової економіки.

Процес легалізації "брудних грошей" набув ознак інтернаціональної діяльності в зв'язку із інтеграцією українського фінансового ринку у світову фінансову систему. За даними Координаційного комітету по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю при Президенті України, на іноземних банківських рахунках осідає і не повертається до України понад 70% валютного доходу [1, с.54].

Сьогодні відчутною є потреба у координації зусиль світового співтовариства, що ґрунтувалась би на уніфікації законодавчих систем та широкому використанні успішного досвіду різних країн. Очевидно, що формування національного законодавства щодо протидії відмиванню "брудних грошей" повинно враховувати міжнародно-правові зобов'язання України та рекомендації міжнародних організацій, рецепцію Україною найкращих досягнень іноземних держав у сфері кримінально-правової протидії цьому злочину. Адже навіть реформоване вітчизняне законодавство ще має відомі (очевидні) резерви для удосконалення.

Слід зазначити, що специфічність практики сучасного правового регулювання в Україні проявляється у недостатній ефективності запобігання проникненню злочинного капіталу у легальний господарський обіг. У процесі відмивання активно використовуються банківські інструменти і легальні організаційно-правові форми інститутів ринкової економіки. За даними держстатистики України, в 1998 – 2000 рр. найбільшими інвесторами після Німеччини та США є Швейцарія, Кипр, Вірджинські острови, Ліхтенштейн. Порівняльний аналіз списку офшорних зон та зазначених країн наводить на думку про нелегальне походження більшості інвестицій, що надійшли у нашу економіку з цих країн.

Легалізація "брудних грошей" набула ознак професійної діяльності. Безпосередній зв'язок осіб, що здійснюють легалізацію доходів, отриманих злочинним шляхом, із банківськими структурами дозволяє налагодити ефективний процес легалізації, утверджує наміри подальшого скоєння злочинів, зміцнює загальний кримінальний фон у країні.

Відмивання коштів та інших цінностей, здобутих злочинним шляхом, є основним супутником багатьох форм кримінальної діяльності. Спроби подолати чи суттєво обмежити організовану економічну злочинність малоефективні без викоринення легалізації "брудних грошей".

Похибки в законодавчому регулюванні політичних та економічних реформ в Україні зумовлюють парадоксальну ситуацію, коли законодавча база, замість забезпечення дотримання режиму законності, стала одним із факторів, що дестабілізують цей процес.

Тож існує гостра потреба активізувати розробку дійових схем заходів у боротьбі з легалізацією "брудних грошей", насамперед- перекрити доступ нелегального капіталу у легальний сектор економіки України з метою уникнення зрощування легального та нелегального капіталів. Налагодження ефективного функціонування ринкового механізму, особливо фінансової системи, сприятиме прозорості руху капіталу. Це підвищить рівень економічної безпеки, особливо необхідної державі протягом трансформаційного періоду.

Боротьба зі скоєнням цього злочину повинна проводитись як складова системи загальносоціальних та спеціальних заходів, воно не може вичерпуватися лише кримінально-правовими заходами. Для ефективної протидії відмиванню "брудних грошей" слід враховувати його беззаперечний стійкий зв'язок з економічною політикою держави, соціально-економічними процесами та явищами.

Проте загалом можна впевнено констатувати, що Україна у своєму національному законодавстві загалом реалізувала покладені на неї міжнародно-правові зобов'язання щодо встановлення відповідальності за відмивання доходів, отриманих злочинним шляхом, і зробила важливий крок у формуванні системи заходів, спрямованих на усунення детермінант його вчинення. Аналіз статистичних даних свідчить про зростання кількості кримінальних справ за ст.209 КК України. Так, починаючи від 01.09.2001 р. до 01.07.2002 р. згідно з матеріалами підрозділів МВС України порушено 167 кримінальних справ за ст.209 КК України, а до кримінальної відповідальності притягнуто 256 осіб. Станом на 06.03.2002 р. слідчими управліннями Податкової міліції ДПАУ розслідується майже 300 кримінальних справ, порушених за ст.209 КК України, в т. ч.80 із них передано на розгляд до суду.

У лютому 2004 р. FATF вивчалася ситуація в Україні для підготовки доповіді про стан боротьби з відмиванням грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом та відповідності законодавства країни

міжнародним стандартам. За висновками інспекційної перевірки Україну викреслено з "чорного списку" цієї організації.

ЛІТЕРАТУРА

1. Гапоненко В.Ф., Мельников А.Б., Эриашвили Н.Д. Финансово-правовые особенности криминализации холдинговых корпораций: Монография. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. – 247 с. – (Сер. "Проблемы экономической безопасности Российской Федерации").
2. Кирш А. Крокодиловы слезы // Бухгалтер. – 2001. – №27. – С.64.
3. Ларичев В.Д. Преступления в кредитно-денежной сфере и противодействие им: Учебн.-практ. пособ. – М.:ИНФРА-М, 1996.
4. Михайлов В.И. Противодействие легализации доходов от преступной деятельности: Правовое регулирование, уголовная ответственность, оперативно-розыскные мероприятия и международное сотрудничество.- СПб.: Юридический центр Пресс, 2002.

SUMMARY

The article deals with the issues of money-laundering in Ukraine. It is devoted to the analysis of interrelation between money-laundering and economic processes at macro and micro levels. The author draws the conclusion about the necessity to implement socio-economic and legal measures of counter-actions system against money-laundering.

Key words: money-laundering, measures of counter-action, counter-actions system.

Д. Віноградов

Україна

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

Науковий керівник – В. Маринів

**ПРОБЛЕМИ АПЕЛЯЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ
З КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ В УКРАЇНІ:
ШЛЯХИ ПОДОЛАННЯ
В РУСЛІ СУДОВО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ**

Перевірка судом апеляційної інстанції законності й обґрунтованості вироків, ухвал і постанов суду першої інстанції є надзвичайно важливим засобом охорони прав і законних інтересів учасників кримінального судочинства. Право на перегляд вироку суду вищою судовою інстанцією цілком закономірно було проголошено світовим співтовариством у п.5 ст.14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права як одне з найважливіших прав людини й громадянина. Таке право встановлено й у ст.2 протоколу №7 до Європейської Конвенції про захист прав людини та основних свобод: "Кожен, кого суд визнав винним у вчиненні кримінального правопорушення, має право на перегляд судом вищої інстанції факту визнання його винним або винесеного йому вироку".

Необхідно зауважити, що на території України інститут апеляції був відомий ще з XVI ст.і в тій чи іншій формі діяв аж до 1918 р. Тому 2001 р. законодавець фактично **відновив** апеляцію у судочинстві України, дотримуючись таким чином багатовікових демократичних традицій судочинства. Загалом введення апеляційного провадження є позитивним кроком на шляху демократизації законодавства. Проте навіть протягом двох років, які минули з часу відновлення апеляційного провадження, практика апеляційних судів України показала наявність деяких недоліків і неузгодженостей норм Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) з питань апеляції [1, с.48]. Зокрема, на сторінках "Вісника Верховного Суду України" періодично висвітлюється сутність проблем застосування певних норм КПК. Не припинилася й робота з розробки проекту нового КПК, що також свідчить про наявність проблемних аспектів у законодавстві та практиці його застосування.

Потрібно зазначити принаймні найбільш помітні неузгодженості норм законодавства. Зокрема, в Законі України "Про судоустрій" передбачено функціонування Апеляційного Суду України, який повинен здійснювати апеляційну перевірку вироків, постанов та ухвал, постановлених апеляційними судами як судами першої інстанції, тобто у найбільш складних справах. Однак і до цього часу не створено Апеляційний Суд України, крім того, в КПК для вказаних вироків, постанов й ухвал й досі залишено касаційну перевірку, хоча є рішення Конституційного Суду України (від 11 грудня 2003 р. про

неконституційність створення Касаційного Суду України [2]. Вищезгадана норма КПК фактично є порушенням ст.129 Конституції України, яка гарантує "забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду"[3, с.8]. Тому необхідно якомога швидше виправити цю непослідовність.

На наш погляд, необхідно також більш чітко врегулювати процедуру апеляційного розгляду та постановлення вироків судом апеляційної інстанції. Так, відповідно до ч.1 ст.359 КПК одним із рішень, яке може бути постановлено апеляційним судом при попередньому розгляді справи, є відмова у прийнятті до розгляду апеляції, поданої особою, яка не має на це права [4, с.260]. Проте, на нашу думку, було б більш логічним зобов'язати вирішувати питання про відмову в прийнятті апеляції до розгляду також суддю місцевого суду, не відкладаючи це аж до попереднього розгляду справи в апеляційному суді і, таким чином, не витрачаючи часу та коштів на її пересилання і призначення до розгляду.

Ще однією проблемою апеляційного провадження є обсяг перевірки справи апеляційним судом. Відповідно до ст.365 КПК вирок, ухвала чи постанова суду першої інстанції перевіряються апеляційним судом у межах апеляції, а висновки суду першої інстанції щодо фактичних обставин справи, які не оспорювались і стосовно яких відповідно до вимог ч.1 ст.299 КПК докази не досліджувалися, не перевіряються. У той же час за вимогою ч.2 ст.365 КПК, якщо розгляд апеляції дає підстави для прийняття рішення на користь осіб, щодо яких апеляції не надійшли, апеляційний суд зобов'язаний прийняти таке рішення. Таким чином, зі змісту вищезазначених статей випливає, що, якщо помилки допущено щодо осіб, стосовно яких не подано апеляції, ці помилки мають бути виправлені, а щодо тих, стосовно яких апеляції подані, помилки виправляються тільки в межах апеляції [5, с.53]. Така позиція видається не послідовною і суперечливою. Вважаємо, що виявлені порушення матеріального чи процесуального закону апеляційна інстанція зобов'язана в межах своїх повноважень усунути незалежно від того, чи порушувалося про це питання в апеляції, чи досліджувалися докази в суді першої інстанції.

Відповідно до ч.1 ст.378 КПК апеляційний суд скасовує вирок суду першої інстанції і постановляє свій вирок: за необхідності збільшення обсягу обвинувачення, застосування закону про більш тяжкий злочин, призначення більш суворого покарання, необґрунтованого виправдання чи звільнення від відбування покарання. Доцільно, на наш погляд, було б надати апеляційній інстанції право постановляти вирок також у разі, коли результати проведеного у першій інстанції судового слідства дають підстави для постановлення вироку, а суд першої інстанції необґрунтовано повернув справу на додаткове розслідування.

Загалом, при розробці шляхів подолання існуючих у законодавстві недоліків і прогалин апеляційного провадження варто перейняти досвід положень законодавства дореволюційної України ("Права, за якими судиться народ малоросійський" 1743 р.), Російської імперії ("Статут кримінального судочинства" 1864 р.), Франції, інших країн та практики застосування зазначеного законодавства. При цьому необхідно максимально виважено розглядати питання імплементації норм іноземного законодавства, що регулює

інститут апеляції. Адже кримінально-процесуальне законодавство різних країн містить неоднакові концептуальні підходи до рис апеляції: зокрема, по-різному вирішується питання про право апеляційного суду постановити свій вирок від повної заборони постановлювати такий вирок до можливості постановити вирок із погіршенням становища підсудного навіть при розгляді апеляції, в якій порушувалося питання про полегшення його становища. Існують відмінності й у визначенні меж розгляду справи судом апеляційної інстанції: законодавством Німеччини, Швейцарії та деяких інших країн передбачено, що апеляційний суд за жодних обставин не може виходити за межі апеляційної скарги і перевіряє справу лише щодо тих осіб, яких стосується апеляція.

ЛІТЕРАТУРА

1. Шевченко В.Т. Нагальні проблеми апеляційного розгляду кримінальних справ// Вісник Верховного Суду України. – 2003. – №4.
2. Рішення Конституційного Суду України від 11 грудня 2003 року, №20-рп/200, справа №1-38/2003 (справа про Касаційний Суд України).
3. Конституція України // Урядовий кур'єр. – 1996. – №129. – 13 лип.

SUMMARY

The article is devoted to the analysis of the main problems related to hearing of criminal case on appeal. It deals with the issues of deeper realization of the essence of appellate hearing of cases as well as fixation of rights and duties of the judiciary participants. The article draws reader's attention to possible approaches in eliminating some norms of the Criminal-Procedural Code of Ukraine.

Key words: appellate hearing, the Criminal-Procedural Code of Ukraine, the judiciary.

ЗМІСТ

А. Бойко Слово до читача	3
Розділ I	
Теорія прав людини	4
<i>С. Геверць</i>	
ПРИЙНЯТТЯ ХАРТІЇ ОСНОВНИХ ПРАВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ –НОВИЙ ЕТАП У РОЗВИТКУ ПРАВ ЛЮДИНИ.....	4
<i>Н. Бучковська</i>	
СВОБОДА СЛОВА ЯК ЦІННІСТЬ	9
Розділ II	
Загальна теорія права та історія права	14
<i>Т. Дудаш</i>	
ПРАВОНАЗИВАННЯ ЯК ВИЯВ ПРАВОРОЗУМІННЯ: ІСТОРИКО-СЕМІОТИЧНИЙ ЕКСКУРС.....	14
<i>А. Щербанюк</i>	
ЮРИДИЧНА СОЦІОЛОГІЯ ЯК МЕТОДОЛОГІЯ ПРАВОПІЗНАННЯ.....	19
<i>Ю. Сеньків</i>	
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ЗА КОДЕКСОМ УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА 1743 РОКУ	23
Розділ III	
Конституційно-правові проблеми	27
<i>С. Голубок</i>	
СВОЕОБРАЗІЕ ПРАВОВОГО СТАТУСА СУДЕБНОЇ ВЛАСТИ	27
<i>Р. Рева</i>	
ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ ПИТАННЯ ОБМЕЖЕННЯ ПРАВОТЛУМАЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ.....	32
<i>М. Китайчик</i>	
ПОСТАНОВЛЕНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ ОТ 30.10.2003 №15-П.....	36
<i>В. Артиш</i>	
СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РЕФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ ОБРАННЯ НАРОДНИХ ДЕПУТАТІВ В УКРАЇНІ.....	40
<i>Т. Мозолева</i>	
К ВОПРОСУ О КОНСТИТУЦИОННО–ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ	44
Розділ IV	
Проблеми цивілістики і підприємництва	48
<i>А. Барінов</i>	
ПЕРЕВАГИ ТА НЕДОЛІКИ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО ЗНАКИ ДЛЯ ТОВАРІВ І ПОСЛУГ	48
<i>Л. Рабчинська</i>	
ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ПІДПРИЄМСТВА З ІНОЗЕМНИМИ ІНВЕСТИЦІЯМИ	52
<i>М. Василечко</i>	
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІНСТИТУТУ СЕПАРАЦІЇ У ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ	56

Розділ V

Проблеми цивільно-процесуального права60

T. Demendecki

TWORZENIE MODELI (WZORCYW) PRAWA PROCESOWEGO CYWILNEGO
W PERSPEKTYWIE OGÓLNOŚWIATOWEJ.....60

Розділ VI

Міжнародне приватне право65

R. Sklenarova

INFLUENCE OF EUROPEAN LAW
ON THE CZECH INTERNATIONAL PRIVATE LAW.....65

Розділ VII

Фінансово-правові дослідження71

I. Тарташник

МЕТОД ФІНАНСОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ71

I. Гнатюк

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ
ФІНАНСОВОГО МОНІТОРИНГУ В УКРАЇНІ.....75

I. Чередник

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПОНЯТТЯ РОЯЛТІ
В ПОДАТКОВОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ.....79

Л. Костів

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ
МІЖНАРОДНОГО ПОДВІЙНОГО ОПОДАТКУВАННЯ82

Розділ VIII

**Кримінально-правові
та кримінально-процесуальні дослідження86**

Н. Хлистова

ПОНЯТТЯ ТА КЛАСИФІКАЦІЯ СОЦІАЛЬНО КОРИСНОЇ МОТИВАЦІЇ
ЯК КРИМІНАЛЬНО – ПРАВОВОЇ КАТЕГОРІЇ.....86

Г. Волкова

РЕЛІГІЙНІ ПЕРЕКОНАННЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ МОТИВУ ЗЛОЧИНУ91

Н. Радиш

НЕЗАКІНЧЕНИЙ ЗЛОЧИН ТА ЙОГО ВИДИ
ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ.....95

Ю. Клепікова

СОЦІАЛЬНА ОБУМОВЛЕНІСТЬ ВВЕДЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ
ЗА ЛЕГАЛІЗАЦІЮ (ВІДМИВАННЯ) ГРОШОВИХ КОШТІВ ТА ІНШОГО МАЙНА,
ЗДОБУТИХ ЗЛОЧИННИМ ШЛЯХОМ100

Д. Віноградов

ПРОБЛЕМИ АПЕЛЯЦІЙНОГО ПРОВАНННЯ З КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ В УКРАЇНІ:
ШЛЯХИ ПОДОЛАННЯ В РУСЛІ СУДОВО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ.....105

CONTENTS

A. Bojko. Preface	3
Chapter I	
Theory of Human Rights	4
<i>S. Hervets'</i>	
ADOPTION OF THE CHARTER ON BASIC RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION – A NEW STAGE IN HUMAN RIGHTS EVOLVING.	4
<i>N. Buchkovs'ka</i>	
FREEDOM OF SPEECH AS VALUE	9
Chapter II	
General Theory of Law and History of Law	14
<i>T. Dudash</i>	
LAW NOMINATION AS MANIFESTATION OF LAW COMPREHENSION: HISTORICAL AND SEMIOTIC EXCURSUS	14
<i>A. Shcherbanyuk</i>	
LEGAL SOCIOLOGY AS METHODOLOGY OF LAW COGNITION.....	19
<i>J. Sen'kiv</i>	
CRIMINAL LAW UNDER THE CODE OF UKRAINIAN LAW, 1743.....	23
Chapter III	
The issues of Constitutional Law.....	27
<i>S. Holubok</i>	
PECULIARITIES OF THE LEGAL STATUS OF THE JUDICATURE	27
<i>R. Reva</i>	
SOME THEORETICAL ISSUES OF RESTRICTING LAW INTERPRETATION ACTIVITY OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE.....	32
<i>M. Kitaichik</i>	
THE RESOLUTION OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION OF OCT. 30, 2003, NO 15-P	36
<i>V. Artysh</i>	
MODERN TENDENCIES IN REFORMATION OF THE ELECTORAL SYSTEM OF PEOPLE'S DEPUTIES ELECTING.	40
<i>T. Mozoliova</i>	
ON THE ISSUE OF CONSTITUTIONAL LEGAL RESPONSIBILITY	44
Chapter IV	
The issues of Civil Law and Enterprising Law	48
<i>A. Barinov</i>	
ADVANTAGES AND SHORTCOMINGS OF UKRAINE'S LEGISLATION ON TRADE AND SERVICE MARKS.....	48
<i>L. Rabchyns'ka</i>	
LEGAL REGIME OF FOREIGN INVESTMENTS ENTERPRISE.....	52
<i>M. Vasylechko</i>	
LEGAL REGULATION OF SEPARATION IN FOREIGN COUNTRIES	56

Chapter V	
Law of Civil Procedure	60
<i>T. Demendets'kyi</i>	
MAKING OF CIVIL PROCEDURAL LAW SAMPLES	
UNDER UNIVERSAL OUTLOOK	60
Chapter VI	
Private International Law	65
<i>R. Sklenarova</i>	
INFLUENCE OF EUROPEAN LAW ON THE CZECH PRIVATE INTERNATIONAL LAW	65
Chapter VII	
Financial Law Reserches.....	71
<i>I. Tartashnyk</i>	
METHOD OF FINANCIAL AND LEGAL REGULATION	71
<i>I. Hnatiuk</i>	
THE ISSUES OF LEGAL REGULATION OF FINANCIAL MONITORING.....	75
<i>I. Cherednyk</i>	
ISSUES OF THE CONCEPT OF ROYALTY APPLICATION IN TAX LEGISLATION	79
<i>L. Kostiv</i>	
ON THE NOTION OF INTERNATIONAL DOUBLE TAXATION.....	82
Chapter VIII	
Criminal and Criminal Procedure Researches.....	86
<i>N. Khlystova</i>	
NOTION AND CLASSIFICATION OF SOCIAL USEFUL MOTIVATION	
AS CRIMINAL LAW CATEGORY	86
<i>H. Volkova</i>	
RELIGIOUS PERSUASION AS A CRIME REASON ELEMENT	91
<i>N. Radys</i>	
UNFINISHED CRIME AND ITS KINDS	
UNDER UKRAIN'S CRIMINAL LEGISLATION.....	95
<i>J. Klepikova</i>	
SOCIAL REASONS FOR CRIMINAL RESPONSIBILITY APPLICATION	
IN CASE OF MONEY-LAUNDERING	100
<i>D. Vinogradov</i>	
THE ISSUES OF APPEAL PROCEDURE IN CRIMINAL CASES:	
THE WAYS OF THEIR RESOLVING IN REGARD TO THE JUDICIAL REFORM.....	105

Наукове видання

VIVAT JUSTITIA!

Міжнародний студентський науково-юридичний альманах

Випуск III

Відповідальний за випуск – проф. П. Рабінович

Макетування – Г. Смірнова

Ум.-друк. аркушів – 8,3. Наклад – 150.

Надруковано видавничим центром юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка.
79000, м.Львів, вул. Січових Стрільців, 14.
E-mail: publlaw@law.Franko.Lviv.ua

