

LEGEA ȘI VIAȚA

Publicație științifico-practică
ISSN 1810-309X

Întreprindere de stat
Fondator – Agenția Proprietății Publice
Certificat de înregistrare
nr. 10202264 din 11.02.1993

Publicație acreditată de Consiliul
Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică
al Academiei de Științe a Moldovei prin
Hotărârea nr. 169 din 21.12.2017
Revista este inclusă în baza științifică
internațională Index Copernicus International
(Republica Polonă)

Tipul C

Asociați: Curtea Constituțională, Curtea Supremă de Justiție, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată, Institutul de Cercetări Juridice și Politice al Academiei de Științe a Moldovei, Academia „Ștefan cel Mare” a MAI, Universitatea de Stat „B. P. Hasdeu” (Cahul), Universitatea Slavonă, Universitatea „Spiru Haret” (Constanța), Universitatea „Petre Andrei” (Iași), Universitatea de Stat din Herson (Ucraina).

Se editează din ianuarie 1991

Nr. 6-7 (342-343) 2020

Redactor-șef L. Arsene,
dr. h. c. mult.

Colegiul de redacție:

Gh. Alecu, doctor în drept, profesor universitar (Constanța, România); T. Barzo, doctor hab. în drept, profesor, (Miskolc, Ungaria); V. Bujor, doctor în drept, prof. univ.; Gh. Costachi, doctor hab. în drept, profesor univ.; V. Cușnir, doctor hab. în drept, profesor univ.; D. Garadjjev, doctor în drept, profesor, Judecător la Curtea Constituțională (Bacu, Azerbaidjan); E. Haritonov, doctor hab., profesor, membru cor. al AND (Odesa, Ucraina); E. Ișcenco, doctor hab. în drept, profesor (Moscovia, FR); T. Kolomoș, doctor hab. în drept, profesor (Zaporojie, Ucraina); J. Kovac, doctor hab. în drept, profesor, Universitatea Paneuropeană (Bratislava, Slovenia); A. Lonciacov, doctor hab. în drept, profesor (Habarovsk, FR); V. Stratonov, doctor hab. în drept, profesor (Herson, Ucraina); V. Șepitico, doctor hab. în drept, profesor, membru cor. al AND (Harcov, Ucraina).

Adresa redacției:
Casa presei, et. 5
str. Pușkin 22, mun. Chișinău, MD - 2012,
Republica Moldova
Tel.: 022-233 790;
022-234 132 (contabilitatea)
E-mail: legea_zakon@mail.ru

Index: RM 77030

© Legea și viața
Pagina web: www.legeazakon.md
www.legeasiviata.in.ua

SUMAR

Grigore ARDELEAN. Noul concept al instituției uzucapiunii după Codul civil modernizat (în vigoare de la 1 martie 2019).....	4
Tatiana CIOBANU. Aspecte definitorii ale controlului de stat asupra activității de întreprinzător	12
Д. МИЛУШЕВ, И. БЕЖЕНАРЬ. Специальные процедуры уголовного преследования и судебного разбирательства в связи с признанием вины обвиняемым: некоторые аспекты теории, практики и правового регулирования	17
Pavel ȚURCAN. Modalitățile de executare silită a obligației vamale.....	25
Olga PĂDURARU. Confiscarea averii dobândite ilicit: context național și internațional.....	30
Iurie CERNEAN. Dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică: considerații generale și perspective de cercetare	36
Alexandr CRUDU. Analiza principiilor sistemului progresiv de executare a pedepselor penale privative de libertate.....	39
Victoria DARI. Analysis of the connection of the national legislation with the european union standards in the field of citizenship	44
V. DOBÎNDA. Conceptul de statut juridic al subiectului răspunderii juridice	49
Victor DONOS. Documentarea ca metodă de realizare a cercetării doctorale	53
Matei LAZĂR. Cetățenii ca subiecți ai procesului decizional al parlamentului.....	58
Igor BYCHKOV. Constitutional court of Ukraine in the system of state authorities of Ukraine.....	62
Андрей БОРОВИК, Александр КОЛБ. О некоторых путях предотвращения коррупционных и других преступлений, совершаемых в сфере исполнения наказаний (Зарубежный опыт).....	67
Владимир ГАВРИЛОВ. Кредитный договор и потребительский кредит по законодательству Российской Федерации и Республики Молдова	74
Александр ЗАГУМЁННЫЙ, Александр ЮХНО. Использование современных телекоммуникационных и других технологий при проведении следственных действий.....	79
Артем ИВАНОВ. Соотношение обсле́дование и примирения, как средств мирного разрешения международных споров и способов их реализации	85
Анна КОРНИЕНКО. Правовой режим деятельности субъектов агробизнеса в сфере реализации сельскохозяйственной продукции	91
Юлия КУЗЬМЕНКО. Мошенничество с использованием банкоматов и банковских платежных карточек	95
МАГАРРАМЛИ Этибар Вали оглы. Административно-правовые основы взаимодействия субъектов предоставления бесплатной правовой помощи в Украине.....	99
Владимир НАГНИБЕДА. Участие юридических лиц публичного права как стороны арбитражных соглашений при разрешении споров в международных арбитражах.....	104
Юрий ШАПОШНИКОВ. Историко-сравнительный очерк уголовной ответственности за неповиновение по законодательству Украины.....	110



CZU 347.232.4

NOUL CONCEPT AL INSTITUȚIEI UZUCAPIUNII DUPĂ CODUL CIVIL MODERNIZAT (în vigoare de la 1 martie 2019)

Grigore ARDELEAN

doctor în drept, lector universitar, Academia „Ștefan cel Mare” din Republica Moldova

Instituția uzucapiunii, mai fiind cunoscută și sub denumirea de prescripție achizitivă, este un mijloc de dobândire a dreptului de proprietate prin exercitarea posesiunii de fapt asupra bunului altuia care, de-a lungul timpului, în diferite sisteme ale dreptului a cunoscut o abordare aprinsă și sistemică. După 1 martie 2019, legislația civilă a Republicii Moldova ne face cunoscută uzucapiunea sub o altă înfățișare, construită după un alt concept, astăzi pe larg promovat de statele europene, deopotrivă cu multe alte state înalt dezvoltate.

Cuvinte-cheie: bunuri, posesie, uzucapiune, proprietate, termen de prescripție, publicitate imobiliară, deposedare, sancțiune civilă.

THE NEW CONCEPT OF THE USUCAPION INSTITUTION ACCORDING TO THE MODERNIZED CIVIL CODE (in force since March 1, 2019)

Grigore ARDELEAN

doctor of law, Academy „Ștefan cel Mare” of the Republic of Moldova

The institution of usucapion, also known as acquisitive prescription, is a means of acquiring the right of property by exercising de facto possession over the property of another who, over time, in different systems of law has experienced a fiery and systemic approach. After March 1, 2019, the civil legislation of the Republic of Moldova makes known to us usucapion under a different appearance, built according to another concept, today widely promoted by European states, as well as many other highly developed countries.

Keywords: goods, possession, usufruct, property, statute of limitations, real estate advertising, dispossession, civil sanction.

Introducere. De-a lungul istoriei reglementării în materia uzucapiunii, doctrina a reușit în paralel să se expună, credem noi, destul de amplu și relevant prin definirea esenței acesteia, astăzi beneficiind de un spațiu doctrinar lărgit în care putem găsi cu ușurință noțiuni din cele mai calitativ adaptate realităților în care se materializează prin efectele sale predestinate.

Astfel, în percepția literaturii române de specialitate, uzucapiunea apare ca un mod de dobândire a dreptului de proprietate și a altor drepturi reale principale prin exercitarea unei posesiuni neîntrerupte asupra unui bun, în termenul și în condițiile prevăzute de lege [7, p. 272].

Cu prea puține deosebiri de conținut și esență, în viziunea doctrinarilor autohtoni, uzucapiunea constituie un mod de dobândire a

dreptului de proprietate prin posedarea îndelungată a unui bun mobil sau imobil în termenele și în condițiile prevăzute de lege [6, p. 90].

Din cele două variante ale definirii noțiunii de uzucapiune, optăm pentru cea dintâi, din considerentul că identificăm aici mai multă precizie, atunci când se punctează toate categoriile de drepturi pasibile a fi dobândite, dar și condiția esențială a exercitării posesiei (posesie neîntreruptă) trăsătură ce o face utilă producerii efectelor juridice – dobândirea unui drept real.

Da, mai există și un alt stil de definire a noțiunii de „uzucapiune”, identificat în literatura engleză de specialitate, unde se vine cu prea multe detalii, descriind aproape toată procedura și condițiile realizării ei, ceea ce, după părerea noastră, pare a fi mai mult o noțiune tehnică decât una juridică, iar în materia

dreptului se cere o exprimare într-o formă mai laconică, dar în același timp, plină de înțeles, chestiune valabilă pentru doctrină, cât și pentru legislație.

Deci, potrivit autorilor englezi, *uzucapiunea este o instituție juridică care dă posibilitate posesorului unui teren să dobândească dreptul de proprietate asupra acestuia în lipsa acordului proprietarului și fără plata unei compensații, dacă a posedat terenul o perioadă de timp prevăzută de lege, la scurgerea căreia chiar nici proprietarul nu poate contesta în instanță dreptul de proprietate a posesorului* [8, p. 183].

Scopul articolului constă în informarea publicului larg (a studenților facultăților de drept, juriștilor, avocaților, notarilor, celor ce înfăptuiesc justiția, dar deopotrivă și a doctrinarilor preocupați de compartimentul „drepturi reale”),



despre noul concept de reglementare, iar prin urmare, de aplicare a normelor în materia dobândirii dreptului de proprietate prin uzucapiune.

Metodele și materiale aplicate în procesul studiului fac parte din categoria celor mai diverse, fiind utilizate metodele cele mai eficiente în materia cercetării juridice, dintre care enumerăm: metoda analizei, metoda sintezei, metoda deducției, metoda sistemică, metoda istorică, metoda comparativă, precum și metoda empirică.

Rezultate obținute și discuții. Înainte de a trece la prezentarea tuturor elementelor novatoare ale instituției uzucapiunii, considerăm necesar să arătăm care este obiectul acesteia.

Obiectul uzucapiunii. Dacă e să pornim de la ideea că principala element/condiție a uzucapiunii îl constituie posesia faptică exercitată asupra bunului altuia, fiind cea care generează drepturi reale asupra acestuia în favoarea posesorului, atunci spunem că obiect al uzucapiunii sunt bunurile mobile și cele imobile. Însă ținând cont și de stilul actual de exprimare a legiuitorului, atât în compartimentul posesiunii, cât și cel al uzucapiunii, unde se dă prioritate posesiei dreptului, evident, exercitată concomitent cu posesiunea asupra bunului (art. 524, 526 – uzucapiunea dreptului...), atunci spunem că obiect al uzucapiunii sunt drepturile reale, atât dreptul de proprietate, cât și drepturile reale limitate (uzufructul, servitutea etc.).

În ce privește bunurile, fără a enumera toate categoriile acestora, din împrejurările ce descriu aplicabilitatea regulilor cu privire la uzucapiune, considerăm suficient a le menționa doar pe cele mobile și imobile, excepție făcând doar bunurile domeniului public (art. 471 alin. 4).

Justificarea uzucapiunii. Raționamentul principal din care se naște ideea consacării juridice

a instituției uzucapiunii este impus de dificultatea probării dreptului de proprietate, în timp ce unica și cea mai relevantă probă în acest sens rămâne a fi posesia exercitată asupra bunului, mai ales în cazul bunurilor mobile aceasta lege (art. 490 alin. 1 CC) valorează proprietatea. Deci, posesia este starea faptică ce corespunde întotdeauna dreptului de proprietate, evident, dacă nu poate fi adusă proba contrară.

Pe lângă această realitate, se mai impun și alte rațiuni ce justifică dreptul uzucapiunii la „viață juridică”, dintre care:

- uzucapiunea constituie efectul principal al posesiunii de fapt, exercitate în condițiile legii asupra unui bun mobil sau imobil o perioadă determinată. După cum afirmă juristul și academicianul american Christopher Columbus Langdell, o posesie care a continuat o lungă perioadă de timp fără întrerupere și care a fost însoțită de o reclamare continuă a dreptului de proprietate, trebuie să prevaleze împotriva întregii lumi, deoarece o astfel de posesie ar trebui să fie dovada concludentă a dreptului de proprietate [9, p. 139];

- uzucapiunea constituie o sancțiune pentru neglijența și dezinteresul arătat de proprietar față de bunurile sale, pentru lipsa de interes în verificarea calităților persoanei cu care exercită în comun dreptul de proprietate sau a persoanei căreia i-a încredințat bunul, dar și pentru dezinteresul față de soarta materială și juridică a bunului său;

- uzucapiunea este o recompensă pentru cei care valorifică bunul altuia o perioadă îndelungată de timp, prevenind astfel degradarea și neproductivitatea care sunt în detrimentul interesului general. În opinia autorului Henry Ballantine, uzucapiunea are rol de recompensă pentru cei ce valorifică terenul în mod rațional și benefic pentru întreaga comunitate [10, p. 135].

Într-adevăr, dezinteresul și ignoranța față de bunuri este în

contradicție cu valorile promovate de dreptul civil și nu numai, de dreptul funciar, dreptul mediului sau dreptul administrativ chiar. Or, reieșind din natura și destinația unor bunuri, din funcțiile pe care le îndeplinesc pentru economia națională, pentru circuitul economic, într-un final, pentru binele public, nevalorificarea lor va genera doar efecte negative (lipsa produselor pe piață, lipsa de concurență în relațiile comerciale, degradarea terenurilor, scăderea bonității lor). De aceea, statul prin politicile sale, inclusiv cel de ordin juridic, dintotdeauna a insistat asupra dezvoltării culturii de valorificare a bunurilor, indiferent de cine este titularul lor, iar instituția uzucapiunii este una din măsurile de stimulare a posesorului ce manifestă interes față de ele prin recunoașterea dreptului real în favoarea sa, devenind opozabil chiar în fața proprietarului neglijent.

- uzucapiunea nu contravine caracterului perpetuu al dreptului de proprietate, normelor morale, nici drepturilor fundamentale ale omului. În acest sens, la nivel jurisprudenciar s-a demonstrat compatibilitatea instituției uzucapiunii cu Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale prin soluția dată în cauza J.A. Pye (Oxford) Ltd și JA. Pye (Oxford) Land Ltd vs Regatul Unit.

În același context, precizăm că uzucapiunea nu contravine caracterului perpetuu al dreptului de proprietate, deoarece dobândirea dreptului de proprietate prin uzucapiune nu este altceva decât efectul posesiei neîntrerupte a bunului ce aparține altuia, în timp ce caracterul perpetuu se referă la inadmisibilitatea stingerii dreptului de proprietate prin neuz (nefolosire). Și chiar dacă uzucapiunea ar contraveni caracterului perpetuu, posibilitatea dobândirii dreptului de proprietate de către posesor va constitui o derogare de la acest



principiu așa cum, de fapt, tot prin excepție, în mod similar, se impun sancțiuni contravenționale pentru nefolosirea bunului (art. 118 Cod contravențional), uzucapiunea constituind, în acest caz, o sancțiune civilă indirectă.

De asemenea, prin intrarea în posesia bunului ce nu-ți aparține de drept nu se încalcă dreptul la inviolabilitatea domiciliului garantat de art. 29 din Constituție, atâta timp, cât accesul în imobilul persoanei este admis, prin excepție, fără consimțământul acesteia, spre exemplu în cazul necesității de înlăturare a unor primejdii (art. 29 alin. 2, lit.b). Or, pe această platformă este construită și instituția gestiunii de afaceri (art. 1966 CC). În mod evident, ne referim aici la uzucapiunea ce operează în cazul posedării bunului a cărui proprietar a decedat sau în cazul în care dobânditorul apare în ipostaza de posesor sub nume de proprietar din momentul când află că actul prin care a intrat în posesia bunului este afectat de un viciu juridic.

Aplicabilitatea normelor cu privire la uzucapiune în funcție de felul acesteia

Principalele noutăți aduse instituției uzucapiunii prin reglementarea actuală

Cu toate că în subiectul anterior ne-am referit la bunurile imobile și mobile în calitate de obiect al uzucapiunii, nu înseamnă că instituția uzucapiunii poate fi clasificată strict după categoria bunurilor ce constituie obiectul ei așa cum se făcea după vechiul concept. Or, potrivit noului concept, regulile cu privire la uzucapiune operează diferit după cum bunurile, iar mai degrabă, după cum drepturile reale asupra lor sunt consemnate în favoarea dobânditorului într-un registru public sau nu. În rest, termenii exercitării posesiunii utile sunt aceiași atât pentru bunurile mobile, cât și pentru bunurile imobile, condițiile posesiunii și temeiurile exercitării ei sunt identice. În acest

sens, menționăm că dispozițiile art. 526 din CC atunci când descriu condițiile uzucapiunii extratabulare, se referă atât la bunurile mobile, cât și la cele imobile, iar în art. 524 alin. 1 (uzucapiunea tabulară) se vorbește despre persoana care a fost înregistrată în registrul bunurilor imobile sau într-un alt registru de publicitate cu caracter constitutiv, care în perspectiva modificărilor planificate la Legea 131/2007 privind siguranța traficului rutier, registrul transporturilor ar putea deveni și el un registru de publicitate cu caracter constitutiv, în cazul în care dobândirea dreptului real asupra autovehiculului va fi condiționată de momentul înscrierii sale în acest registru.

De asemenea, actualmente prin uzucapiune se poate dobândi un drept real asupra bunurilor chiar dacă posesorul este de rea-credință. În acest caz termenul necesar uzucapiunii este mai mare, adică de 10 ani. Acest termen este valabil atât pentru uzucapiunea tabulară, extratabulară, cât și pentru uzucapiunea bunurilor mobile nesupuse înregistrării.

Tot în privința perioadei posesiei, apar noi termeni, cum ar fi cazul bunurilor culturale mobile, unde uzucapiunea nu operează decât după expirarea termenului de 30 de ani, iar în cazul în care acestea aparțin cultelor sau fac părțile lor componente, la expirarea termenului de 75 ani.

Felurile uzucapiunii

După cum spuneam, actualmente instituția uzucapiunii se clasifică și operează diferit și în funcție de situația juridică a publicității dreptului ce face obiectul uzucapiunii. Adică, există uzucapiunea dreptului în temeiul cuprinsului registrului de publicitate (uzucapiunea tabulară) și uzucapiunea dreptului contrar cuprinsului registrului de publicitate (uzucapiunea extratabulară), indiferent dacă bunurile sunt mobile sau imobile.

Uzucapiunea tabulară (Uzucapiunea dreptului în temeiul cuprinsului registrului de publicitate)

piunea dreptului în temeiul cuprinsului registrului de publicitate). Pentru a garanta protecție juridică dobânditorului de bună-credință, în cazul în care actul juridic translativ sau constitutiv de drepturi reale la care este parte devine contestabil, legiuitorul a decis, după modelul multor state europene, să reglementeze o varietate a uzucapiunii destinată consolidării acestor drepturi în favoarea dobânditorului, dacă pe lângă înregistrarea dreptului a și mai posedat bunul o anumită perioadă de timp, aceasta fiind diferită în funcție de titlul dobândirii (oneros sau gratuit), dar și de calitatea posesorului (de bună sau de rea-credință).

Astfel, potrivit art. 524 alin 1 din CC, în cazul în care persoana a fost înregistrată în registrul bunurilor imobile sau într-un alt registru de publicitate cu caracter constitutiv, în sensul art. 420, ca titular al unui drept real sau al altui drept patrimonial (dreptul înregistrat), iar dreptul ei este pasibil de radiere sau altă rectificare pe unul din temeiurile prevăzute la art. 439 alin. (1) lit. a) sau b), dreptul va rămâne înregistrat valabil în folosul acelei persoane și nu se mai admite nicio radiere sau altă rectificare fără consimțământul persoanei înregistrate, dacă persoana a exercitat posesia sub nume de proprietar al bunului asupra căruia poartă dreptul înregistrat:

a) timp de 3 ani, în cazul în care a dobândit dreptul cu titlu oneros și, pe toată durata posesiei, a posedat cu bună-credință;

b) timp de 5 ani, în cazul în care a dobândit dreptul cu titlu gratuit și, pe toată durata posesiei, a posedat cu bună-credință; sau

c) timp de 10 ani, în celelalte cazuri. Se are în vedere prin celelalte cazuri, situațiile în care dobânditorul este de rea-credință sau a devenit de rea-credință înainte de expirarea termenilor de 3, respectiv 5 ani.

Notă. La calcularea termenilor



prevăzuți se ia în considerație posesia sub nume de proprietar exercitată după data depunerii cererii de înregistrare în folosul posesorului

Posesia sub nume de proprietar – este posesor sub nume de proprietar persoana care exercită posesia asupra bunului cu intenția de a se comporta cu el ca un proprietar.

Prezumția începutului posesiei. Până la proba contrară, se prezumă că persoana a început să exercite posesia din data depunerii cererii de înregistrare în folosul posesorului.

Atenție! Uzucapiunea imobiliară tabulară operează și în privința drepturilor înregistrate provizoriu în condițiile art. 432 din CC.

Exemplificarea situației în care ar opera uzucapiunea tabulară. Dacă înstrăinarea bunului imobil a fost efectuată de către unul din coproprietari fără acordul celorlalți, ulterior se declară nulitatea actului prin care s-a dispus sau în cazul în care un minor în vârstă de 14 ani a înstrăinat un bun imobil, iar actul juridic încheiat de el, în temeiul căruia a fost înregistrat dreptul în registrul public pe numele dobânditorului, a fost declarat inefficient, dobânditorului i se menține acest drept înregistrat dacă a posedat bunul timp de trei, iar acesta a fost dobândit cu titlu oneros, 5 ani cu titlu gratuit și 10 ani în alte cazuri (dreptul este dobândit cu rea-credință). În acest ultim caz, punctăm că rea-credința vizează doar dobândirea dreptului, nu și posesia, deoarece și în celelalte cazuri posesia post-înregistrare poate fi și de rea-credință, dar care produce efecte juridice, dacă în interiorul termenilor arătați cel îndreptățit nu contestă titlul dobânditorului.

Deci, dacă după înregistrarea dreptului în favoarea dobânditorului actul juridic, ce a constituit temei al înregistrării, devine nul sau inefficient, în cazul uzucapiunii nulitatea nu produce efectele juridice pe care le-ar produce în alte împrejurări, adică revenirea părților la

situația anterioară încheierii actului juridic declarat ulterior nul. De altfel, potrivit art. 331 alin. 4 din CC *dispozițiile, ce privesc efectele nulității asupra drepturilor reale dobândite, nu afectează eventuala dobândire a dreptului prin uzucapiune în condițiile legii.*

Uzucapiunea extratabulară (*Uzucapiunea dreptului contrar cuprinsului registrului de publicitate*). Determinat de rațiuni ce urmăresc interesul valorificării bunurilor prin folosirea lor, încurajarea dezvoltării relațiilor dinamice a dreptului de proprietate, asigurarea continuității circuitului economic, prevenirea degradării lor, dar și sancționării dezinteresului față de ele, legiuitorul a reglementat în noua redacție a Codului civil și instituția uzucapiunii extratabulare.

De fapt, aceasta reprezintă un mod de dobândire a dreptului de proprietate sau a altor drepturi reale în ciuda faptului că posesorul este de rea-credință, adică cunoaște că bunurile aparțin altuia și că nu ar fi îndreptățit să le posedă în lipsa unui just titlu, dar în același timp cunoaște că legea agreează asemenea fapte, ba mai mult, le încurajează prin recunoașterea dreptului de proprietate celui care le-a posedat timp de 10 ani în condițiile cerute de lege.

Așadar, în temeiul art. 526 al CC, dreptul de proprietate asupra unui bun imobil sau mobil poate fi înregistrat în registrul bunurilor imobile sau într-un alt registru de publicitate cu caracter constitutiv, în sensul art. 420, în temeiul hotărârii judecătorești prin care se constată uzucapiunea, în folosul posesorului sub nume de proprietar care l-a posedat timp de 10 ani, în una dintre următoarele situații:

a) proprietarul înregistrat în registrul de publicitate a decedat ori, după caz, și-a încetat existența juridică (cazul persoanei juridice);

b) în registrul de publicitate a fost înregistrată declarația de renunțare la proprietate;

c) bunul imobil este un teren, cu sau fără construcții, care nu a fost supus înregistrării primare în registrul bunurilor imobile.

Regulă. În toate cazurile, posesorul poate dobândi dreptul numai dacă a depus cererea de înregistrare a dreptului de proprietate, în temeiul hotărârii judecătorești, în registrul de publicitate înainte ca un terț să fi depus propria cerere de înregistrare a dreptului în folosul său, pe baza unui temei legitim, în cursul sau chiar după împlinirea termenului necesar pentru uzucapiune.

Notă. În cazurile prevăzute la lit. a) și b), termenul necesar pentru uzucapiune nu începe să curgă înainte de data decesului sau, după caz, de data în care a încetat existența juridică a proprietarului, respectiv înainte de data înregistrării declarației de renunțare la proprietate, chiar dacă intrarea în posesia bunului s-a produs la o dată anterioară.

Uzucapiunea mobilă

Posesorul sub nume de proprietar dobândește dreptul de proprietate prin posesia bunului:

a) timp de 3 ani, dacă posesorul a dobândit bunul cu titlu oneros și, pe toată durata posesiei, a posedat cu bună-credință;

b) timp de 5 ani, dacă posesorul a dobândit bunul cu titlu gratuit și, pe toată durata posesiei, a posedat cu bună-credință;

c) timp de 10 ani, în celelalte cazuri.

Notă. Posesorul care invocă uzucapiunea de bună-credință se prezumă că a început să posede din data actului sau survenirii altui temei pe care își justifică îndreptățirea.

Excepție. Persoana care a intrat în posesia bunului mobil prin stragere nu dobândește dreptul de proprietate în temeiul prezentului articol. De asemenea, uzucapiunea prevăzută de prezenta normă nu se aplică bunurilor mobile asupra cărora dreptul de proprietate



se dobândește, conform legii, prin înregistrarea într-un registru de publicitate cu caracter constitutiv.

Particularitatea uzucapiunii asupra bunurilor culturale mobile. Deși Codul civil nu oferă o noțiune expresă a bunurilor culturale mobile, aceasta poate fi formulată pe baza prevederilor Legii nr. 280/2011 [4], în special cele de la art. 2 lit. a) ce definesc *patrimoniul cultural național mobil*.

Din conținutul acestora deducem, fără niciun fel de îndoială, că bunurile culturale mobile sunt bunurile clasate în patrimoniul cultural național cu valoare deosebită sau excepțională istorică, arheologică, documentară, etnografică, artistică, științifică și tehnică, literară, cinematografică, numismatică, filatelice, heraldică, bibliofilă, cartografică, epigrafică, estetică, etnologică și antropologică, reprezentând mărturia materiale ale evoluției mediului natural și ale relației omului cu acest mediu, ale potențialului creator uman.

Așadar, în materie de uzucapiune, potrivit art. 530 al CC, în cazul în care bunul constituie un bun cultural mobil, posesorul nu poate dobândi dreptul de proprietate în temeiul art. 523, 524 sau 529 înainte de expirarea termenului de 30 de ani din momentul în care:

- a) bunul cultural mobil care a intrat pe teritoriul Republicii Moldova a părăsit teritoriul statului străin cu încălcarea legii aplicabile; sau
- b) proprietarul bunului cultural mobil a pierdut posesia bunului pe teritoriul RM.

În cazul bunurilor culturale mobile care aparțin cultelor sau părților lor componente, termenul necesar uzucapiunii va fi de 75 de ani.

Posesiunea necesară uzucapiunii (posesiunea utilă sau calitățile posesiei)

Cu excepția cazurilor expres prevăzute de lege, nu poate produce efecte juridice decât posesiunea utilă. Până la proba contrară, pose-

siunea este prezumată a fi utilă (art. 532 alin 1 CC).

Se consideră utilă (necesară uzucapiunii):

Posesia continuă - exercitată de către posesor cu intermitențe normale în raport cu natura bunului. De asemenea, posesia se consideră continuă dacă s-a pierdut fără voia posesorului, cu condiția că este restituită în interiorul termenului de 1 an sau dacă, în decursul aceluiași termen, posesorul înaintează o acțiune în rezultatul căreia posesia este restituită (art. 532 alin. 3 CC).

Exemplificarea intermitențelor normale în raport cu natura bunului: posesorul unui teren agricol nu săvârșește acte materiale de exercitare a posesiei (arat, cultivat, semănat) în perioada de iarnă (noiembrie-martie), aceasta fiind considerată o intermitență (întrerupere) normală a posesiunii dictate de natura și destinația firească a bunului impusă de legea naturii.

Prezumpția continuității. În temeiul art. 488 al CC, dacă persoana a posedat bunul la început și la sfârșitul unei perioade, se prezumă că a posedat neîntrerupt pe parcursul întregii perioade.

Concretizare. Această normă nu trebuie înțeleasă în sensul că persoana a posedat la începutul și sfârșitul întregii perioade cerute pentru uzucapiune (3, 5, 10, 30 sau 75 de ani), ci începutul și sfârșitul intermitențelor normale ce au avut loc în interiorul acestei perioade.

Sarcina probării discontinuității. Având în vedere că continuitatea posesiunii se prezumă, sarcina probării discontinuității revine celui ce o invocă, de obicei, proprietarului bunului sau persoanelor interesate. Or, potrivit art. 532 alin. 7, discontinuitatea poate fi opusă posesorului de către orice persoană interesată. Spre exemplu, aceasta poate fi opusă de către moștenitorii defunctului, minorul aflat la întreținerea părinților sau persoana împuternicită printr-un

mandat în vederea gestionării și neadmiterii posesiei străine.

Discontinuitatea posesiei. Efecte juridice. Posesia este considerată discontinuă în cazul în care posesorul o exercită cu intermitențe anormale în raport cu natura bunului (art. 532 CC).

Exemplu: Posesorul exercită acte de stăpânire materială a terenului în 2007, apoi în 2012, și, în sfârșit, în 2017 considerând că a exercitat posesiunea timp de 10 ani. În acest caz calitatea posesiunii necesare uzucapiunii este contrazisă de viciul discontinuității.

Efectele juridice ale discontinuității. În cazul în care persoana a posedat un bun cu intermitențe anormale în raport cu natura bunului, posesia sa nu se întrerupe, ci poate continua începând cu data la care a încetat intermitența, evident, la calcularea termenului se ia în considerare doar perioada de după intermitență. Or, potrivit art. 532 alin. 9 CC, odată cu încetarea viciului posesiei aceasta devine utilă.

Întreruperea posesiunii. Temeiuri și efecte juridice

Regulă. Cursul termenului necesar pentru invocarea uzucapiunii (prescripția achizitivă) nu poate începe, iar dacă a început nu poate continua, în perioada în care este suspendată curgerea termenului de prescripție extinctivă a acțiunii de revendicare.

Notă. Împrejurarea că proprietarul nu cunoaște unde se află bunul mobil nu împiedică începerea cursului și nici nu suspendă cursul termenului, dacă posesia nu este clandestină.

Posesiunea se consideră întreruptă în cazul:

- întrunește temeiurile ce duc la suspendarea termenului de prescripție (art. 533 alin. 1, art. 398 CC);

Exemplu: proprietarul face parte din rândul forțelor armate puse pe picior de război; înaintarea acțiunii în revendicare este imposibilă din



motive de forță majoră; între proprietar și posesor se desfășoară un proces de mediere în condițiile Legii cu privire la mediere.

▪ Înaintarea unei acțiuni în revendicare față de persoana care posedă bunul sub nume de proprietar sau, după caz, în rectificarea registrului de publicitate față de persoana care posedă sub nume de proprietar sau față de posesorul mijlocit, cu condiția că acțiunea se admite. În acest caz, cursul prescripției se întrerupe numai față de persoana care a înaintat acțiunea.

Efectele juridice ale întreruperii posesiei necesare uzucapiunii.

Deși la alin. 3 al art. 533 CC se spune expres că în cazul în care cursul prescripției extinctive a fost întrerupt, timpul scurs până la întrerupere nu se calculează, iar după întrerupere poate să înceapă un nou termen, totuși în alin. 2 al aceleiași norme se mai spune că cursul prescripției se întrerupe numai față de persoana care a înaintat acțiunea.

În aceste împrejurări apare întrebarea la care ar trebui să găsim un răspuns. Evident, aici ne-am întrebat de ce termenul scurs până la întrerupere nu se calculează, în condiția în care întreruperea prescripției achizitive privește doar pe proprietar, nu și pe posesor? Pentru a înțelege sensul coroborat al acestor două norme, trebuie să începem explicația de la faptul că întreruperea operează doar față de proprietar și, evident, nu afectează pe posesor, doar atunci când acțiunea în revendicare este respinsă de către instanță. La această idee a recurs legiuitorul, credem noi, în circumstanțele în care, tot la alin. 2 al art. 533 menționează în prima parte a frazei că, în general, cursul termenului necesar pentru invocarea uzucapiunii se întrerupe, dacă a fost înaintată o acțiune de revendicare față de persoana care posedă sub nume de proprietar sau față de posesorul mijlocit, evitând să explice că în cazul respingerii acțiunii, încetarea (întreruperea pe durata

examinării acțiunii) în cazul în care aceasta este respinsă nu afectează pe posesor. Posesiunea în acest caz rămânând neîntreruptă. Din acest considerent, credem că legiuitorul la elaborarea normei de la art. 533 alin. 2 CC, trebuia să concretizeze că: „.....cursul prescripției se întrerupe numai față de persoana care a înaintat acțiunea în cazul în care aceasta ulterior a fost respinsă de instanță”.

Distincția între discontinuitate și întreruperea posesiei. Între discontinuitatea posesiunii și întreruperea acesteia există o esențială deosebire, anume: în ce privește natura și efectele lor în parte. Discontinuitatea fiind un viciu al posesiei, iar întreruperea un temei (cauză) al încetării posesiunii ca urmare a revendicării bunului de către proprietar. Prin urmare, întreruperea posesiei, de obicei, este independentă voinței posesorului, ea intervine în tot cazul la inițiativa proprietarului, indiferent de ce nu ar face posesorul pentru a o menține. În schimb, faptul admiterii intermitenței anormale, în tot cazul poate fi reproșată doar posesorului.

Posesia pașnică – atunci când posesia este dobândită și conservată fără săvârșirea actelor de violență fizică sau morală din partea posesorului. Adică, intrarea în posesia bunurilor și exercitarea acesteia pe întreaga perioadă necesară uzucapiunii nu trebuie să fie contrară voinței adevăratului proprietar sau a persoanei îndreptățită să dobândească acest drept (ex. moștenitorul).

Prezumția posesiei consimțite. În lipsa acordului expres al proprietarului, consimțământul său referitor la admiterea exercitării posesiunii de către un terț îndreptățit, poate fi obținut de la o altă persoană decât proprietarul (în cazul în care cel ce dispune afirmă că are acest drept) sau subînțeleasă (prezumată) în urma unei examinări diligente, necesare în raporturi civile, a temeiurilor îndreptățirii sale.

Condițiile considerării intrării și exercitării posesiei prin acțiuni neinterzise de lege

Posesorul a constatat dezinteresul proprietarului sau persoanelor îndreptățite față de bunul din natura și împrejurările în care acesta se află.

Eventualul posesor, care intenționează a exercita o posesiune de fapt, chiar de este de reacreditare (nu are un just titlu pentru a-i permite posedarea), poate intra în posesia bunului altuia, doar dacă din semnele exterioare ale bunului, raportate la natura, destinația și starea sa, va deduce cu certitudine dezinteresul proprietarului față de acel bun, lipsa acestuia (în caz deces, renunțare la drept de proprietate, bunul nu are înregistrare primară pe numele cuiva). Posesiunea va fi considerată utilă uzucapiunii și în cazul în care posesorul nu a solicitat de la autorități care au în gestiune registrele publice, informații despre situația juridică a bunurilor, atâta timp cât legea nu-l obligă.

Acțiunile săvârșite în scopul intrării în posesia bunului nu trebuie să întâlnească un obstacol, o interdicție evidentă din partea proprietarului sau persoanelor împuternicite de acesta. Deci, acțiunile posesorului în scopul intrării în posesia bunului ce aparține altuia nu trebuie să întâlnească niciun obstacol fizic ce ar exprima interzicerea accesului la bunurile sale.

Prin obstacol fizic s-ar înțelege orice îngrădire (construcția unui gard, marcaj, semne de hotar, etc.) blocare a accesului (instalarea unei porți, uși, blocarea acesteia cu lacăte, zăvoare, lanțuri, etc.) sau semnalizare în alt mod despre voința de a nu intra nimeni în ogradă, casă sau teren în perioada când proprietarul este plecat.

Acțiunile de intrare în posesia bunului altuia nu constituie o încălcare a legii. În acest context, ținem să precizăm că posedarea unui bun mobil sau accesul în imobilul sau pe terenul proprietarului fără



consimțământul expres al acestuia nu constituie o încălcare a legii, dacă nu au fost săvârșite fapte ce s-ar califica drept infracțiune (art. 179, art. 193 CP) sau altă încălcare a drepturilor subiective civile (tulburarea posesiei, deposedarea).

Actele de intrare în posesia bunurilor altuia fără consimțământul expres își au fundamentul juridic în norme exprese sau cele aplicabile prin analogia legii. În acest sens, însăși legea fundamentală, cu titlu de excepție, admite pătrunderea sau rămânerea în domiciliul sau în reședința unei persoane fără consimțământul acesteia pentru înlăturarea unei primejdii care amenință viața, integritatea fizică sau bunurile unei persoane.

De fapt, după aceeași logică se construiește și gestiunea de afaceri (art. 1966 CC) potrivit căreia persoana care, fără a avea mandat sau fără a fi obligată în alt fel (gerant), acționează cu intenția predominantă de a fi de folos altuia fără știrea acestuia (gerat), trebuie să dea dovadă de diligența unui bun proprietar și să acționeze în conformitate cu interesele geratului, luând în considerare voința reală sau prezumtivă a acestuia. În aceleași împrejurări juridice persoana poate accede în bunul imobil ce aparține altuia, poate exercita stăpânirea faptică asupra unui bun prin posedarea în scopul salvării lui de la degradarea ce s-ar produce din cauza indiferenței manifestate de către proprietar, și care are să afecteze, în caz contrar, un interes public (denaturarea aspectului estetic al unei zone urbane, prăbușirea peste alt imobil, degradarea calităților solului prin neprelucrare, etc.). Or, instituția uzucapiunii, așa cum de fapt, și cea a ocupațiunii, bunului găsit, gestiunii de afaceri se întemeiază pe același principiu – dreptul de a exercita posesiunea faptică asupra bunului ce aparține cu drept de proprietate altei persoane fără consimțământul expres al acestuia.

Posesorul este predispus să întoarcă posesia adevăratului proprietar în orice moment

Posesiunea este una pașnică atunci când posesorul este gata să restituie posesia în orice moment, la cererea proprietarului sau a unei persoane împuternicite de către acesta, nu creează unele impedimente și nu se opune proprietarului (devenit prin succesiune sau când autoritatea publică dobândește dreptul de proprietate asupra bunului la care proprietarul a renunțat expres).

Posesiunea în acest caz considerându-se pașnică până în momentul refuzului de a ceda posesiunea adevăratului proprietar, chiar dacă posesorul este de bună-credință.

Situație când violența nu constituie un viciu al posesiei. Violența nu reprezintă un viciu atunci când posesorul face uz de ea, în timpul posesiunii, pentru a respinge cu forța tulburările aduse de un terț, dacă intrarea în posesiune a fost pașnică [6, p. 96].

Acțiuni necesare și permise posesorului în caz de tulburare a posesiei sale. În cazul tulburării posesiei de către terți, posesorul urmează să apeleze la justiție pentru a solicita încetarea tulburărilor. Acesta trebuie să se abțină de la acțiuni violente în scopul conservării posesiei sau de la acțiuni violente posterioare deposedării, pentru a nu depăși limitele autoapărării prevăzute la art. 492 alin. 2 CC – mijloacele de autoapărare a posesiei se limitează la măsuri imediate și proporționale necesare pentru recuperarea bunului sau încetarea ori prevenirea deposedării sau tulburării, precum pentru înlăturarea uzurpatorului din bunul imobil.

Caracterul relativ al violenței. Violența, ca viciu al posesiunii este una relativă. Or, potrivit art. 532 alin. 9 CC, posesiunea viciată devine utilă îndată ce viciul încetează.

Posesia publică – este posesiunea exercitată în văzul tuturor, fără a fi ascunsă (clandestină) față de

terți, în principal, față de proprietar.

Excepție. Nu constituie viciu al posesiei (clandestinitatea) faptul că posesorul nu a exercitat posesia în văzul proprietarului în cazul în care primul nu cunoaște identitatea sau locul aflării ultimului. Or, eventualul posesor nu este obligat să identifice și să caute pe proprietar numai pentru a-i arăta acestuia că exercită posesia asupra bunului său în mod deschis.

Notă. Viciul clandestinității are un caracter relativ.

Posesia neprecară – este posesiunea exercitată sub nume de proprietar. Cu alte cuvinte, persoana trebuie să posede bunul pentru sine, comportându-se față de el ca un adevărat proprietar, fără a avea un titlu (contract de locațiune, arendă, depozit).

Explicația faptului în care persoana posedă sub nume de proprietar chiar dacă dreptul său este înregistrat într-un registru de publicitate

Atunci când persoana posedă un bun fără a deține calitate de locatar, arendaș, depozitar sau uzufructuar, comportându-se față de acel bun ca un adevărat proprietar, deoarece a dobândit acest drept în baza unui act juridic translativ de proprietate, iar ulterior s-a constatat că respectivul act suferă de un viciu juridic (este încheiat de o persoană care nu avea acest drept) întrunind toate elementele necesare considerării posesiunii (*corpus* și *animus*), sub aspect factual, acesta exercită posesiunea asupra bunului sub nume de proprietar.

Intervertirea precarității. Atunci când are loc o schimbare (transformare) a titlului în baza căruia persoana posedă bunul, se produce o intervertire a posesiunii din precară în neprecară.

Exemplu. Dacă după expirarea termenului contractului de locațiune, locatarul posedă în continuare bunul în lipsa titlului de locatar, posesiunea sa se transformă



din precară în posesiune utilă (sub nume de proprietar), evident dacă în contract se menționează că după expirarea termenului pentru care a fost încheiat raportul contractual nu se prelungește în mod automat.

Intervertirea posesiunii de fapt în posesiune de drept (atribut al dreptului de proprietate)

Dacă persoana a posedat bunul sub nume de proprietar (fără a avea un just titlu), iar după expirarea termenilor prevăzuți pentru uzucapiune, a dobândit dreptul de proprietate asupra bunului, atunci are loc o interventire a posesiunii de fapt într-o posesiune de drept.

Procedura judiciară în constatarea uzucapiunii extratabulare. După cum se observă din titlul subiectului de față, ne referim la procedura judiciară în constatarea doar a uzucapiunii extratabulare, deoarece în cazul uzucapiunii în temeiul registrului de publicitate dobânditorul are deja înregistrat dreptul său real asupra bunului. În această situație doar adevărul proprietar poate cere în instanță declararea nulității actului juridic în temeiul căruia a fost înregistrat dreptul dobânditorului, de a contesta dreptul dobânditorului asupra bunului înregistrat, de a cere radierea din registru a înscrierilor, iar sarcina probării neîntrunirii condițiilor uzucapiunii revine tot proprietarului. Alta este situația în cazul uzucapiunii extratabulare, unde dreptul de proprietate asupra unui bun imobil sau mobil poate fi înregistrat în registrul bunurilor imobile sau într-un alt registru de publicitate cu caracter constitutiv, în sensul art. 420, doar în temeiul *hotărârii judecătorești prin care se constată uzucapiunea.*

În acest sens, după cum era și firesc, Proiectul cu privire la modificarea și completarea Codului civil, pentru asigurarea unei continuități în reglementare, prevede și modificarea Codului de procedură civilă, preconizând completarea Capitolului XXXII ce va fi intitulat:

lat: „Uzucapiunea dreptului contrar cuprinsului registrului de publicitate”. Aici urmează a fi descrisă întreaga procedură în constatarea de către instanța de judecată a posesiei exercitate în condițiile și termenii ceruți de lege, pentru ca ulterior să emită o hotărâre ce va servi temei al înregistrării dreptului de proprietate în favoarea posesorului sub nume de proprietar.

Distincția între instituția dobândirii de bună credință și uzucapiune. După o privire superficială asupra instituției uzucapiunii, de multe ori când se pune întrebarea dacă între aceasta și instituția dobândirii dreptului asupra unui bun prin intrarea de bună-credință în posesia lui prevăzută la art. 523 și art. 527, există vreo diferență? spunem că da, sunt instituții diferite, arătând următoarele trăsături distincte:

✓ în cazul dobândirii de bună-credință a dreptului asupra bunului nu se cere ca acesta să fie posedat o anumită perioadă de timp, pe când în cazul uzucapiunii, posedarea unei perioade îndelungate (3, 5, 10, 30, 75 de ani) ține de esența sa;

✓ dreptul asupra bunului, în cazul uzucapiunii, poate fi dobândit atât cu titlu oneros, cât și cu titlu gratuit, pe când în cazul dobândirii dreptului de bună-credință, acesta trebuie să fie doar cu titlu oneros;

✓ dacă în cazul dobândirii de bună-credință, această calitate este determinantă pentru generarea efectelor juridice, atunci posesiunea pentru uzucapiune produce efecte juridice în cazul în care aceasta este de rea-credință, impunându-se un termen mai îndelungat (10 ani);

✓ uzucapiunea asupra imobilelor se poate realiza și în lipsa înregistrării dreptului posesorului într-un registru public (uzucapiunea imobiliara extratabulară), iar dobândirea de bună-credință a bunului imobil are loc doar în cazul în care acesta anterior a fost înscris într-un registru de publicitate.

Referințe bibliografice

1. Constituția Republicii Moldova din 29.07.1994. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 18.08.1994, nr. 1.
2. Codul Civil al Republicii al Moldova, adoptat prin Legea nr.1107-XV din 06.06.2002. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 22.06.2002, nr. 82-86.
3. Codul civil al României, aprobat prin Legea 71/2011, republicată. În: Monitorul oficial al României, 15.07.2011, nr. 505, art. 916 alin. 1.
4. Legea nr. 280 din 27.12.2011 privind protejarea patrimoniului cultural național mobil. Monitorul Oficial nr. 82-8427.04.2012.
5. G. Ardelean. Drept civil. Drepturile reale principale. Teoria generală a obligațiilor. Ed. Cartea Militară, Chișinău, 2018.
6. S. Baieș, A. Băieșu, V. Cebotari, I. Crețu, V. Volcinschi. Drept civil. Drepturile reale. Teoria generală a obligațiilor. Ed. Cartier, Chișinău, 2005.
7. G. Boroi, C.A. Angheliescu, B. Nazat. Cours de drept civil. Drepturi reale principale. București, 2013.
8. Ben Depoorter. Adverse possession. Property Law and Economics. Encyclopedia of Law and Economics, Vol. V, Ed. Boudewijn Bouckaert, Northampton, Massachusetts.
9. Christopher Columbus Langdell. *A summary of equity pleading*. C.W. Sever and Company. Cambridge, 1883.
10. Henry W. Ballantine. *Title by Adverse possession*. Harvard Law Review, London, 1918.

Informația despre autor:
Grigore ARDELEAN,
doctor în drept, Academia „Ștefan cel Mare” a Republicii Moldova
e-mail: ardeleangrigore@mail.ru
tel: 069314635

Recenzent:
Igor TROFIMOV
doctor în drept
conferențiar universitar
Academia „Ștefan cel Mare” a
Republicii Moldova



CZU 351.9:334

ASPECTE DEFINITORII ALE CONTROLULUI DE STAT ASUPRA ACTIVITĂȚII DE ÎNTREPRINZĂTOR

Tatiana CIOBANU

doctor în drept, Universitatea de stat din Moldova, FRIȘPA

Economia de piață se poate înlăptui numai prin respectarea și aplicarea legilor, ceea ce presupune un control permanent, sistematic și bine organizat în toate compartimentele vieții economice și sociale și la toate nivelurile. Trebuie de subliniat că, controlul se exercită asupra tuturor membrilor societății, indiferent de poziția socială și forma de organizare.

Inițial controlul a avut un rol strict confirmativ, urmărindu-se respectarea legalității, regulii de către subiecții controlați și aplicarea măsurilor care se impun pentru intrarea în legalitate, în conformitate. De menționat că, controlul a căpătat noi aplicații și îmbunătățiri odată cu lărgirea sferei sale de aplicare prin ideea de eficientizare a activității, care nu ar fi fost posibilă fără îndrumarea metodologică de specialitate. Prin urmare, actualmente, controlul este un fenomen complex, care se dorește a fi nu doar conformativ și coercitiv, ci și factor de eficientizare.

Termeni-cheie: control de stat, activitate de întreprinzător, control administrativ, inspecție de stat, risc, monitorizare, antreprenoriat.

DEFINITIVE ASPECTS OF STATE CONTROL OVER ENTREPRENEURSHIP ACTIVITY

The market economy can be achieved only by observing and enforcing the laws, which implies a permanent, systematic and well-organized control in all compartments of economic and social life and at all levels. It should be emphasized that control is exercised over all members of society, regardless of social position and form of organization.

Initially, the control had a strictly confirmatory role, aiming at the observance of the legality, the rule, by the controlled subjects and the application of the measures required for the entry into legality, in accordance. It should be mentioned that the control gained new applications and improvements with the extension of its scope through the idea of streamlining the activity, which would not have been possible without the specialized methodological guidance. Therefore, control is currently a complex phenomenon, which is intended to be not only compliant and coercive, but also an efficiency factor.

Keywords: state control, entrepreneurial activity, administrative control, state inspection, risk, monitoring, entrepreneurship.

Identificarea problemei de cercetare. Potrivit Concepției controlului de stat în Republica Moldova, controlul de stat este un element necesar în activitatea economico-financiară a societății, o verigă a procesului de dirijare a statului, având ca obiectiv principal respectarea și executarea întocmai a legislației, în același timp, servind și ca mijloc de asigurare a realizării drepturilor omului [12]. Obiecte ale controlului de stat pot fi organele administrației de stat (centrale), organele administrației publice locale, persoanele fizice și juridice, care desfășoară activitate economico-financiară.

Pe de alta parte, însăși administrația exercită multiple și variate forme de control în afara ei, asupra persoanelor fizice și juridice, a altor subiecte de drept public sau privat, organizații guvernamentale sau neguvernamentale, contri-

buind la asigurarea unei cunoașteri temeinice a modului în care sunt respectate și realizate prevederile actelor normative restabilind, după caz, legalitatea încălcată în cele mai diverse sectoare ale activității social-economice.

Controlul extern specializat este realizat de către autoritățile administrației publice, instituțiile publice și organele special constituite prin lege, care au atribuții de control, la nivel central și local, în cele mai diverse domenii și sectoare de activitate (financiar, sanitar, protecția muncii, comerț etc.) [14, pag.64].

Spre deosebire de controlul ierarhic, controlul extern specializat nu este înlăptuit de organe ierarhice superioare, ci de alte organe administrative. De aici, susține profesorul I. Iovănaș, decurg două consecințe importante: acest control nu se extinde asupra întregii activități

a organelor controlate, ci numai asupra anumitor aspecte precis determinate și care se încadrează în specificul activității organului de control; organul controlat nu este subordonat organului de control, iar dreptul de control nu este subînțeles, ci trebuie prevăzut expres de lege [16, pag.114].

În Republica Moldova, în funcție de natura juridică și, respectiv, de subordonarea organelor de control, controlul administrativ specializat poate fi exercitat de: a) inspecțiile și inspectoratele de stat din cadrul ministerelor, respectiv, ale organelor administrației publice locale; b) organele special constituite pentru control.

Un loc important în sistemul controlului de stat îl ocupă Inspecțiile speciale de control de stat, care au menirea de a activa ca organe intermediare într-o arie specială. Scopul principal al inspec-



țiilor de stat constă în acordarea aportului calificativ, organizatoric și tehnic la obiectele controlului, de a înlătura și a exclude în viitor abaterile care au fost constatate. Inspecțiile de stat au dreptul de a da indicații obligatorii la iveală în termenii stabiliți de ele.

Conform opiniei profesorului A. Iorgovan, controlul administrativ de specialitate exercitat prin intermediul inspectoratelor și, respectiv, inspecțiilor de stat este un control de legalitate sub toate aspectele actelor administrative, inclusiv al oportunității [15, pag.460]. Acesta se exercită din oficiu sau la sesizarea unor organe de stat, organizații nestatale (publice sau private) sau a cetățenilor. Inspecțiile de stat au ca rațiune fundamentală de a fi asigurată respectarea normelor legale în activitatea organelor administrației de stat din diferite sectoare ale administrației (comerț, sănătate, protecția muncii, calitatea produselor și serviciilor, disciplină în construcții, ape, turism, prețuri, finanțe, metrologie etc.). Pentru aceasta ele sunt învestite cu atribuții de control. Unele dintre aceste organe ale administrației de stat au și alte genuri de atribuții, strâns legate de atribuțiile de control ale legalității, cum ar fi: avizarea efectuării unor lucrări; eliberări de autorizații; efectuarea de cercetări și expertize.

Actualitatea temei cercetate. Din punct de vedere al asigurării principiului legalității în domeniul activității antreprenoriale, respectarea legislației de către autoritățile executive și funcționarii acestora rămâne o problemă acută. După cum arată analiza aplicării legii, încălcările cerințelor legii din diferite motive subiective și obiective se găsesc deseori în activitățile acestor organe. Punerea în aplicare a măsurilor de control cu încălcarea cerințelor legii poate duce la pierderi de proprietate și non-proprietate pentru o persoană juridică sau un antreprenor individual sub

formă de penalități, recuperarea arieratelor, suspendarea activității, pierderea venitului, derogarea reputației afacerii și alte consecințe adverse.

În acest context este necesară consolidarea și perfecționarea instituției controlului atât sub aspectul de organizare, cât și sub aspectul cuprinderii și extinderii acestuia în economie, deoarece fără un sistem eficient de control, dezvoltarea deplină a antreprenoriatului și, în consecință, întreaga economie a țării în ansamblu este imposibilă. În mecanismul reglementării statului a activității antreprenoriale, controlul ca unul dintre mijloacele unei astfel de reglementări are un rol semnificativ datorită necesității de a asigura, în primul rând, interesele publice ale statului, precum și de a proteja drepturile entităților de afaceri în implementarea măsurilor de control. În această privință, se poate susține că problema creării unui mecanism eficient de control al statului în domeniul afacerilor este o sarcină importantă a statului.

Antreprenoriatul este esențial pentru creșterea oricărei economii. Iar antreprenorii au nevoie de sprijin atât din surse interne, cât și externe: din partea membrilor familiei, instituțiilor și guvernelor. În caz contrar, visele lor nu se vor materializa niciodată.

Scopul și sarcinile articolului. Pentru a-și atinge obiectivul de a deveni o țară dezvoltată, Republica Moldova are nevoie de antreprenoriat. Controlul de stat în domeniul activității antreprenoriale este un sistem de verificare și monitorizare a conformității de către organizațiile comerciale și non-profit cu cerințele actelor de reglementare în cadrul activității antreprenoriale.

Conținutul de bază al articolului. În conformitate cu prevederile Legii nr.131 din 18.06.2012 controlul de stat reprezintă orice formă de verificare, revizie, audit, evalua-

re și/sau analiză exercitată de către un organ de control, cu scopul de a constata respectarea legislației și de a verifica unele fapte relevante pentru domeniul de control al organului în cauză, la fața locului și/sau prin solicitare directă de la persoana controlată a documentației și a altei informații prin poștă, inclusiv prin poșta electronică sau prin telefon, informație pe care aceasta, în virtutea legii, nu este obligată să o ofere periodic [1]. Totodată, nu se consideră control de stat (în sensul prezentei legi) solicitarea informației de către organul de control fără efectuarea unei vizite la fața locului, dacă această informație este indispensabilă pentru planificarea controalelor în baza criteriilor de risc, conform metodologiei aferente domeniului de control, și este deținută de persoana supusă controlului. Iar în timpul desfășurării controlului, organul de control poate solicita doar informația care este obligatorie de a fi deținută și acordată conform legii de către persoana supusă controlului.

Controlul, mai ales, public, asupra activităților antreprenorilor este necesar pentru a respecta principiile activității economice. Potrivit profesorului Мартемьянов B.C., controlul ca modalitate de expunere publică este „stabilirea obligației organelor de stat și a administrațiilor locale de a respecta și, în anumite cazuri, de a verifica starea de lucruri a antreprenorului și, în cazuri adecvate, de a lua măsurile adecvate” [13, pag.194].

Legea federală din 26 decembrie 2008 nr. 294-Ф3 cu privire la protecția drepturilor entităților juridice și antreprenorilor individuali în implementarea controlului de stat și a controlului municipal, definește controlul de stat ca activitate a organelor autorizate ale puterii de stat vizând prevenirea, detectarea și reprimarea încălcărilor de către persoane juridice, managerii acestora și alți oficiali, antreprenori individuali, reprezentanții autorizați



ai revendicărilor, stabilite prin legi federale și alte acte juridice de reglementare ale Federației Ruse adoptate în conformitate cu acestea, legile și alte norme prin actele juridice satisfăcătoare ale entităților constitutive ale Federației Ruse (cerințe obligatorii), prin organizarea și desfășurarea inspecțiilor persoanelor juridice, întreprinzătorilor individuali, adoptarea măsurilor prevăzute de legislația Federației Ruse pentru a suprima și/sau elimina consecințele încălcărilor identificate, precum și activitățile acestor organe de stat autorizate pentru monitorizarea sistematică a executării cerințelor obligatorii, analiza și prognozarea stării de îndeplinire a cerințelor obligatorii la desfășurarea activităților persoanelor juridice, antreprenori individuali [17].

Potrivit Concepției controlului de stat, la baza organizării controlului de stat în Republica Moldova se află un șir de principii: legalitatea relațiilor organelor de control cu entitățile controlate; inadmisibilitatea intervenției organelor de control în activitatea operativă a entităților controlate; inevitabilitatea responsabilității entităților controlate, aplicării de sancțiuni factorilor de decizie, în caz de încălcare a legislației; obligativitatea păstrării tainei persoanei, secretelor de stat, de serviciu sau secretelor comerciale; colaborarea între organele de control în exercitarea atribuțiilor.

Astfel, controlul de stat asupra activității antreprenoriale este exprimat prin activitățile organelor de stat corespunzătoare și ale funcționarilor acestora; este legat indisolubil de alte funcții ale statului; pătrunde în toate sferele vieții statului, direcționându-le în albia dreptului și ordinii. Controlul, pe de o parte, este un element integrant al guvernării, o parte integrantă a tuturor tipurilor de muncă, iar pe de altă parte, este o formă de activitate a statului independentă

funcțional în domeniul dreptului antreprenorial. Organul de control este în drept să efectueze controlul asupra persoanei supuse controlului doar în cazul când sunt întrunite cumulativ următoarele cerințe, prevăzute expres de lege, privind: dreptul organului de control de a efectua controlul; cazurile, limitele și durata controlului.

Având angajamentul de a crea un mediu de afaceri mai bun, Republica Moldova a implementat un șir de reforme ale cadrului de reglementare a activității de întreprinzător în vederea stimulării competitivității economiei naționale. Procesul reformei mediului de afaceri a fost lansat prin implementarea Legii nr.424-XV din 16 decembrie 2004 privind revizuirea și optimizarea cadrului normativ de reglementare a activității de întreprinzător [5] și a fost continuat prin implementarea Legii nr.235-XVI din 20 iulie 2006 cu privire la principiile de bază de reglementare a activității de întreprinzător [4].

Astfel, reforma cadrului de reglementare a reușit, într-o anumită măsură, să simplifice interacțiunea dintre întreprinderi și stat în diferite domenii, cum ar fi înregistrarea noilor afaceri, autorizarea, licențierea, controlul de stat etc. Unele autorități, cum ar fi Serviciul Fiscal de Stat și Agenția Serviciilor Publice au implementat noi procese care implică modalități inovatoare de interacțiune cu sectorul privat, utilizând tehnologiile informaționale.

Pentru o reformă cu succes a domeniului vizat, au fost aprobate Strategia reformei cadrului de reglementare a activității de întreprinzător pentru anii 2013-2020 și Planul de acțiuni pentru implementarea acesteia în anii 2016-2017 [10].

Potrivit strategiei menționate, acțiunile în domeniul controlului de stat urmează a fi direcționate spre schimbarea abordării – de la controale universale de rutină la

cele bazate pe evaluarea riscului. Totodată, Strategia stabilește un șir de indicatori de rezultat, inclusiv în domeniul controlului de stat, pentru a măsura progresul în vederea atingerii obiectivelor trasate: reducerea numărului de controale/inspecții de stat cu cel puțin 20% până în 2015 și cu cel puțin 40% până în 2020.

Totodată, Planul de acțiuni pentru implementarea Strategiei reformei cadrului de reglementare a activității de întreprinzător pentru anii 2013 - 2020, prevede un șir de acțiuni menite să contribuie la atingerea obiectivelor stabilite, inclusiv în domeniul controlului de stat: modificarea legislației în vigoare pentru optimizarea funcțională și instituțională a organelor publice cu funcții de control, în vederea reducerii poverii asupra agenților economici (indicator de performanță – reducerea controalelor cu cel puțin 15% până în 2017).

Astfel, în domeniul controlului de stat, eforturile vor fi direcționate spre schimbarea abordării – de la controalele universale de rutină la cele bazate pe evaluarea riscului, ceea ce va asigura reducerea intervenției statului în activitatea sectorului privat. Astfel, controlului de stat îi vor fi supuse doar întreprinderile care prezintă un risc sporit pentru societate, mediu, veniturile publice și alte bunuri publice. Aceste măsuri vor reduce corupția și povara administrativă asociate acesteia.

Începând cu anul 2013, principiile și procedurile de organizare și efectuare a controlului de stat asupra activității de întreprinzător au fost unificate într-un singur act legislativ, obligatoriu pentru toate autoritățile/instituțiile publice, care au dreptul să inițieze și să desfășoare controlul, Legea nr. 131 din 8 iunie 2012 privind controlul de stat asupra activității de întreprinzător [2], având ca prevederi conceptuale de bază următoarele: delimitarea mai clară a domeniilor de control pentru toate organele im-



plicate în controlul de stat, inclusiv retragerea dreptului de a iniția controale pentru o serie de instituții care se dublează; stabilirea unei liste exhaustive a organelor care au drept de control și de a acorda mandat de control (iniția controlul); impunerea efectuării planurilor de control în mod transparent, limitări în timp a planurilor date și obligativitatea avizării planurilor de control la Cancelaria de Stat; impunerea obligativității analizei riscurilor în stabilirea planurilor de control; determinarea unor criterii stricte în privința posibilității de inițiere a controalelor inopinate.

Având în vedere cerințele Legii nr.131 din 08.06.2012, a fost elaborată și aprobată Hotărârea Guvernului nr. 147 din 25 februarie 2013 pentru punerea în aplicare a prevederilor Legii nr. 131 din 8 iunie 2012 privind controlul de stat asupra activității de întreprinzător, care ulterior a fost înlocuită prin HG nr. 464 din 23.05.2018 pentru aprobarea Regulamentului privind ținerea Registrului de stat al controalelor [6]. Scopul Regulamentului constă în sporirea transparenței acțiunilor de control prin furnizarea către toate persoanele interesate a informațiilor aferente controalelor efectuate de organele de control, asigurarea realizării atribuțiilor Cancelariei de Stat de monitorizare a controalelor, precum și garantarea respectării Legii nr.131/2012.

În conformitate cu actele normative în cauză, Cancelaria de Stat a fost abilitată cu atribuții de autoritate de monitorizare a controalelor de stat asupra activității de întreprinzător și asigurarea aplicării principiilor și mecanismelor prevăzute în actele respective.

Ținând cont de aceste competențe legale, precum și în scopul punerii în aplicare a prevederilor legislației în vigoare, Cancelaria de Stat a elaborat și lansat sistemul informațional automatizat „Registrul de stat al controalelor”, care reprezintă o soluție informativă

utilizată ca suport pentru automatizarea procesului de planificare și derulare a controalelor de stat asupra activității de întreprinzător.

O altă etapă importantă a fost aprobarea, prin Hotărârea Guvernului nr. 694 din 05 septembrie 2013, a Metodologiei generale de planificare a controlului de stat asupra activității de întreprinzător în baza analizei criteriilor de risc (înlocuită ulterior prin HG nr. 379 din 25.04.2018) [8], unde Cancelaria de Stat a fost desemnată ca instituție responsabilă pentru acordarea asistenței metodologice organelor de control în elaborarea metodologiilor sectoriale. Astfel, au fost elaborate și aprobate douăzeci de metodologii sectoriale, iar, începând cu trimestrul IV al anului 2014, instituțiile de control au început planificarea controalelor de stat asupra activității de întreprinzător în baza analizei criteriilor de risc.

Totodată, pentru asigurarea executării atribuțiilor legale de monitorizare a controalelor de stat, la 24 iulie 2014 în structura Cancelariei de Stat a fost instituită o subdiviziune interioară nouă – Serviciul monitorizarea controalelor de stat – funcțiile căreia, la etapa inițială, au fost delegate Direcției generale coordonarea politicilor, asistenței externe și reforma administrației publice centrale.

Este necesar de a menționa că Guvernul a lansat în anul 2016 procesul de reformare a administrației publice în Republica Moldova. În acest sens a fost aprobată Strategia privind reforma administrației publice pentru anii 2016-2020 [9], care include un Plan de acțiuni pe anii 2016-2018 [11]. Această Strategie urma a fi implementată în câteva etape cu referință la administrația publică centrală și administrația publică locală. Reforma a început cu optimizarea numărului de ministere și autorități publice, urmată și de reformarea agențiilor publice, care este în proces de realizare.

În contextul dat, notăm și refor-

ma sistemului controlului de stat asupra activității de întreprinzător în Republica Moldova, scopul căreia este diminuarea poverii administrative asupra mediului de afaceri, eliminarea situațiilor de abuz, eficientizarea și transparentizarea controlului de stat.

Această reformă se desfășoară deja în câteva etape, și anume:

- etapa I – adoptarea Legii 230 din 23.09.2016 pentru modificarea și completarea unor acte legislative, în vigoare de la 28.10.2016;
- etapa II – adoptarea Legii 185 din 21.09.2017 pentru modificarea și completarea unor acte legislative, în vigoare de la 27.10.2017;
- etapa III – reorganizarea organelor de control (septembrie – noiembrie 2017);
- etapa IV – revizuirea regulamentelor de organizare și funcționare a organelor de control create sau, după caz, aprobarea unor regulamente noi (decembrie 2017 – iulie 2018);
- etapa V – aprobarea cadrului normativ secundar privind controlul de stat asupra activității de întreprinzător.

Astfel, în scopul creării condițiilor favorabile pentru dezvoltarea mediului de afaceri, al optimizării legislative și instituționale a controalelor asupra activității de întreprinzător, Parlamentul a adoptat Legea nr. 18 din 04 martie 2016 privind moratoriul asupra controlului de stat [3]. Moratoriul a fost instituit inițial pentru o perioadă de trei luni, fiind apoi extins pentru încă trei luni. Prelungirea moratoriului a fost perioada de tranziție pentru implementarea acestei reforme.

Legislația menționată propune o abordare complexă, care presupune aplicarea și implementarea unor măsuri și mecanisme îndreptate spre maximizarea transparenței controlului de stat, eficientizarea lucrului inspectorilor, disciplinarea acestora și demotivarea practicilor de abuz, se pune accent pe contro-



lul planificat, precum și aplicarea unui sistem electronic unic de înregistrare a documentelor aferente controlului de stat.

Pentru asigurarea implementării dispozițiilor legale referitoare la Registrul de stat al controalelor, s-a considerat oportun ca instituirea Registrului să fie realizată în două etape. La prima etapă a fost creat temporar un portal guvernamental al controalelor de stat asupra activității de întreprinzător (www.controale.gov.md) în care se regăsește baza de date electronică a Registrului, și anume: informația cu privire la controale planificate din graficele controalelor planificate, întocmite și aprobate de organele de control; informația cu privire la controale planificate efectuate și rezultatele acestora; informația cu privire la controale inopinate efectuate și rezultatele acestora.

Ulterior, la a doua etapă, în baza portalului www.controale.gov.md a fost creat Sistemul informațional automatizat Registrul de Stat al Controalelor, deoarece versiunea anterioară a acestuia nu mai corespunde rigorilor legale [7]. Acesta este instituit ca o platformă informatică comună, care interacționează cu Registrul de stat al unităților de drept și cu alte registre relevante și prevede automatizarea evidenței controalelor efectuate și furnizarea tuturor informațiilor aferente controalelor.

De asemenea, prin Hotărârea Guvernului nr. 464 din 23.05.2018 a fost aprobat modelul unic al planului anual al controalelor, delegației de control și cel al procesului-verbal de control, care au fost plasate pe portalul www.controale.gov.md, pentru a fi utilizate de către organele de control și persoanele supuse controlului.

Implementarea acestei reforme va contribui atât la transparentizarea acțiunilor organelor de control în cadrul controalelor de stat asupra activității de întreprinzător, cât și la diminuarea subiectivismului

la planificarea, efectuarea și înregistrarea controalelor de stat, iar, în final, vom avea un sistem optim de control de stat al activității de întreprinzător – sistem bazat pe metoda analizei criteriilor de risc. Acest fapt va asigura efectuarea controlului de stat în limita necesităților obiective, diminuând maxim posibil influența și abuzul inspectorilor și al organelor de control.

În concluzie, în vederea remedierii lacunelor și problemelor în procesul de desfășurare a controalelor de stat și identificării soluțiilor pentru edificarea unui sistem eficient și transparent al controlului de stat asupra activității de întreprinzător au fost implementate modificări și completări esențiale ale legii privind controlul de stat asupra activității de întreprinzător, cât și a cadrului conex și secundar, rezultatele cărora le vom simți peste un anumit timp.

Implementarea modificărilor legislative va avea un impact pozitiv asupra mediului de afaceri, care va fi exprimat prin sporirea investițiilor, majorarea numărului de întreprinderi fiabile motivate să implementeze inovații, capabile să creeze noi locuri de muncă atractive, creșterea volumului producției, asigurarea productivității înalte și producerea mărfurilor competitive orientate spre export.

Bibliografie

1. Legea nr. 131 din 08.06.2012 privind controlul de stat asupra activității de întreprinzător. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 181-184, art. 5953 din 01.08.2012;
2. Legea nr. 131 din 08.06.2012 privind controlul de stat asupra activității de întreprinzător. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 181-184 din 01.08.2012;
3. Legea nr. 18 din 04.03.2016 privind moratoriul asupra controlului de stat. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 79-89 art. 150 din 01.04.2016;
4. Legea nr.235-XVI din

20.07.2006 cu privire la principiile de bază de reglementare a activității de întreprinzător. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 126-130, art.627 din 11.08.2006

5. Legea nr.424-XV din 16.12.2004 privind revizuirea și optimizarea cadrului normativ de reglementare a activității de întreprinzător. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.1-4 art.16 din 07.01.2005

6. Hotărârea Guvernului nr. 147 din 25.02.2013 pentru punerea în aplicare a prevederilor Legii nr. 131 din 8 iunie 2012 privind controlul de stat asupra activității de întreprinzător. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 41, art. 182 din 27.02.2013 (abrogată prin HG nr. 464 din 23.05.2018);

7. Hotărârea Guvernului nr. 464 din 23.05.2018 pentru aprobarea Regulamentului privind ținerea Registrului de stat al controalelor. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 167-175, art. 515 din 25.05.2018

8. Hotărârea Guvernului nr. 694 din 05.09.2013 cu privire la aprobarea Metodologiei generale de planificare a controlului de stat asupra activității de întreprinzător în baza analizei criteriilor de risc. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 133-141, art. 421 din 13.09.2013 (abrogată prin HG nr. 379 din 25.04.2018);

9. Hotărârea Guvernului nr. 911 din 25.07.2016 pentru aprobarea Strategiei privind reforma administrației publice pentru anii 2016-2020. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 256-264, art. 1033 din 12.08.2016;

10. Hotărârea Guvernului nr.1021 din 16.12.2013 cu privire la aprobarea Strategiei reformei cadrului de reglementare a activității de întreprinzător pentru anii 2013-2020 și a Planului de acțiuni pentru implementarea acesteia în anii 2016-2017. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 297-303, art. 1129 din 20.12.2013

11. Hotărârea Guvernului nr.1351 din 15.12.2016 cu privire la aprobarea Planului de acțiuni pe anii 2016-2018 pentru implementarea Strategiei privind reforma administrației publice pentru anii 2016-2020. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 459-471, art. 1452 din 23.12.2016;

12. Hotărârea Parlamentului Republicii Moldova nr. 189-XIII din 19.07.1994 cu privire la Concepția



controlului de stat în Republica Moldova. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 6 din 22.09.1994

13. Bălan E. Instituția de drept public. București: Editura ALL BECK, 2003. 178 p.;

14. Iacob I., Chiper N. Controlul exercitat asupra administrației publice: esență, forme, obiective și efecte. În: „Administrarea publică”, nr. 4, Chișinău 2017, p. 59-68;

15. Iorgovan A. Tratat de drept administrativ. Vol. II. București: ALL BECK, 2002, 640 p.;

16. Iovănaș I. Drept administrativ. Vol. II. Arad: Servo-Sat, 1997, 278 p. Citat de Iacob I. în Controlul exercitat asupra administrației publice: esență, forme, obiective și efecte. În: „Administrarea publică”, nr. 4, Chișinău 2017, p. 59-68;

17. Федеральный закон N294-ФЗ от 26.12.2008 о защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля. Accesibil pe internet: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_83079/

CZU 343.137

СПЕЦИАЛЬНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ И СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА В СВЯЗИ С ПРИЗНАНИЕМ ВИНЫ ОБВИНЯЕМЫМ: НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ТЕОРИИ, ПРАКТИКИ И ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Д. МИЛУШЕВ

доктор права, конференциар университетар, Европейский университет Молдовы

И. БЕЖЕНАРЬ

докторант, Европейский университет Молдовы

În articol se tratează câteva aspecte ale teoriei, practicii, aplicării și reglementării legale a două proceduri speciale: acordul de recunoaștere a vinovăției și judecata pe baza probelor administrate în faza de urmărire penală, ca noi instituții juridice pentru dreptul procesual penal al Republicii Moldova.

Cuvinte-cheie: *Optimizarea procedurilor penale; examinarea cauzelor penale în cadrul procedurii generale; proceduri speciale în procesul judecării cauzei; acord de recunoaștere a vinovăției; judecata pe baza probelor administrate în faza de urmărire penală; compromis rezonabil și avantajos reciproc; procedura simplificată în procesul de urmărire penală.*

The article considers some aspects of the theory, practice of application and legal regulation of two special procedures of criminal proceedings: with a plea agreement and a trial based on evidence collected at the stage of criminal prosecution as new to the criminal procedure law of Moldova legal institutions.

Keywords: *Optimization of criminal proceedings; consideration of criminal cases according to the General procedure; special trial procedures; plea agreement; trial based on evidence collected at the stage of criminal prosecution; reasonable and mutually beneficial compromise; simplified procedure.*

Постановка проблемы. В молдавской науке уголовно-процессуального права специальные процедуры уголовного преследования и судебного разбирательства рассматриваются чаще всего в общем, как часть, как правовые институты отрасли уголовно-процессуального права, что вполне естественно для начального периода их применения. В настоящее время данные правовые институты нуждаются в продолжении исследования в сравнительном плане, с точки зрения эффективности их применения и совершенствования их правового регулирования.

Целью настоящей работы

является исследование проблем теории, повышения эффективности практики применения и совершенствования правового регулирования двух специальных процедур уголовного преследования и судебного разбирательства в связи с признанием обвиняемым своей вины: с соглашением о признании вины и судебного разбирательства на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования.

Изложение основных положений. Рассмотрение уголовных дел по общей процедуре в суде первой инстанции включает несколько последовательно осу-



ществляемых этапов: принятие судебной инстанцией уголовного дела к производству, предварительное заседание, подготовительную часть судебного заседания, судебное расследование и т.д. при обязательном соблюдении всех общих условий судебного разбирательства.

Такая процедура объективно необходима, т.к. имеет целью обеспечить успешное решение задач уголовного судопроизводства, соблюдение законности при рассмотрении уголовных дел, объективность, справедливость и обоснованность принимаемых судебной инстанцией решений, права и законные интересы лиц, пострадавших от преступления, защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, ограничения её прав и свобод.

Вместе с тем она является весьма громоздкой и сложной, связана с длительными сроками рассмотрения и разрешения уголовных дел, отвлечением большого числа свидетелей, потерпевших и других участников процесса, большой процессуальной загруженностью судей, существенными материальными затратами государства, подсудимого и других участников, заинтересованных в исходе дела. В силу указанных обстоятельств в некоторых случаях данная процедура оказывалась недостаточно эффективной, что, по мнению отдельных специалистов, связывалось также с чрезмерной жёсткостью в подходе государства к формированию и реализации уголовной политики [12].

Между тем, по уголовным делам, по которым обвиняемый полностью признаёт свою вину, не оспаривает предъявленное ему обвинение и собранные по делу доказательства, представляется возможным, без ущерба для соблюдения требований законности и справедливости принимаемых при этом судебных ре-

шений, отказ от традиционной, длительной судебной процедуры и применение сокращённого порядка судебного разбирательства.

Поэтому законодатель Республики Молдова счёл целесообразным, наряду с общей процедурой рассмотрения уголовных дел судом первой инстанции, предусмотреть и специальные процедуры судебного разбирательства. В этой связи в достаточно широкий перечень прав обвиняемого, предоставленных ему Уголовно-процессуальным кодексом (далее УПК РМ) [3], введённым в действие в июне 2003 года, законодатель включил и право дать согласие на применение специальной процедуры уголовного преследования и судебного разбирательства в порядке, предусмотренном УПК. Соответствующая правовая норма была сформулирована в пункте 11) части (2) статьи 66 УПК.

Следует отметить, что молдавские учёные-юристы, образно говоря, не обходили стороной специальные процедуры уголовного преследования и судебного разбирательства. Начало их исследованию положили Доля И., Виздоагэ Т., Ботезату Р. Эту работу продолжили и другие учёные. Непосредственно исследованию специальных процедур уголовного судопроизводства в Молдове посвящены заслуживающие огромного внимания диссертации на соискание учёной степени доктора права и опубликованные в этой связи работы В. Ротару [10] и С. Цонку [11]. Однако, для столь актуальных форм судопроизводства, важных правовых институтов и длительного периода их применения в судебной практике существующие исследования мы полагаем недостаточными. Как отмечается в молдавской научной и специальной литературе, исследованы не все аспекты концепции специ-

альных процедур, их правового регулирования и эффективности практики применения [10, с.18; 11, с.6]. Не содержат глубокого анализа данных правовых институтов уголовно-процессуального права Молдовы и соответствующие публикации зарубежных авторов.

Первоначально законодатель создал новый для молдавской правовой системы институт соглашения о признании вины, который объединил нормы статей 80 Уголовного кодекса Республики Молдова (далее УК РМ) [4] и 504-509 УПК РМ. В его основе - **идея разумного и взаимовыгодного компромисса** в уголовном судопроизводстве между государством в лице государственного обвинителя и судебной инстанции, с одной стороны, и обвиняемым и его защитником – с другой.

Нормы этого института регламентируют порядок заключения сделки между государственным обвинителем и обвиняемым или, в зависимости от обстоятельств, подсудимым, который дал согласие признать свою вину в совершении преступления взамен на значительные уступки в виде сокращения судебной инстанцией уголовного наказания – на одну треть, исходя из верхних пределов наказания, предусмотренного уголовным законом для данного преступления. Применение данного правового института позволяет склонить обвиняемого, подсудимого к сотрудничеству с органами уголовного преследования и с его помощью изобличить других участников преступления. При этом законодатель не ставит его применение в зависимости от возраста обвиняемого, наличия или отсутствия у него судимости, его постоянного места жительства, гражданства и т.д. Как подчёркивает Пленум Высшей судебной палаты РМ, его цель - «быстрое и эффектив-



ное разрешение уголовного дела с минимальными затратами материальных и человеческих ресурсов» [19, с.28].

Институт соглашения о признании вины вызвал огромный интерес у специалистов, прежде всего прокуроров, адвокатов и судей [8; 9, с.676-686]. Об этом убедительно свидетельствуют и данные практики его применения. Так, если в 2004 году в Молдове соглашение о признании вины было заключено с 978 лицами, что составило 7,5% от общего числа осужденных [21], то в 2005 году с соглашением о признании вины было осуждено 3692 лица - 26,2%. Количество таких соглашений ежегодно росло: в 2006 году с соглашением о признании вины было осуждено 5170 лиц или 41,6%; в 2007 году - 4237 лиц - 43,4%; в 2008 году - 3329 лиц - 45,2%; в 2009 году - 3385 лиц - 43,8%; в 2010 году - 3268 лиц - 41,8%; в 2011 году - 3593 лица, что составило 42,2% от общего числа осужденных [22]. Как справедливо отмечается в молдавской научной литературе, «вряд ли кто-то мог предположить в 2003 году, что с принятием нового для нашей страны института он сможет не только адаптироваться, но и достигнуть столь высоких пределов» [8, с.15].

Молдавский законодатель разрешает применять специальную процедуру рассмотрения уголовных дел с соглашением о признании вины к различным категориям лиц, обвиняемых в совершении любого преступления, предусмотренного Особенной частью УК РМ, в том числе тяжкого, особо тяжкого и чрезвычайно тяжкого, за исключением преступлений, предусмотренных статьями 135 (геноцид) и 135/1 (преступления против человечности) Уголовного кодекса. Например, только в 2004 году соглашение о признании вины

было заключено с 98 женщинами, что составило 8,6% из 1142 осужденных женщин, и 176 несовершеннолетними, что составило 9,5% из 1774 осужденных несовершеннолетних [21].

Продолжая начатый в 2003 году курс на оптимизацию уголовного судопроизводства, законодатель Республики Молдова 5 апреля 2012 года дополнил УПК РМ ещё одним принципиально новым правовым институтом - институтом специальной процедуры судебного разбирательства по уголовным делам на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования [5].

Согласно статье 364/1 УПК РМ, суд первой инстанции в ходе предварительного заседания или рассмотрения дела до начала судебного расследования обращается к подсудимому с вопросом, желает ли он, чтобы судебное разбирательство проводилось на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования, которые известны ему и относительно которых у него нет возражений. Подсудимый и сам может до начала судебного расследования лично, как указано в Законе, «посредством аутентичного письменного доказательства» заявить о том, что признается в совершении деяний, указанных в обвинительном заключении, и требует проведения судебного разбирательства на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования. Законодатель подчёркивает, что судебное разбирательство может проводиться на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования, только в случае если подсудимый признается в совершении всех деяний, указанных в обвинительном заключении, и не требует представления новых доказательств.

Получив такое заявление под-

судимого, судебная инстанция предоставляет прокурору, потерпевшему и другим сторонам возможность высказаться относительно поданного ходатайства. Затем, если из собранных доказательств следует, что деяния подсудимого установлены, а также при наличии достаточных данных о его личности, позволяющих назначить наказание, судебная инстанция своим определением удовлетворяет ходатайство и приступает к допросу подсудимого, как и в случае заключения соглашения о признании вины, в соответствии с правилами проведения допроса свидетеля.

Председательствующий в случае удовлетворения ходатайства подсудимого разъясняет потерпевшему право обратиться с гражданским иском и обращается к гражданскому истцу, гражданскому ответчику с вопросом, предлагают ли они представление доказательств. После этого судебная инстанция приступает к судебным прениям, состоящим из речей прокурора, защитника и подсудимого, которые могут еще раз взять слово для реплики. Если в заседании участвуют потерпевший, гражданский истец и гражданский ответчик, им также предоставляется слово в прениях.

Подсудимому, который признался в совершении деяний, указанных в обвинительном заключении, и потребовал проведения судебного разбирательства на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования, как и в случае заключения соглашения о признании вины, на треть сокращаются пределы предусмотренного законом наказания в случае приговора к лишению свободы или неоплачиваемому труду в пользу общества. На четверть сокращаются пределы предусмотренного законом наказания в случае назначения штрафа. Если законом



предусмотрено наказание в виде пожизненного заключения, применяется наказание в виде лишения свободы на срок 30 лет.

Сравнительный анализ положений статей 364/1 и 504-509 УПК РМ позволяет выявить значительное сходство институтов судебного разбирательства на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования, и соглашения о признании вины. Так, в обоих случаях судебное разбирательство проводится не в полном объёме - судебная инстанция не допрашивает свидетелей, потерпевших, не назначает экспертизу, не оглашает протоколы процессуальных действий, не исследует вещественные и иные доказательства, как это производится ею в соответствии со статьёй 314 УПК РМ при рассмотрении дела по полной процедуре, а судебное решение выносит на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования.

Оба института призваны оказать определённое воспитательное воздействие на обвиняемого (подсудимого), подвигнуть его к переосмыслению совершённого преступления и взять на себя ответственность за содеянное. А государство, в соответствии со статьёй 80 УК, частью (8) статьи 364/1, частью (4) статьи 509 УПК РМ, в свою очередь, обязуется существенно сократить пределы предусмотренного уголовным законом наказания за преступление, вменяемое в вину подсудимому.

Несмотря на сходство, общие цели и назначение рассматриваемых специальных процедур уголовного преследования и судебного разбирательства, законодатель, тем не менее, не объединяет их. Он весьма подробно регламентирует каждую из них, наделяя их существенными различиями, обусловленными особенностями тех этапов

уголовного судопроизводства, на которых они независимо одна от другой применяются, отношению обвиняемого к своей преступной деятельности, степенью осознания им своей вины и желания содействовать осуществлению уголовного преследования и правосудия, доказанности виновности обвиняемого, которые также могут быть разными на досудебных и судебных стадиях производства по уголовному делу.

В частности, законодатель разрешает применять специальную процедуру судебного разбирательства на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования, по уголовным делам о любых преступлениях, предусмотренных Особенной частью УК, в том числе о преступлениях, предусмотренных статьями 135 (геноцид) и 135/1 (преступления против человечности) Уголовного кодекса.

Соглашение о признании вины может быть заключено между прокурором и обвиняемым как в стадии уголовного преследования - в любой момент после предъявления обвинения, так и в судебной инстанции - с момента принятия ею уголовного дела к производству до начала судебного расследования. Тогда как требование о проведении судебного разбирательства на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования, обвиняемый может заявить только на начальном этапе производства по делу в суде первой инстанции после принятия судом уголовного дела к производству - до начала судебного расследования по делу.

Институт соглашения о признании вины предусматривает относительно длительную процедуру проверки прокурором и защитником соблюдения условий инициирования и заключения соглашения о признании

вины (статьи 505, 506 УПК РМ). Институт же судебного разбирательства на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования, подобных правил не содержит.

Если подсудимый в судебном заседании не поддерживает подписанное им соглашение о признании вины, он вправе отказаться от своих показаний в отношении вменяемого ему в вину преступления (ч. (4) ст. 506 УПК). А при рассмотрении уголовного дела на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования, подсудимый, по смыслу ст. 364/1 УПК, не вправе отказаться от своего требования о применении специальной процедуры судебного разбирательства. Лишь судебная инстанция может отклонить такое требование подсудимого и вынести решение о рассмотрении дела по общей процедуре.

Приговор, постановленный в случае соглашения о признании вины, может быть обжалован **только в кассационном порядке** и только в отношении процессуальных ошибок и установленной меры наказания (ч. (6) ст. 509 УПК РМ). Институт рассмотрения дела на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования, каких-либо ограничений, касающихся обжалования приговора, не предусматривает.

Анализ норм данных правовых институтов показывает, что законодатель, вводя и детально регламентируя новые специальные процедуры, не преследует цель упростить производство по уголовному делу. По-прежнему неизменным остаётся требование законодателя о том, **чтобы всё досудебное производство (уголовное преследование) осуществлялось в полном формате** с соблюдением принципов: законности уголовной процедуры, презумпции невиновности



сти, соблюдения прав, свобод и человеческого достоинства, обеспечения права на защиту, осуществления уголовного судопроизводства в разумные сроки, обеспечения прав лиц, пострадавших от преступления, состязательности, свободной оценки доказательств, официального характера уголовного процесса (статьи 7-28 УПК РМ).

Рассмотрение судебной инстанцией уголовного дела также должно осуществляться с соблюдением всех принципов уголовного судопроизводства и большинства общих условий судебного разбирательства, предусмотренных статьями 314-342 УПК и применяемых соответствующим образом, а совещание суда и постановление приговора – с соблюдением правил общей для всех уголовных дел процедуры, установленной статьями 382-398 УПК РМ. И Пленум Высшей Судебной палаты РМ требует, чтобы разрешение уголовных дел с применением специальной процедуры также осуществлялось «с соблюдением высоких стандартов правосудия, присущих демократическому обществу» [19, с.28].

Законодатель лишь разрешает судебной инстанции, не ограничивая права и законные интересы подсудимого и других участников процесса, исключить некоторые процессуальные действия, обычно совершаемые в процессе рассмотрения уголовных дел по общей процедуре. Сделать это она может лишь при условии полного признания подсудимым своей вины в совершении всех деяний, указанных в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого и обвинительном заключении, его отказа от оспаривания предъявленного ему обвинения и собранных по делу доказательств, утверждения судебной инстанцией соглашения о признании вины обвиняемым,

его требования о проведении судебного разбирательства на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования.

Такой подход законодателя к оптимизации уголовного судопроизводства нельзя считать его упрощением, а специальную процедуру – «упрощённым порядком», как её порой рассматривают некоторые молдавские и зарубежные авторы публикаций [11; 13, с.979; 14]. Согласно разъяснению, даваемому в толковом словаре, «упрощённый – такой, который излишне упрощая, искажает действительность, поверхностный, примитивный» [15, с.744]. Упрощённым назывался и фактически являлся порядок рассмотрения уголовных дел, применяемый печально известным «Особым Совещанием» при МГБ СССР [16] в составе председателя, двух членов и прокурора, которое «при упрощённом рассмотрении дел», т.е. без обеспечения прав, свобод и человеческого достоинства обвиняемого, его права на защиту, презумпции невиновности, выносило весьма строгие и несправедливые приговоры даже по делам о преступлениях, до конца не расследованным.

В уголовном процессе не должно быть места поверхностному, тем более примитивному подходу к решению задач уголовного судопроизводства и прежде всего к установлению истины. И предусмотренные молдавским законодателем процедуры рассмотрения уголовных дел с соглашением о признании вины и судебного разбирательства на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования, именуемые им не «упрощённым производством», а «специальной процедурой» (ст. 66 УПК) и «сокращённым производством» (ст. 505 УПК). Они не содержат каких-либо предпо-

сылки для упрощения и искажения обстоятельств уголовного дела, примитивного и поверхностного их рассмотрения.

Термин «упрощённый порядок», как нам представляется, можно применить лишь к процедуре производства преследования и рассмотрения **некоторых явных преступлений** (статьи 513-519 УПК РМ), разработанной молдавским законодателем с учётом Рекомендаций Комитета Министров Совета Европы государствам-членам (87) 18 «Об упрощении уголовного правосудия», допускающего применение упрощённых процедур лишь «**по мелким делам, при мелких преступлениях, когда обстоятельства дела установлены и очевидны**» [18].

Об отсутствии упрощённого подхода молдавского законодателя к регламентированию рассматриваемых специальных процедур свидетельствуют предоставление прокурору и судебной инстанции широких полномочий по проверке оснований и соблюдения условий инициирования, правил применения специальных процедур. Как отмечает Конституционный суд РМ, «рассматривающего дело судью нельзя обязать вынести решение в зависимости от признания вины подсудимым. На него возлагается задача убедиться в том, что данное лицо добровольно взяло на себя качество исполнителя деяний, и проверить их действительность. Судья должен проверить не только наличие признания лица, но и достоверность этого признания. Кроме того, судебная инстанция должна дать правовую квалификацию деяний, она не обязана принимать квалификацию, данную прокурором» [7, с.19].

Реальными гарантиями обеспечения прав и законных интересов сторон уголовного процесса являются также: 1) обязанность судебной инстанции



оценить собранные органом уголовного преследования доказательства, убедиться, что деяния подсудимого установлены и в деле имеются достаточные данные о его личности, позволяющие назначить наказание; 2) активное участие защитника в процедуре заключения соглашения о признании вины и обсуждении ходатайства подсудимого о проведении судебного разбирательства на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования; 3) непосредственное участие сторон в судебном разбирательстве, проводимом на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования; 4) предоставляемая им возможность высказать свою позицию по вопросу о процедуре судебного разбирательства, представить судебной инстанции доказательства и выступить в судебных прениях, обжаловать судебный приговор в вышестоящих судебных инстанциях и др. (части (3)-(5) статьи 364/1, статьи 504-509 УПК РМ).

Из содержания части (9) статьи 364/1, части (4) статьи 506 УПК, пункта 14 Постановления Пленума Высшей судебной палаты РМ № 13 от 16.12.2013 г. следует, что наличие соглашения о признании обвиняемым своей вины или ходатайства подсудимого о проведении судебного разбирательства на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования, не влечёт за собой неопровержимого утверждения соглашения о признании вины или удовлетворения ходатайства судебной инстанцией [20, с.23]. Если ею будут установлены нарушение указанных законодателем условий применения специальной процедуры либо непонимание подсудимым её сущности и последствий, судебная инстанция обязана отклонить данное соглашение и хода-

тайство и рассмотреть уголовное дело по общей процедуре.

И Конституционный суд Республики Молдова подчёркивает, что «если существуют сомнения в отношении виновности подсудимого либо в случае частичного признания фактических обстоятельств, или даже в случае полного признания вменяемых деяний, но при отсутствии ясности в фактических обстоятельствах дела, когда судья считает, что судебное разбирательство не может проводиться только на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования, он отклоняет заявление подсудимого о проведении судебного разбирательства в упрощённом порядке» [7, с.19]. Возможность для судьи отказать в ходатайстве о рассмотрении дела в упрощённом порядке является **гарантией права на справедливое судебное разбирательство**, предусмотренного статьёй 20 Конституции Республики Молдова [1] и статьёй 6 Европейской конвенции по правам человека [2].

К особенностям процедуры судебного разбирательства на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования, отличающим её от процедуры соглашения о признании вины, следует отнести и предоставление законодателем потерпевшему, гражданскому истцу и ответчику права вначале высказаться относительно поданного обвиняемым ходатайства о применении специальной процедуры, а затем выступить в судебных прениях после допроса подсудимого. Однако в процедуре рассмотрения соглашения о признании вины данные участники процесса таким правом не обладают, что, на наш взгляд, является существенным ограничением их прав и законных интересов. Ускорение процедуры не может покупаться «ценой от-

каза от таких фундаментальных начал состязательного процесса, как равенство сторон и право обвиняемого на защиту» [17, с. 546].

Статья 504 УПК определяет соглашение о признании вины как сделку «**между прокурором и обвиняемым** или, в зависимости от обстоятельств, подсудимым, который дал согласие признать свою вину взамен на сокращение наказания». Однако приведенная дефиниция не согласуется с положениями пунктов 8) и 9) части (2) статьи 64 УПК РМ, согласно которым и подозреваемый вправе «заключить соглашение о признании вины», а также «дать согласие на проведение специальной процедуры уголовного преследования и судебного разбирательства дела в порядке, предусмотренном настоящим кодексом, в случае признания своей вины». Как видим, статья 504, определяющая соглашение о признании вины, и последующие статьи УПК РМ, подробно регламентирующие производство по соглашению о признании вины, не называют подозреваемого в качестве инициатора или участника соглашения о признании вины.

Исходя из смысла статьи 63 УПК РМ, подозреваемым может быть признано физическое лицо, в отношении которого имеются доказательства совершения им преступления, однако этих доказательств недостаточно для предъявления ему обвинения. Только на основании собранных в порядке, предусмотренном УПК, убедительных и достаточных доказательств совершения преступления определённым лицом, оно может быть привлечено в качестве обвиняемого (статьи 280, 281 УПК РМ). И лишь при наличии таких доказательств, подтверждающих обвинение, как прокурор, так и обвиняемый (подсудимый), его защитник мо-



гут инициировать соглашение о признании вины.

Предложение прокурора о заключении соглашения о признании вины подозреваемому, в отношении которого ещё нет убедительных и достаточных доказательств совершения им преступления, с обещанием существенного сокращения наказания, какими бы благими или тактическими мотивами оно не объяснялось, было бы, на наш взгляд, и поспешным, и аморальным. Думается, такими соображениями и руководствовался молдавский законодатель, закрепляя в статье 504 УПК требования о том, что соглашение о признании вины может быть заключено в любой момент **после предъявления обвинения** до начала судебного расследования. А судебная инстанция обязана установить «имеются ли достаточные доказательства, подтверждающие обвинение».

И Пленум Высшей судебной палаты РМ указывает, что заключение соглашения о признании вины допускается лишь при условии, что виновность обвиняемого, подсудимого в совершении преступления была **подтверждена относящимися к делу убедительными и полезными доказательствами**, полученными в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством [19, с. 28].

Применяемая законодателем в статье 80 УК, статьях 364/1 и 509 УПК РМ формула «наказание за вменяемое в вину преступление сокращается на одну треть максимального наказания, предусмотренного за это преступление» по причине лаконичности не содержит столь же чёткого указания на возможность и степень сокращения **минимального** наказания за преступление, что приводит к различным подходам к её толкованию, а следовательно, и применению.

В судебной практике, как отмечал Пленум ВСП, возникали некоторые вопросы, связанные с рассмотрением уголовных дел по специальной процедуре [19, с.28]. А в научной литературе высказывались предложения по соответствующему дополнению данной формулы [10, с.18].

Подробные разъяснения по её применению дал Пленум Высшей судебной палаты РМ в своём Постановлении № 13 от 16.12.2013 г., которым чётко и ясно обозначил пределы индивидуализации наказания, назначаемого судебными инстанциями подсудимым, потребовавшим или давшим согласие на проведение судебного разбирательства на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования [20, с. 25,26]. Данным Постановлением Пленум подтвердил тенденцию смягчения репрессивного характера уголовного судопроизводства и стремление унифицировать подход судебных инстанций к толкованию и применению соответствующих норм национального законодательства.

К сожалению, данные разъяснения и рекомендации Пленума не касаются правила применения наказания подсудимому в случае заключения соглашения о признании вины. Но при этом они содержат более широкий смысл, чем тот, который законодатель вложил в уголовные и уголовно-процессуальные нормы, регламентирующие пределы применения наказания подсудимому по уголовным делам, рассматриваемым по специальной процедуре. Согласно же части (7) статьи 7 УПК РМ и пункту е) статьи (2) Закона о Высшей судебной палате, **разъяснения, даваемые Высшей судебной палатой, носят рекомендательный характер и не имеют обязательной силы для судей** [6]. Поэтому полезность и эф-

фективность данных разъяснений и рекомендаций были бы значительно выше, если бы они, с учётом изложенных нами обстоятельств, получили соответствующее законодательное закрепление. Более того, как подчёркивает Конституционный суд РМ, «согласно статье 73 ч. (3) п. n) Конституции, Парламент наделён исключительной компетенцией органическим законом регламентировать преступления, наказания и режим отбывания наказаний» [7, с.19].

Выводы и предложения.

По уголовным делам, по которым в судебном заседании подсудимый полностью признаёт свою вину, не оспаривает предъявленное ему обвинение и собранные по делу доказательства, отказ от традиционной, длительной судебной процедуры является оправданным и допустимым без ущерба для соблюдения требований законности и справедливости, обоснованности и объективности принимаемых при этом судебных решений. Более того, введённые законодателем специальные процедуры уголовного преследования и судебного разбирательства объективно необходимы для решения задач и достижения целей уголовного судопроизводства.

Данные процедуры регулируются нормами отдельных правовых институтов, не дублирующих друг друга, имеющих как общие черты, так и соответствующие различия. Они позволяют, при неуклонном соблюдении всех основополагающих правил-принципов, которым подчиняется всё производство по уголовному делу, и общих условий судебного разбирательства, существенно расширить возможности (основания и мотивы) заключения взаимовыгодной сделки между государством в лице судебной инстанции и обвиняемым с целью склонить



обвиняемого и подсудимого к сотрудничеству с органами уголовного преследования и судебными инстанциями, ускорить процесс разрешения уголовного дела в судебных инстанциях по широкому кругу дел, уменьшить судебные издержки, иные материальные затраты, прямо или косвенно связанные с производством по уголовному делу, и профессиональную загруженность судей, повысить эффективность уголовного судопроизводства в целом.

Термины «упрощенный порядок рассмотрения уголовных дел» и «упрощенное производство», как не соответствующие замыслу молдавского законодателя и правоприменительной практике, к рассматриваемым специальным процедурам уголовного судопроизводства в Республике Молдова не могут быть применены.

В целях дальнейшего совершенствования специальных процедур в плане более полного обеспечения прав и законных интересов всех сторон процесса полагаем целесообразным:

1) в пункте 8) части (2) статьи 64 УПК РМ синтагму «и заключить соглашение о признании вины» исключить, а следующий за ним пункт 9) - признать утратившим силу;

2) расширить полномочия пострадавшей стороны в отстаивании её законных интересов, сделав их идентичными как для судебного разбирательства на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования, так и для производства по соглашению о признании вины (например, в ознакомлении с материалами завершённого уголовного преследования, уведомлении о применении специальной процедуры судебного разбирательства, участии в обсуждении соглашения и ходатайства о применении спе-

циальной процедуры и вопросов о возмещении ущерба, судебных издержек, а также в судебных прениях, обжаловании приговора);

3) в соответствии с положениями пунктов 31-35 Постановления Пленума Высшей судебной палаты № 13 от 16 декабря 2013 года, в статье 80 УК, части (8) статьи 364/1 и части (4) статьи 508 УПК РМ законодательно закрепить пределы не только максимума (верхний предел), но и минимума (нижний предел) наказания, предусмотренного за вменяемое в вину преступление, в случае применения специальной процедуры судебного разбирательства;

4) распространить разъяснения, содержащиеся в пунктах 31-35 данного Постановления Пленума и на вопросы определения пределов наказания в случаях с соглашением о признании вины обвиняемым.

Литература

1. Конституция Республики Молдова. Monitorul Oficial al Republicii Moldova № 1 от 12.08.1994 г. Повторное опубликование в Monitorul Oficial №78 от 29.03.2016 г.

2. Convenția Europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (încheiată la Roma la 4 noiembrie 1950). <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=285802&lang=1>

3. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова. Закон РМ № 122-XV от 14.03.2003 г. Monitorul Oficial al Republicii Moldova № 144-110 от 07.06.2003 г. Повторное опубликование: Monitorul Oficial al Republicii Moldova № 248-251 от 05.11.2013 г.

4. Уголовный кодекс Республики Молдова. Закон РМ № 985-XV от 18.04.2002 г. Monitorul Oficial al Republicii Moldova № 128-129 от 13.09.2002 г. Повторное опубликование: Monitorul Oficial al Republicii Moldova № 72-74 от 14.04.2009 г.

5. Закон № 66 от 5.04.2012 О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова. Monitorul Oficial al Republicii Moldova № 155-159 от 27.07.12. ст. 510.

6. Закон Республики Молдова № 789-XIII от 26.03.1996 г. о Высшей судебной палате. Monitorul Oficial al Republicii Moldova № 32-33 от 30.05.1996 г. Повторное опубликование: Monitorul Oficial al Republicii Moldova № 196-199 от 12.09.2003 г.

7. Определение Конституционного суда Республики Молдова № 40 от 8 мая 2018 г. о неприемлемости обращения № 48g/2018 г. об исключительном случае неконституционности статьи 364/1 Уголовно-процессуального кодекса (судебное разбирательство на основании доказательств, собранных на стадии уголовного преследования). Monitorul Oficial al Republicii Moldova № 256-265 от 13.07.2018 г., ст. 115.

8. Айрапетян А. Приговор в случае соглашения о признании вины в уголовном процессе Республики Молдова. «Закон и жизнь», 2008 г. № 4, с. 15-19.

9. Codul de procedură penală. Comentariu/ Raisa Botezatu, Igor Dolea, Dumitru Roman, ... - Ch.: Cartier, 2005 (F.E.-P. «Tipogr. Centrală»).

10. Rotaru Vasile. Acordul de recunoaștere a vinovăției ca formă specială a procedurii penale. Autoreferat al tezei de doctorat în drept. Chișinău. 2004.

11. Țoncu Sanda. Judecata pe baza probelor administrate în faza de urmărire penală. Rezumatul tezei de doctor în drept. Chișinău. 2019.

12. Жестеров П. В. Значение принципа экономии уголовной репрессии при формировании и реализации отечественной уголовной политики // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. 2015. № 6, с. 299-305.

13. Кисеев Н.М. Уголовный процесс: Учеб. для студентов юрид. фак. – Ch. MONOGRAF, 2006.

14. Калиниченко А. Упрощенное производство на основе судебного компромисса в уголовном судопроизводств республики Молдова. Закон и жизнь. № 12. 2014. С. 22-27.

15. Ожегов С.И. Словарь русско-



го языка/ Под ред. Н.Ю. Шведовой. – М.: 1981 г.

16. Письмо С.Д. Игнатъева И.В. Сталину об Особом Совещании при МГБ СССР от 28 декабря 1951 г. № 1760/и. shieldandsword.mozohin/ru/documents/Letter 281251/ htm

17. Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Уголовный процесс: Учебник для вузов. Спб.: Питер, 2005.

18. Совет Европы и Россия. Сборник документов – М.: Издательство «Юрид. литература». 2004 г. docs.cntd.ru/document/ 90199470.

19. Постановление Пленума Высшей судебной палаты № 6 от 24 декабря 2010 г. «О рассмотрении уголовных дел в производстве по соглашению о признании вины». Бюллетень Высшей судебной палаты Республики Молдова, 2012, № 1, с. 28-30.

20. Hotărîrea Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova, nr. 13 din 16.12.2013. «Cu privire la aplicarea prevederilor art. 364¹ CPP de către instanțele judecătorești», pct. 31-35. Buletinul Curții Supreme de justiție a Republicii Moldova, 2014, № 1-2, с. 22-26.

21. Информация об анализе судебной статистики за 2004 год. Бюллетень Высшей судебной палаты Республики Молдова. 2005 г. № 3, с. 25-28.

22. Информация о работе судебных инстанций в 2005-2011 г.г. (анализ судебной статистики). Бюллетень Высшей судебной палаты Республики Молдова. 2006 г. № 2, с. 35-37; 2007 г. № 2, с. 31-34; 2008 г. № 3, с. 25-29; 2009 г. № 3, с. 36-38; 2010 г. № 3, с. 35-36; 2012 г. № 3, с. 28-30.

CZU 339.543

MODALITĂȚILE DE EXECUTARE SILITĂ A OBLIGAȚIEI VAMALE

Pavel ȚURCAN

doctor în drept, Universitatea de stat din Moldova, Facultatea de Drept

În prezentul studiu vom descoperi esența și conținutul executării silite a obligației vamale, efectele neconformării voluntare cerințelor imperative ale legii, modalitățile executării silite, totodată însușirile executării silite în cazul persoanelor juridice și a celor fizice.

Un alt obiectiv în cadrul studiului este identificarea cazurilor de imposibilitate a executării creanțelor fiscal/ vamale, perceperea restanțelor din contul altor bunuri ale plătitorilor vamali etc. De asemenea, ne propunem să formulăm anumite concluzii de ordin teoretic și practic, care ar conchide în mod rațional din investigațiile efectuate în lucrare, contribuind poate la îmbogățirea doctrinei în problemele vizate, la perfecționarea legislației în vigoare a Republicii Moldova. În general, obiectivul este de a arăta aspectele juridice cu privire la neexecutarea obligațiilor vamale sau executarea necorespunzătoare, de a analiza procedura juridică de angajare a răspunderii ca urmare a neexecutării obligațiilor vamale.

Termeni-cheie: *executare silită, impunere, organ vamal, taxa vamală, obligație fiscală, prejudiciu, persoană fizică, persoană juridică, import, export, termen de prescripție, neexecutare, impozit, organ fiscal, debitor, regim vamal, politică vamală.*

METHODS OF FORCED EXECUTION OF THE CUSTOMS OBLIGATION

In the present study we will discover the essence and content of the forced execution of the customs obligation, the effects of voluntary non-compliance with the imperative requirements of the law, the modalities of the forced execution, at the same time the properties of the forced execution in the case of legal and natural persons.

Another objective of the study is to identify cases of impossibility to execute tax / customs claims, collection of arrears from other goods of customs payers, etc. We also intend to formulate certain theoretical and practical conclusions, which would rationally conclude from the investigations carried out in the paper, perhaps contributing to the enrichment of the doctrine in the issues concerned, to the improvement of the legislation in force of the Republic of Moldova. In general, the objective of the thesis is to show the legal aspects regarding the non-execution of customs obligations or improper execution, to analyze the legal procedure for incurring liability as a result of non-execution of customs obligations.

Keywords: *enforcement, taxation, customs body, customs duty, tax liability, damage, natural person, legal entity, import, export, limitation period, non-execution, tax, tax authority, debtor, customs regime, customs policy.*

Identificarea problemei de cercetare. Analizând reglementările legislative, dar și referințele doctrinare referitoare la acest subiect de referință, putem spune că procedura executării silite a obligației vamale, constituie un ansamblu de operațiuni procedurale, o succesiune de acte de procedură efectuate într-o anu-

mită ordine prescrisă de lege, de către organul de executare silită, în scopul atingerii finalității urmărite de creditor, dar și de stat: executarea promptă și eficientă a titlurilor executorii, dar și a hotărârilor judecătorești în vederea realizării dreptului recunoscut prin acest titlu executoriu creditorului, achitarea dobânzilor, penalităților



sau a altor sume acordate în temeiul legii prin acest document cu valoare executorie.

În acest sens, se impune cu necesitate reliefaarea acelor modalități prin care se poate atinge realizarea scopului central al acestei instituții și anume, vărsarea în bugetul de stat a sumei tuturor creanțelor restante datorate de către plătitorii vamali.

În acest sens Codul Vamal al Republicii Moldova prin art.130² alin.(1) [1] reglementează următoarele modalități de executare silită, pe care le prezintă simplist, fără a recurge la o anumită categorisire după vreun criteriu prestabilit. Astfel ele sunt:

✓ încasarea mijloacelor bănești de pe conturile bancare ale contribuabilului, cu excepția celor de pe conturile de credit și provizorii;

✓ ridicarea de la plătitorul vamal a mijloacelor bănești în numerar, inclusiv în valută străină;

✓ urmărirea bunurilor plătitorului vamal, cu excepția celor consemnate anterior;

✓ urmărirea datoriilor debitoare ale plătitorului vamal prin modalitățile prevăzute mai sus.

Actualitatea temei cercetate rezidă însăși din desfășurarea activităților organelor vamale, care vizează atingerea unor scopuri primordiale ale politicii vamale pentru țara noastră, care asigură utilizarea eficientă a instrumentelor de control, atât pe teritoriul vamal al statului nostru, cât și în afara lui, prin protejarea pieței interne, stimularea dezvoltării economiei naționale etc.

Este important să menționez că particularitățile, dar și baza conceptuală în tematica abordată, nu poate exista de sine stătător, aceasta este strâns analizată prin prisma reglementărilor naționale din domeniul dreptului fiscal, de aceea în acest sens constat complexitatea activității organelor vamale, care se manifestă, în special, prin funcțiile atribuite acestora ce sunt exercitate

atât în mod independent, cât și în colaborare cu alte organe statale, cum ar fi, în cazul nostru, organul fiscal.

Scopul și sarcinile articolului este de a descoperi esența și conținutul executării silite a obligației vamale, efectele neconformării voluntare cerințelor imperativale ale legii, modalitățile executării silite, totodată despre însușirile executării silite în cazul persoanelor juridice și a celor fizice.

Un alt obiectiv în cadrul studiului este identificarea cazurilor de imposibilitate a executării creanțelor fiscale/ vamale, perceperea restanțelor din contul altor bunuri ale plătitorilor vamali etc. Într-o altă ordine de idei, studiul are drept scop aducerea la cunoștința cititorilor importanța cunoașterii drepturilor și a obligațiilor aplicate la modalitățile de executare silită, a formelor și efectelor neexecutării obligațiilor vamale.

Conținutul de bază al articolului. În ceea ce privește abordarea modalităților de executare silită din partea legiuitorului, observăm o tratare distinctă vizavi de modalitatea încasării sumelor de bani aflate-n conturile bancare ale contribuabilului, față de cazul când trebuie executate silit sume de bani aflate-n numerar în posesia contribuabilului, ori față de cazul când sunt urmărite sume de bani ce sunt datorate de către terți contribuabilului.

Punctăm acest lucru, deoarece analizând tangențial reglementările din legislația românească, vom vedea o structurare distinctă, pe care prima și a treia modalitate legiuitorul român le-a reunit sub denumirea de executare silită prin poprire, care constituie acea formă de executare, prin care creditorul urmărește sumele pe care-o terță persoană le datorează debitorului urmărit, iar cât privește ridicarea mijloacelor bănești în numerar de la contribuabili, legiuitorul român le-a tratat la un loc cu executarea

silită a bunurilor mobile cu regim special, bani, bijuterii, titluri de valoare etc. [12, pag.100]

În acest sens, în cadrul raporturilor juridice vamale, autoeducarea în spiritul autodisciplinării și conformării prescripțiilor legale, ne scutește de acea forță corectoare pe care statul o are la îndemână. În caz contrar, în condițiile neexecutării la timp și în limitele convenite a unei prestații, legislația prevede instituirea executării silite, care o dată declanșată, subjugă plătitorul vamal la realizarea unei conduite.

Astfel conform prevederilor Codului Vamal al Republicii Moldova [1], executarea silită a obligației vamale în privința încasării mijloacelor bănești se efectuează prin modalități precum:

✓ încasarea mijloacelor bănești de pe conturile bancare ale plătitorului vamal, cu excepția celor de pe conturile de credit și provizorii;

✓ ridicarea de la plătitorul vamal a mijloacelor bănești în numerar.

Conform legislației fiscale/vamale în vigoare, se impune cu necesitate să menționăm că, organul vamal este împuternicit cu dreptul de a aplica asupra plătitorului vamal, una sau ambele modalități de percepere a mijloacelor financiare, în situațiile în care suma percepută ca urmare a aplicării unei modalități nu este suficientă pentru stingerea totală a creanței pe care debitorul o are [8].

Trebuie să menționăm că această modalitate de încasare a mijloacelor bănești de pe conturile bancare ale plătitorului vamal, constituie o *primă modalitate* a executării silite prevăzute de legislația vamală și care în raport cu celelalte modalități de executare silită este cea mai uzuală și cea mai rapidă modalitate. În argumentarea acestui fapt vine, nu doar ideia rapidității executării, dar și prin faptul că se poate realiza prin cheltuieli minime, ceea ce implică un beneficiu sporit, în circumstanțele economice



ce deficitare actuale din Republica Moldova.

Privită procedural, operațiunea de încasare a mijloacelor bănești de pe contul plătitorului vamal, debutează prin atribuția organului vamal de a înainta ordine incaso, care au valoare de document executoriu. Organul vamal, întocmind forma acestora și urmând procedura prestabilită prin Regulamentul BNM privind suspendarea operațiunilor, sechestrarea și perceperea, în mod incontestabil a mijloacelor bănești din conturile bancare nr. 375 din 15.12.2005[10, pag.150], dacă le cunoaște, dispune de ele exact din momentul în care obligația vamală a ajuns la scadență sau s-a aflat de existența ei.

Pentru toate categoriile de conturi bancare, inclusiv și pentru cele deschise în valută străină și înscrise în Registrul de Stat, conform Regulamentului enunțat, ordinele incaso se emit în monedă națională. Aceasta presupune faptul că, dacă ordinul incaso este depus la contul contribuabilului în valută străină, executarea acestuia de către instituția financiară se va efectua prin cumpărarea de către instituția financiară competentă a valutei străine contra monedei naționale, la cursul stabilit de aceasta, însoțită de transferul în aceeași zi a valutei naționale în bugetul de stat al Republicii Moldova. [11, pag.280]

Conform reglementărilor imperative, date de art. 197 alin (2) din Codul Fiscal[2], în cazul în care contribuabilul deține în contul său bancar mijloace bănești, instituția financiară este obligată să execute în limita acestor mijloace ordinul incaso emis de către Serviciului Fiscal de Stat în termen de 24 de ore din momentul în care a fost primit.

În practică se poate ivi situația, când în ziua sau anterior recepționării ordinului incaso privind încasarea mijloacelor bănești de pe conturile bancare ale plătitorului vamal, au fost înaintate și alte

documente executorii sau, în aceeași zi, au fost înaintate alte ordine incaso pentru același cont sau conturi bancare, emise, de asemenea, de organe abilitate de lege. Astfel, în sarcină acestuia este pusă încasarea și distribuția mijloacelor bănești în ordinea satisfacerii creanțelor și conform procedurii stabilite de Codul de executare în alin. (3), (4) art. 92[3], care la rândul său va fi informat și despre existența unor alte sechestre și despre organul care le-a aplicat. În acest caz, executorul judecătoresc va propune, în cel mult 3 zile, celorlalți creditori posibilitatea alăturării lor în termen de 10 zile din momentul înștiințării a procedurii de executare[15, pag.168].

Dacă, ca urmare aplicării acestei proceduri, totuși nu este posibilă recuperarea în totalitate a creanței, atunci organul vamal poate proceda concomitent la aplicarea altor modalități de executare silită prevăzute de legislația vamală în vigoare, care ar permite recuperarea creanțelor datorate de către plătitorul vamal bugetului de stat: urmărirea bunurilor plătitorului vamal, ridicarea în numerar a mijloacelor bănești, urmărirea datoriei debitoare etc.

O altă modalitate de recuperare a creanțelor de la contribuabili constituie și **procedura ridicării mijloacelor bănești în numerar de la contribuabil**. Astfel conform art.198 din Codul fiscal al Republicii Moldova, executarea silită a obligației fiscal/ vamale prin ridicarea mijloacelor bănești în numerar este aplicată doar plătitorului vamal – persoană juridică sau persoană fizică, subiect al activității de întreprinzător.

Astfel pentru săvârșirea acțiunilor sus-menționate, funcționarul vamal va verifica locurile și localurile în care plătitorul vamal păstrează numerarul, precum și rețeaua comercială. În prezența acestor circumstanțe, locurile menționate mai sus se vor deschide în prezența a doi martori

asistenți și a colaboratorilor de poliție, după care, până la sosirea acestora, organul vamal va sigila locurile și localurile date. În calitate de reprezentat al contribuabilului, conform art.129 pct.(5) din Codul Fiscal, persoană care acționează în baza unei procuri, eliberate în conformitate cu legislația; avocat investit cu împuterniciri conform legislației; părinte, înfiетor, tutore sau curator în cazul persoanei fizice lipsite de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă; alte persoane care, conform legislației, pot avea calitatea de reprezentant[2].

De aici putem conchide că, fiind vorba despre o derogare, aceste persoane au calitatea de reprezentant al plătitorului vamal doar în cazul acestei modalități de executare silită și doar în raport cu obligațiile acestora de reprezentare a documentelor necesare, în legătură cu asigurarea accesului liber la seiful casei plătitorului vamal, în încăperea izolată a casei, precum și în rețeaua comercială a acestuia.

În cazul în care, ca urmare a efectuării acestei modalități au fost ridicați bani în valută străină, atunci aceștia se predau la cursul stabilit de Banca Națională a Moldovei în ziua predării, iar în ordinul de încasare indicându-se numărul de cont unde se va efectua înregistrarea în lei moldovenești, data și cursul la care valuta a fost achiziționată.

Conform legislației în vigoare, **procedura de urmărire a bunurilor contribuabilului**, se realizează prin următoarele modalități: **sechestrarea, comercializarea și ridicarea**. În cadrul executării silite a obligațiilor fiscale, toate aceste modalități se realizează, prin procedură unică de executare silită. Conform Ordinului IFPS nr.295 din 08.06.2010 privind aprobarea formularelor cu privire la aplicarea măsurilor de asigurare a stingerii obligației fiscale, sechestrarea bunurilor ca măsură obligatorie, poate fi aplicată și separat, nu doar în



cadrul executării silite a obligației fiscale.

Sechestrarea bunurilor este o primă fază a procedurii de urmărire a bunurilor plătitorului vamal, o măsură de siguranță care garantează achitarea creanței integrale. În conformitate cu art.129 alin.16 din Codul Fiscal, prin sechestrarea bunurilor se înțelege: acțiunile întreprinse de organul fiscal/vamal pentru indisponibilizarea bunurilor persoanei. După cum spuneam și anterior, atragerea acestei proceduri în ordinea executării silite a obligației vamale, constituie garant de asigurare a stingerii obligației vamale restante.

Regula de bază pe care se focusează întregul act de sechestrare, constă în ideea că sechestrarea se efectuează doar în prezența contribuabilului sau a reprezentantului acestuia, a persoanei cu funcție de răspundere [2].

Referindu-ne la procedura de desfășurare a sechestrării bunurilor, fundamentată pe hotărârea de executare silită și îndeplinită de către organul vamal, acesta înainte de a îndeplini executarea are câteva obligații raportate la plătitorul vamal pe care trebuie să le îndeplinească[2].

În cadrul acestor rapoarte juridice, plătitorului vamal îi revin câteva obligații la îndeplinirea cărora cu bună-credință, se facilitează mersul procedurii. Datorită regimului lor juridic, nu pot fi urmărite bunurile din domeniul public, care constituie obiectul exclusiv al proprietății publice în conformitate cu lit.c) alin.(2) art10 din Legea nr.121 din 04.05.2007 privind administrarea și deținerea proprietății publice [4]. Circuitul civil al acestor bunuri fiind interzis, ca urmare acestea nu pot fi înstrăinate, nici prin prisma privatizării sau depuse în capitalul social al unei persoane juridice, nu pot constitui obiect al gajului sau alte garanții reale și nici nu pot fi supuse executării silite.

Trebuie să menționăm că sub acțiunea sechestrului nu cad toate bunurile pe care contribuabilul le are în proprietatea sa, ci doar acele bunuri care datorită valorii ansamblului lor vor satisface creanța în toată mărimea ei, vor fi sechestrate bunurile numai în valoarea necesară și suficientă pentru stingerea obligației vamale restante, pentru achitarea impozitelor și taxelor aferente comercializării bunurilor sechestrate al căror termen de plată este stabilit până la sau la data comercializării și pentru recuperarea cheltuielilor de executare silită [13, pag.35].

Mai mult decât atât, bunurile sechestrate se află sub responsabilitatea păstrării la plătitorul vamal, reprezentant al acestuia, persoană cu funcție de răspundere, cărora li s-a adus la cunoștință faptul sechestrării bunurilor, sau persoana căreia i s-au încredințat sub semnătură bunurile sechestrate [14, pag.110].

Despre răspunderea privind asigurarea integrității și înstrăinarea bunurilor sechestrate plătitorul vamal sau reprezentantul acestuia, persoana cu funcție de răspundere, sunt preîntâmpinate, contrasemnătură în actul de sechestr al bunurilor, de răspunderea penală conform legislației Republicii Moldova.

Considerăm important să menționăm că, în conformitate cu art.211 din Codul Fiscal, executarea silită poate fi aplicată pe lângă celelalte bunuri menționate anterior și asupra producției agricole necoltate încă sau asupra producției agricole viitoare, exceptate de la această regulă fiind produsele agricole perisabile, lista cărora este stabilită prin Hotărârea Guvernului nr.1538 din 27.11.2002 [5].

În cazul stingerii parțiale a obligației vamale, sechestrul de pe bunuri se ridică proporțional părții obligației vamale stinse, rămânând aflată sub sechestrul partea de bunuri în valoarea obligației vamale restante.

Mai sus am făcut referință ne-

mijlocită la prima etapă în ceea ce privește procedura de urmărire a bunurilor contribuabilului, însă cu toate acestea suntem în prezența unei părți lipsă și un nonsens, deoarece sechestrarea bunurilor nu poate exista și nu poate atinge scopul de restituire a datoriilor debitorului, fără cea de a doua parte a procedurii care este **comercializarea bunurilor sechestrate**. Este o procedură aparte la care organul vamal trebuie să purcedă în cazul în care debitorul nu și-a stins obligația vamală sau dacă acțiunile organului vamal de sechestrare a bunurilor nu au fost atacate în decursul a 30 zile lucrătoare din data sechestrării.

Comercializarea bunurilor sechestrate se efectuează conform evaluării acestora, la licitații care sunt sub egida organului fiscal/vamal, conform alin.(2) și (3) art.203 Codul Fiscal al Republicii Moldova [2].

Deși cum spuneam și anterior regula generală menționează că evaluarea și comercializarea bunurilor sechestrate se efectuează de către organul vamal, există o derogare în acest sens, ce vizează efectuarea operațiunilor de sechestrare, evaluare și ulterior comercializare în competența altor autorități decât celei stipulate mai sus, pentru anumite categorii de bunuri.

În acest sens, menționăm că abaterea de la modalitatea de evaluare a bunurilor sechestrate, în dependență de apartenența lor, acțiuni efectuate de către o comisie neautorizată și neîmpuțernită de a efectua acțiunile stipulate mai sus, atrage după sine declararea nulității atât a actelor de evaluare, cât și a licitației ulterioare.

În ceea ce privește **ridicarea bunurilor**, ca o componentă a procedurii de urmărire a bunurilor plătitorilor vamali, aceasta se declanșează prin prisma și în baza actului de ridicare a bunurilor sechestrate, întocmit în trei exemplare și transmis contrasemnătură,



plătitorului vamal sau reprezentantului acestuia- exemplarul 3, cumpărătorului –exemplarul 2, iar primul exemplar va rămâne la organul vamal care a ridicat bunurile. Ridicarea bunurilor sechestrate are loc în prezența plătitorului vamal, a persoanei cu funcție de răspundere, dar și a cumpărătorului. În timpul ridicării bunurilor sechestrate sau în cel mult 24 ore după semnarea actului de ridicare, plătitorul vamal, persoana cu funcție de răspundere sunt obligați să remită organului vamal sau nemijlocit cumpărătorului toate documentele referitoare la bunurile ridicate, dar nu au fost ridicate de organul vamal odată cu sechestrarea lor.

În temeiul actului de ridicare a bunurilor sechestrate, plătitorul vamal efectuează înregistrările contabile în legătură cu comercializarea lor.

Se opinează că tranzacțiile în urma cărora bunurile sechestrate au fost înstrăinate fără acordul scris al organului vamal pot fi declarate nule de către instanța de judecată din momentul încheierii lor [16, pag.181].

În acest sens în proiectul noului Cod Vamal al Republicii Moldova, capitolul V, este consacrat în întregime executării silite a „datoriei vamale”, o noutate, ținând cont de actualele reglementări, în care se stipulează despre executarea silită a „obligației vamale”, de asemenea, aici regăsim o mai amplă detaliere a acestor modalități a executării silite, a condițiilor de desfășurare, ceea ce este bine. [9]

Trebuie să menționăm că **urmărirea datoriei debitoare** de la persoanele care au sediu în Republica Moldova se face în conformitate cu lista debitorilor sau în baza altor informații pe care organul vamal le posedă. În conformitate cu tratatele internaționale la care Republica Moldova este parte, este posibilă urmărirea datoriilor debitoare de la persoane străine, precum și de la debitorii autohtoni în beneficiul

debitorilor străini, practic un liber circuit, în care statul liber își poate revendica dreptul său în urmărirea unor creanțe datorate de debitor.

Acest mecanism de urmărire a datoriei debitoare este aplicabil și în situația când însuși debitorul are restanțe.

Pentru realizarea acestei proceduri de urmărire, plătitorul vamal are obligația de a prezenta organului vamal lista debitorilor pe care acesta trebuie neapărat s-o semneze el sau reprezentantul său.

În procesul executării silite a obligației vamale, organul vamal conform art. 130¹² Cod Vamal[1] poate constata prezența unor împrejurări, circumstanțe care ar face **imposibilă executarea silită a obligației vamale** pentru plătitorul vamal cum ar fi:

a. Persoana lichidată nu are succesori și nu posedă bunuri pasibile urmăririi;

b. Persoana se află-n proces de lichidare sau în procedură de insolvență;

c. Există un act judecătoresc care suspendă executarea deciziei organului vamal asupra cazului de executare silită – pe perioada valabilității actului de suspendare;

d. Existența actului dat al instanței de judecată sau al executorului judecătoresc potrivit căruia perceperea restanței este imposibilă;

e. Persoana fizică a decedat și nu există alte persoane obligate prin lege să-i stingă obligația vamală[1].

La constatarea acestor cazuri, suma restantă a obligației vamale, a cărei executare silită este imposibilă, este luată la o evidență specială[12, pag.100].

În prezența documentelor confirmative ce țin de cazurile de imposibilitate a executării silite a obligației vamale, conducerea organului vamal care administrează obligația vamală în cauză, emite decizia cu privire la stingerea prin scădere a obligației vamale, inclu-

siv a cărei executare silită este imposibilă și luarea ei la o evidență specială, în modul descris mai sus.

În concluzie, putem menționa că practica denotă relevanța instrumentelor de gestiune silită a obligației fiscale/ vamale, efectuată în scopul garantării conformității și eficacității procesului de executare silită a obligației fiscale și vamale. Astfel, conform analizei auditului, aplicarea de către organul vamal a celor 4 măsuri de executare silită, prevăzute conform legislației Republicii Moldova, se rezumă în cea mai mare parte la încasările de pe conturile bancare ale plătitorilor vamali restanței și constituie o mare parte din totalul sumelor încasate silit.

Bibliografie

1. Codul Vamal al Republicii Moldova nr.1149 din 20.07.2000. Monitorul Oficial al Republicii Moldova. Ed.specială din 01.01.2007
2. Codul Fiscal al Republicii Moldova nr.1163 din 24.04.1997. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.62 din 25.03.2005
3. Codul de executare al Republicii Moldova nr. 443 din 24.12.2004. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 214-220 din 05.11.2010
4. Legea nr.121 din 04.05.2007 privind administrarea deetatizarea proprietății publice. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 90-93 din 29.06.2007
5. Hotărârea Guvernului Republicii Moldova nr.1538 din 27.11.2002 cu privire la aprobarea componenței nominale a Comisiei republicane permanente pentru organizarea expertizei, evaluării și comercializării bunurilor sechestrate și a Listei produselor agricole perisabile care nu sunt sechestrabile. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.162-165 din 06.12.2002
6. Hotărârea Guvernului Republicii Moldova nr.332 din 02.04.2004, pentru aprobarea Regulilor de expunere spre vânzare la Bursa Universală de Mărfuri a Moldovei.Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 56-60 din 09.04.2004



7. Regulamentul privind evidența specială a obligației fiscale, aprobat Inspectoratul fiscal principal de stat nr. 4/2 din 01.04.2003. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 126-131 din 27.06.2003

8. Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova ” Cu privire la practica judiciară de aplicare a unor prevederi ale legislației fiscale” Nr.13 din 27.03.1997.

9. Proiectul de lege privind noul Cod Vamal al Republicii Moldova. Accesibil: <http://particip.gov.md/projectview.php?l=ro&idd=4679>.

10. Armeanic A., Drept Fiscal: Suport Didactic. Chișinău: Editura ASEM, 2013, 198 p.

11. Duca E., Codul de Procedura Fiscală- comentat și adnotat. București: Editura Universul Juridic, 2010, 548 p.

12. Mihalache I., Drept privat roman. Chișinău: Editura Litera. 2012, 271 p.

13. Niculeasa M., Creanțele și obligațiile fiscale. București: Editura C.H.Beck, 2009, 264 p.

14. Plămădeală C., Fiscalitate. Chișinău: Editura Cartier, 2006, 210 p.

15. Șaguna D.D., Drept Financiar și Fiscal, Ediția a 4-a. București: Editura ALL Beck, 2011, 396 p.

16. Vlaicu V. ș.a., Drept fiscal. Chișinău: CEP USM, 2004, 300 p.

CZU:343.272:342.4

CONFISCAREA AVERII DOBÂNDITE ILICIT: CONTEXT NAȚIONAL ȘI INTERNAȚIONAL

Olga PĂDURARU

doctorandă, Universitatea de Stat ”Dimitrie Cantemir”

Articolul abordează problema confiscării prin prisma prezumției caracterului licit al averii dobândite, stipulate în alin. (3) art. 46 din Constituția Republicii Moldova, după cum a fost interpretată de Curtea Constituțională. Regimul național al confiscării averii dobândite ilicit este analizat în lumina instrumentelor internaționale. În articol se face referire la cauze din jurisprudența CtEDO privind sarcina probațiunii caracterului (i)licit al dobândirii bunurilor. În concluzii, autorul opinează cu privire la caracterul relativ al prezumției Constituționale privind caracterul licit al averii dobândite care nu-l eliberează pe proprietarul vizat de obligația de a proba caracterul licit al dobândirii bunurilor sale pentru a evita confiscarea.

Cuvinte-cheie: *prezumții legale, confiscarea averii dobândite ilicit, instrumente internaționale, jurisprudența CtEDO, caracterul relativ al garanțiilor Constituționale, sarcina probațiunii caracterului (i)licit al dobândirii bunurilor.*

THE CONFISCATION OF ILLICITLY ACQUIRED PROPERTY: NATIONAL AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES.

Olga PĂDURARU

PhD student, Dimitrie Cantemir State University

The paper discusses the problem of confiscation based on the presumption of illicitly acquired property stipulated in the par. (3) art. 46 of the Constitution of the Republic of Moldova, as it was interpreted by the Constitutional Court. The national regime of confiscation of illicitly acquired property is analyzed in light of the international instruments. The article makes references to case law from the jurisprudence of ECHR regarding the burden of proof of (i)llicitly acquired assets. In conclusions, the author argues about the relative nature of the Constitutional presumption licitly acquired property which does not release the owner from the obligation to prove the licitly acquired property in order to avoid confiscation.

Keywords: *legal presumptions, confiscation of illicitly acquired property, international instruments, ECHR case law, relative nature of Constitutional guarantees, burden of proof of (i)llicitly acquired assets.*

Introducere. Principală obiecție adusă reglementării confiscării este faptul că prin aceasta se aduce atingere prezumției art. 46 alin. (3) din Constituție. Aplicarea prezumțiilor legale are o istorie lungă, cu toate acestea, de-a lungul existenței lor, natura juridică a prezumțiilor a provocat multe controverse. Apariția prezumției poate fi asociată cu originea legii în general. Este suficient să spunem că o parte semnificativă a prezumțiilor utilizate în dreptul modern a fost cunoscută de dreptul roman, iar unele dintre ele au fost aplicate

chiar și în perioada legii nescrise. În același timp, în comparație cu rolul lor practic, trebuie să recunoaștem că, până în prezent, prezumțiile legale nu pot fi identificate în mod clar în sistemul de coordonate teoretice, există încă incertitudini în abordările de definire a conceptului propriu-zis de prezumție legală, tipurile de prezumții de drept și locul lor în sistemul mijloacelor legale și tehnice, potențialul acestui set de instrumente legale este insuficient înțeles.

Scopul studiului. Normele constituționale și cele din cadrul



legal infraconstituțional instituie garanții ale dreptului de proprietate împotriva confiscării ilegale și abuzive de bunurile dobândite licit. Cât privește limitele acestor garanții, ne vom referi la caracterul și efectele prezumției dobândirii licite a averii, interpretările date de Curtea Constituțională, iar regimul național al confiscării averii dobândite ilicit este analizat în lumina instrumentelor internaționale.

Metode și materiale aplicate.

La analiza și interpretarea postulatelor teoretice și a materialului faptic am apelat la diverse metode de cercetare: metoda documentării, metoda analizei de conținut, metoda juridică comparată ș.a. Baza teoretico-juridică a articolului științific cuprinde reglementările normative, naționale și internaționale, referitoare la problema confiscării și prezumției caracterului licit al averii dobândite.

Rezultate obținute și discuții.

Prezumțiile legale - elemente ale legislației civile și penale

Noțiunea de „prezumție” este frecvent utilizată în legislația materială și cea procesuală, atât penală, cât și civilă. Deoarece nu am identificat o explicație normativă a acestui termen, considerăm utile explicațiile din concluziile avocatului general Michal Bobek în cauza c-621/15 examinată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene [1]:

„28. Semnificația exactă a noțiunii „*présomption*” (în limba franceză în original), ...este esențială pentru această cauză... A reieșit că noțiuni care la prima vedere se pronunță (sau cel puțin se traduc) în mod identic sunt înțelese și, în fapt, funcționează destul de diferit în diverse sisteme juridice naționale...

29. Astfel, în dreptul francez, înțelegem că noțiunea „*présomption*” poate fi definită ca o metodă de raționament juridic prin care un fapt care nu este dovedit este dedus dintr-un alt fapt care a fost dovedit. O prezumție este considerată

„*de fapt*” atunci când, într-un caz particular, judecătorul este liber să adopte un astfel de raționament prin deducție. O prezumție este denumită „legală”, adică general aplicabilă, atunci când legiuitorul deduce un fapt care nu este dovedit dintr-un alt fapt care a fost dovedit. O prezumție legală este „simplă” atunci când poate fi răsturnată prin proba contrară. În cazul în care nu poate fi răsturnată, aceasta este considerată „irefragabilă” sau „absolută”...

30. O abordare oarecum diferită, deși similară, există și în dreptul german.... În schimb, următorul pasaj privind utilizarea acestei noțiuni în dreptul englez indică limitele clare ale transliterării termenului francez „*présomption*” în termenul englez „*presumption*”: „[i]n anumite situații, instanța poate trage concluzii din elementele de fapt dovedite de către o parte. [...] [A]cestea nu reprezintă decât exemple recurente de dovezi circumstanțiale. Prin urmare, este greșită concepția de a le considera prezumții în sens strict, din moment ce acestea nu transferă în niciun moment sarcina probei persoanei împotriva căreia este prezentată dovada [...] [A]cestea sunt adesea menționate în mod eronat drept «prezumții»” (19).

...34. ...vom face aici distincție între prezumțiile „legale” și cele „de fapt”. Vom utiliza noțiunea „prezumție legală” pentru a ne referi la prezumția pe care un judecător este obligat în mod legal să o respecte.... În schimb, vom utiliza aici noțiunea „prezumție de fapt” pentru a ne referi la situația în care, în exemplul nostru, judecătorul are posibilitatea să deducă faptul B din faptul A, însă doar în cadrul libertății sale de apreciere a probelor.

35. O a doua distincție importantă în cadrul acestei analize este cea dintre prezumțiile refragabile și cele irefragabile. Revenind la exemplul de mai sus, considerăm

că o prezumție este irefragabilă atunci când nu este posibil ca cealaltă parte să o răstoarne, indiferent care sunt dovezile pe care cealaltă parte le prezintă instanței. În schimb, o prezumție este refragabilă în cazul în care cealaltă parte poate prezenta dovezi suplimentare care determină judecătorul să concluzioneze, în cadrul aprecierii globale, că prezumția nu poate fi susținută.”

Astfel, prezumțiile legale sunt elemente ale legislației civile și penale, legate indispensabil de probațiune în procesul civil și procesul penal. În dependență de caracterul prezumției, sarcina probațiunii favorizează una dintre părțile implicate în litigiul sau cazul dedus judecății - pro partea reclamantă sau pro partea pârâtă [2]. În teorie, prezumțiile legale se împart în prezumții absolute, irefragabile - acelea împotriva cărora, de regulă, nu este admisă dovada contrară, și prezumții simple, relative, refragabile - care pot fi combătute, răsturnate, prin dovada contrară, fiind în principiu admisibil orice mijloc de probă [3].

Prezumția caracterului licit al averii dobândite în legislația națională

Art. 46 din Constituție, alin. (3), instituie prezumția caracterului licit al averii dobândite: *averea dobândită licit nu poate fi confiscată, caracterul licit al dobândirii se prezumă*. Această garanție este reglementată și în cadrul legal infraconstituțional:

- art. 501 alin. (5) Cod civil prevede: *nu pot fi confiscate bunurile dobândite licit, cu excepția celor destinate sau folosite pentru săvârșirea de contravenții sau infracțiuni; caracterul licit al dobândirii bunurilor se prezumă;*

- potrivit art. 536 alin. (2) Cod civil confiscarea constituie temei pentru pierderea dreptului de proprietate prin cedare forțată, conform legii; art. 542 Cod civil reglementează confiscarea bunurilor



care 1) se permite printr-o hotărâre judecătorească în cazurile și în condițiile prevăzute de lege sau 2) poate avea loc printr-un act administrativ cu privire la confiscare, care poate fi atacat în judecată;

- art. 98 Cod penal indică confiscarea ca măsură de siguranță cu scopul de a înlătura un pericol și preîntâmpina săvârșirea faptelor prevăzute de legea penală;

- art. 106 Cod penal reglementează confiscarea specială care constă în trecerea, forțată și gratuită, în proprietatea statului a bunurilor: a) utilizate sau destinate pentru săvârșirea unei infracțiuni; b) rezultate din infracțiuni sau din valorificarea acestor bunuri; c) date pentru a determina săvârșirea unei infracțiuni sau pentru a-l răsplăti pe infractor; e) deținute contrar dispozițiilor legale; f) convertite sau transformate, parțial sau integral, din bunurile rezultate din infracțiuni și din veniturile de la aceste bunuri; g) care constituie obiectul infracțiunilor de spălare a banilor sau de finanțare a terorismului;

- art.106 Cod penal reglementează, confiscarea extinsă în cazul în care persoana este condamnată pentru comiterea unor infracțiuni și dacă fapta a fost comisă din interes material. Se confiscă, de asemenea, bunurile și banii obținuți din exploatarea sau folosirea bunurilor supuse confiscării, inclusiv bunurile în care au fost transformate sau convertite bunurile provenite din activitățile infracționale, precum și veniturile sau foloasele obținute din aceste bunuri;

- art. 330 Cod penal reglementează îmbogățirea ilicită –deținerea de către o persoană cu funcție de răspundere sau de către o persoană publică, personal sau prin intermediul unor terți, a bunurilor în cazul în care valoarea acestora depășește substanțial mijloacele dobândite și s-a constatat, în baza probelor, că acestea nu aveau cum să fie obținute licit. În cazul acestei

infracțiuni se aplică și confiscarea extinsă;

- art. 439 Cod contravențional reglementează confiscarea specială a bunurilor: a) utilizate sau destinate pentru săvârșirea unei contravenții; b) rezultate din săvârșirea contravenției, precum și orice venituri generate de aceste bunuri; c) date pentru a determina săvârșirea unei contravenții sau pentru a-l răsplăti pe contravenient; d) deținute contrar regimului stabilit de legislație și depistate pe parcursul desfășurării procesului contravențional; e) convertite sau transformate din bunurile rezultate din contravenții sau din veniturile generate de aceste bunuri.

Astfel, normele constituționale și cele din cadrul legal infraconstituțional instituie garanții ale dreptului de proprietate împotriva confiscării ilegale și abuzive de bunurile dobândite licit. Cât privește limitele acestor garanții, ne vom referi la caracterul și efectele prezumției dobândirii licite a averii în lumina interpretărilor date de Curtea Constituțională în Avizul Nr.ACC1/2006 din 25.04.2006 la proiectul de lege constituțională pentru excluderea textului „Caracterul licit al dobândirii se prezumă” din alin. (3) al art. 46 din Constituție. Curtea a avizat pozitiv proiectul, statuând că acesta nu aduce atingere drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor sau garanțiilor acestora:

”Curtea elimină orice suspiciuni cu privire la încălcarea dreptului de proprietate, proclamat și garantat de alineatul (1) și consolidat de alineatele care-l succedă ale art. 46 din Constituție, precum și de art. 126 - 128 din Constituție, și a principiului prezumției nevinovăției, consfințit de art. 21 din Constituție, deoarece **confiscarea se poate dispune doar prin hotărâre judecătorească, în condițiile legii și doar după dovedirea caracterului ilicit al bunurilor titularului**

inculpat al acestora.... Or, **imposibilitatea probării caracterului licit al averii prezumă caracterul ilicit al dobândirii acesteia....** Implementarea acestei proceduri derivă și din necesitatea statului de a combate criminalitatea transnațională organizată.

Prin Legea nr. 15-XV din 17 februarie 2005 Republica Moldova a aderat la Convenția Organizației Națiunilor Unite împotriva criminalității transnaționale organizate, adoptată la 15 decembrie 2000. Astfel, conform acestei Convenții, **”statele părți pot avea în vedere să ceară ca autorul unei infracțiuni să stabilească originea licită a produsului prezumat al infracțiunii...”** Art.8 din Constituție consfințește angajamentul Republicii Moldova de a respecta Carta Organizației Națiunilor Unite și tratatele la care este parte...”

Norma constituțională care instituie prezumpția caracterului licit al averii dobândite a fost interpretată și explicată într-un șir de hotărâri ale Curții Constituționale - nr. 12 din 17 martie 1997 [4], nr. 21 din 20 octombrie 2011 [5], nr.4 din 22 aprilie 2013 [6], nr. 6 din 16.04,2015 [7], în care Curtea s-a referit la prezumpția dobândirii licite a averii:

- în sensul alin.(3) al art. 46 din Constituție, principiul constituțional al prezumției dobândirii licite a averii instituie o protecție generală ce se aplică tuturor persoanelor, inclusiv, în egală măsură și în același volum, funcționarilor publici și altor persoane salarizate de la bugetul de stat;

- prezumpția instituită prin alineatul (3) al art. 46 din Constituție nu împiedică cercetarea caracterului ilicit al dobândirii averii, sarcina probei revenind însă celui care invocă acest caracter. În măsura în care partea interesată dovedește dobândirea unor bunuri de o persoană în mod ilicit, asupra acelor bunuri dobândite ilegal se poate dispune confiscarea, în condițiile legii;



• legiuitorul este liber să instituie confiscarea în toate cazurile de dobândire ilicită de bunuri;

• prezumția dobândirii licite a bunurilor este o aplicație a principiului prezumției nevinovăției, consacrat în Constituția și în actele infraconstituționale, precum și în instrumentele internaționale în materia drepturilor omului.

Sarcina probațiunii caracterului (i)licit al dobândirii bunurilor - politici Europene și internaționale

Politicile Europene în domeniul corupției și altor infracțiuni grave sunt axate pe anumite limite și excepții privind sarcina probațiunii caracterului (i)licit al bunurilor dobândite. În special, Directiva 2014/42UE a Parlamentului European și a Consiliului din 3 aprilie 2014 [8] *privind înghețarea și confiscarea instrumentelor și produselor infracțiunilor săvârșite în Uniunea Europeană*, cu referire la probatoriul în cazul confiscării extinse, indică: *”este suficient ca instanța să evalueze pe baza probabilităților sau să poată prezuma în mod rezonabil că este semnificativ, mai probabil, ca bunurile în chestiune să fi fost obținute în urma unor activități infracționale decât din alte activități. În acest context, instanța trebuie să analizeze circumstanțele specifice ale cauzei, inclusiv faptele și probele disponibile, pe baza cărora ar putea fi luată o hotărâre privind confiscarea extinsă. Faptul, că valoarea bunurilor unei persoane este disproporționată față de venitul legal al acesteia, s-ar putea înscrie între acele fapte care conduc instanța la concluzia că bunurile provin din activități infracționale. Statele membre ar putea, de asemenea, să stabilească o cerință pentru o anumită perioadă de timp în care bunurile ar putea fi considerate a fi provenit din activități infracționale.”*

La 12 mai 2015 Curtea Europeană a Drepturilor Omului (CtE-

DO) a pronunțat hotărârea în cauza *Gogitidze și alții c. Georgiei* [9], în care reclamantii au revendicat încălcarea drepturilor garantate de prevederile art. 1 din Protocolul 1 din Convenție (protecția proprietății) drept urmare a confiscării abuzive a bunurilor dobândite (care au aparținut unui înalt demnitar de stat), impusă de instanța de judecată în urma “Revoluției Trandafirilor” din Georgia. Procedurile de confiscare au fost inițiate în 2004 de către procuror care suspecta că salariile primite de Sergo Gogitidze în funcția sa de ministru adjunct de Interne și președinte al Oficiului de Audit în sumă de 7667 euro pentru întreaga perioadă de serviciu public nu ar fi putut fi suficientă pentru procurarea proprietății sale, evaluate la 450 000 de euro, dobândite în timpul mandatului său de către el însuși, fiii și fratele său.

Curtea a constatat în unanimitate neviolarea Convenției CEDO prin confiscarea extinsă a proprietății și a bunurilor asupra cărora planează **suspiciuni de o îmbogățire ilicită**, suspiciuni care nu au fost combătute de reclamantii. Fiind aplicată în scopul combaterii corupției, confiscarea este legală și nu constituie o ingerință excesivă în dreptul de proprietate, iar **obligarea reclamantului de a-și dovedi legalitatea obținerii veniturilor și a proprietății excesive nu afectează prezumția nevinovăției**. CtEDO a constatat că decizia instanței naționale a respectat un echilibru corect între mijloacele utilizate pentru confiscarea activelor reclamantilor și interesul general în combaterea corupției în serviciul public, reclamantii au avut posibilitatea rezonabilă de a-și prezenta cazul în fața instanțelor naționale, iar constatările instanțelor judecătorești naționale nu au fost arbitrare. Curtea a subliniat că aplicarea acestor măsuri a fost în conformitate cu interesul general, deoarece bunurile confiscate constituie o îmbogățire fără justă cauză a reclamantilor

în detrimentul comunității, statele contractante având dreptul la o marjă largă de apreciere atunci când aleg cum să-și instituie procedurile de investigație a infracțiunilor. Decizia de confiscare a fost adoptată doar după o examinare atentă a dovezilor și a situației financiare a reclamantilor, instanțele naționale ajungând la concluzia că există o discrepanță considerabilă între venitul și averea reclamantilor. Astfel, reclamantilor nu li s-a refuzat dreptul la un proces echitabil, fiind păstrat un just echilibru între mijloacele utilizate pentru confiscarea activelor reclamantilor și interesul general al societății în combaterea corupției în serviciul public. Nu există nimic arbitrar în faptul că reclamantii trebuiau **să-și dovedească proveniența legală a bunurilor** lor prin aceasta respingând suspiciunile întemeiate ale procurorului [10].

La 01 octombrie 2019 CtEDO a pronunțat decizia de inadmisibilitate în cauza *Mărgărit și alții v. România* [11], fiind invocată hotărârea Curții în cauza *Telbiș și Viziteu împotriva României (cererea nr. 47911/15, Hotărâre din 26 iunie 2018, Definitivă 26/09/2018)* [12], în care Curtea a respins cererile inclusiv prin prisma omisiunii reclamantilor de a proba caracterul licit al bunurilor supuse confiscării extinse:

”2. Motivarea Curții

a) Principii generale

68. ...Într-adevăr, în cazul în care o decizie de confiscare a fost rezultatul procedurii legate de produse provenind din infracțiuni grave, Curtea nu a solicitat probarea „dincolo de orice îndoială rezonabilă” a originii ilicite a bunurilor.... În schimb, **probarea pe baza balanței probabilităților sau a probabilității ridicate a unei origini ilicite, coroborată cu incapacitatea proprietarului de a proba contrariul, s-a constatat a fi suficientă în sensul criteriului proporționalității, în temeiul art. 1**



din Protocolul nr. 1. Autorităților interne li s-a acordat marjă de apreciere discreționară, în temeiul Convenției, pentru a aplica măsuri de confiscare nu numai persoanelor direct acuzate de infracțiuni, ci și membrilor familiilor acestora și altor rude apropiate care au fost prezumate a deține și administra bunuri „obținute ilicit” în mod neoficial în numele persoanelor suspectate de săvârșirea infracțiunilor, sau care nu au obținut statutul bona fide necesar

... 74... Prin urmare, este evident că motivul din spatele confiscării bunurilor dobândite în mod ilegal și averile nejustificate deținute de persoane acuzate de comiterea unor infracțiuni grave, în timp ce se aflau în funcții publice, precum și de membrii familiilor lor și rudele lor apropiate a fost unul dublu, având atât un scop compensatoriu, cât și unul preventiv (a se vedea Gogitidze și alții, citată anterior, punctul 101). Prin urmare, Curtea constată că măsura confiscării în cauza de față a fost efectuată în conformitate cu interesul general de a asigura că utilizarea bunurilor în cauză nu oferă un avantaj reclamantelor în detrimentul comunității, pentru a combate corupția în funcțiile publice (a se vedea, mutatis mutandis, Phillips, citată anterior, pct. 52).

...76. În ceea ce privește confiscarea în lipsa unei condamnări penale, Curtea a observat deja în jurisprudența sa că despre normele juridice comune la nivel european și chiar la nivel universal se poate spune că încurajează confiscarea bunurilor legate de infracțiuni grave precum corupția, spălarea banilor și infracțiuni de trafic de droguri fără a fi necesară existența, în prealabil, a unei condamnări penale. În al doilea rând, sarcina de a proba originea licită a bunurilor prezumate a fi fost dobândite ilicit poate, în mod legitim, să fie transferată părților

adverse în astfel de proceduri de confiscare fără caracter penal, inclusiv în proceduri civile in rem. În al treilea rând, măsurile de confiscare pot fi aplicate nu numai asupra produselor provenite direct din săvârșirea de infracțiuni, ci asupra bunurilor, inclusiv asupra oricăror venituri și alte avantaje indirecte, obținute prin convertirea sau transformarea produselor provenite direct din săvârșirea de infracțiuni sau amestecarea acestora cu alte bunuri, posibil legale. În cele din urmă, **măsurile de confiscare pot fi aplicate nu doar persoanelor direct suspectate de săvârșirea de infracțiuni, ci și oricăror părți terțe care dețin drepturi de proprietate fără necesara bona fide, cu scopul de a masca rolul lor ilegal în acumularea averilor ilicite în cauză** (a se vedea Gogitidze și alții, citată anterior, pct. 105, și supra, pct. 38-43 și 68).

77. În cauza de față era, de asemenea, rezonabil să se aștepte ca prima și a doua reclamantă... să se achite de sarcina probei respingând suspiciunile fundamentate ale procurorului cu privire la originea ilicită a bunurilor lor.

79. ...Măsura confiscării a fost aplicată de instanțele naționale pe baza unei probabilități ridicate ca bunurile în cauză să fi avut o origine ilicită (a se vedea supra, pct. 30), coroborată cu incapacitatea reclamantelor de a proba contrariul (a se vedea supra, pct. 31).

81. Curtea concluzionează că ingerința în dreptul primei și al celei de-a doua reclamante la respectarea bunurilor lor nu a fost disproporționată în raport cu scopul legitim urmărit ...

82. Prin urmare, nu a fost încălcat art. 1 din Protocolul nr. 1 la Convenție.”

În cauza *Telbiș și Viziteu împotriva României* se face referire la documente internaționale relevante care sunt în vigoare și pentru Republica Moldova, în care sunt prevăzute anumite derogări ce țin de sar-

cina probațiunii în cauzele privind confiscarea extinsă:

Organizația Națiunilor Unite: Convenția Organizației Națiunilor Unite împotriva corupției (ratificată de România și Republica Moldova), Art. 31. Blocare, sechestru și confiscare:

„...4. Dacă produsul infracțiunii a fost transformat ori convertit, în parte sau în totalitate, în alte bunuri, acestea din urmă pot face obiectul măsurilor prevăzute în prezentul articol în locul și în schimbul acestui produs. 5. Dacă produsul infracțiunii a fost amestecat cu bunuri achiziționate în mod legal, aceste bunuri, fără prejudicierea competențelor de blocare sau de sechestru, pot fi confiscate până la concurența valorii estimate a produsului cu care a fost amestecat. ...8. Statele părți pot avea în vedere să solicite ca autorul unei infracțiuni să stabilească originea licită a produsului prezumat al infracțiunii sau a altor bunuri care pot face obiectul unei confiscări, în măsura în care această exigență este conformă principiilor fundamentale ale dreptului lor intern și naturii procedurilor judiciare și altor proceduri.”

Consiliul European: Convenția privind spălarea banilor, depistarea, sechestrarea și confiscarea veniturilor provenite din activitatea infracțională din 8 decembrie 1990, în vigoare pentru Republica Moldova din 1 septembrie 2002 instituie obligația statelor de a adopta măsuri legislative și de altă natură, considerate necesare pentru a permite confiscarea instrumentelor și a veniturilor provenite din activitatea infracțională sau a bunurilor, valoarea cărora corespunde acestor venituri.

Convenția Consiliului European privind spălarea banilor, depistarea, sechestrarea și confiscarea veniturilor provenite din activitatea infracțională și finanțarea terorismului 16 mai 2005, în vigoare pentru Republica Moldova



din 01.09.2008, Art. 3 – Măsurile de confiscare:

„4. Fiecare parte adoptă acele măsuri legislative și alte măsuri care se dovedesc necesare pentru ca, în cazul unei infracțiuni grave sau al infracțiunilor astfel cum sunt prevăzute în legislația națională, să oblige făptuitorul să dovedească originea produselor sau a bunurilor susceptibile de confiscare, în măsura în care această obligație este conformă cu principiile legislației interne.” În Raportul explicativ al acestei Convenții se menționează: „71. Alin. 4 al art. 3 prevede că părțile trebuie să ofere posibilitatea de a răsturna sarcina probei în ceea ce privește originea licită a unor produse sau alte bunuri susceptibile de confiscare în cazul unor infracțiuni grave.”

Concluzii

Prezumția caracterului licit al averii dobândite prevăzută la alin. (3) art. 46 din Constituție nu este absolută în sensul lipsei oricăror obligații ale proprietarului vizat de a proba caracterul licit al dobândirii bunurilor sale în cazul în care instituțiile statului investighează fapte penale care permit de a dispune confiscarea. Reieșind din interpretările date de Curtea Constituțională, reglementările internaționale aplicabile și jurisprudența CtEDO, susținem opinia că prezumția dobândirii licite a averii, constituie o prezumție relativă, un mijloc de probă, determinată prin normă constituțională, care poate fi totuși combătută prin dovada contrarie. În același context observăm că astfel de prezumții lipsesc în actele constituționale ale multor state Europene.

Referințe

1. Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Cauza c-621/15. *Concluziile avocatului general Michal Bobek*, 7 martie 2017: http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=RO&text=&pageIndex=0&part

=1&mode=lst&docid=188628&occ=first&dir=&cid=519305

2. Bernardo, Antonio E. and Talley, Eric L. and Welch, Ivo. *A Theory of Legal Presumptions* (June 1999). Journal of Law, Economics, and Organization, Vol. 16, No. 1, Spring 2000. Disponibil la: <https://ssrn.com/abstract=202354>.

3. Safta M. *Prezumția dobândirii licite a averii și confiscarea averilor ilicit dobândite în jurisprudența Curții Constituționale a României. Cadrul constituțional de referință pentru reglementarea confiscării extinse*. In: Juridical Tribune, Volume 2, Issue 1, June 2012, pp.107-127. Disponibil la: <http://www.tribunajuridica.eu/arhiva/An2v1/nr1/art4.pdf>

4. Hotărâre nr. 12 din 17 martie 1997 cu privire la controlul constituționalității Hotărârii Guvernului nr. 646 din 18 septembrie 1995 cu privire la aprobarea Regulamentului provizoriu privind confiscarea, utilizarea sau nimicirea producției și materiei prime alimentare ce prezintă pericol pentru sănătatea populației și mediul ambiant: Monitorul Oficial Nr. 21 din 03.04.1997 art. 09;

5. Hotărâre nr. 21 din 20 octombrie 2011 in 20 octombrie 2011 privind interpretarea articolului 46 alin. (3) din Constituție (Sesizarea nr. 17b/2011): Monitorul Oficial Nr. 187-191 din 04.11.2011 art. 29;

6. Hotărâre nr.4 din 22 aprilie 2013 pentru controlul constituționalității Decretelor Președintelui Republicii Moldova nr. 534-VII din 8 martie 2013 privind demisia Guvernului, în partea ce ține de menținerea în funcție a Prim-ministrului-demis prin moțiune de cenzură (pentru suspiciuni de corupție) din data de 8 martie 2013 până la formarea noului Guvern, și nr. 584-VII din 10 aprilie 2013 privind desemnarea candidatului pentru funcția de Prim-ministru (Sesizarea nr. 10a/2013): Monitorul Oficial Nr. 97-103 din 03.05.2013 art. 09;

7. Hotărâre nr. 6 din 16 aprilie 2015 pentru controlul constituționalității unor prevederi din Codul penal și Codul de procedură penală (confiscarea extinsă și îmbogățirea ilicită) (Sesizarea nr. 60a/2014): Monitorul Oficial Nr. 115-123 din 15.05.2015 art. 10;

8. Directiva 2014/42/ue a Parlamentului European și a Consiliului din 3 aprilie 2014 privind înghețarea și

confiscarea instrumentelor și produselor infracțiunilor săvârșite în Uniunea Europeană. Disponibilă la: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0042&from=RO>;

9. Pagina oficială a Agentului Governamental din Republica Moldova, comunicate de presă, GOGITIDZE ȘI ALȚII c. GEORGIEI: <http://agent.gov.md/gogitidze-si-altii-impotriva-georgiei/>

10. Case of Gogitidze and others v. Georgia (*Application no. 36862/05*), 12 May 2015, final 12/08/2015. Disponibil: laweuro.com

11. Cauza Telbiș și Viziteu împotriva României (cererea nr. 47911/15), Hotărâre din 26 iunie 2018, Definitivă 26/09/2018. În limba engleză: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-184058%22%5D%7D>

Traducere în limba Română: <http://ier.gov.ro/wp-content/uploads/cedo/Telbis-si-Viziteu-impotriva-Romaniei.pdf>

DATE DESPRE AUTOR:

Olga PĂDURARU,
doctorand, Școala doctorală științe
juridice, politice și sociologice,
Universitatea de Stat
”Dimitrie Cantemir”.
E-mail: paduraruolga@gmail.com



CZU: 342.9:342.7(478)

DREPTUL PERSOANEI VĂTĂMATE DE O AUTORITATE PUBLICĂ: CONSIDERAȚII GENERALE ȘI PERSPECTIVE DE CERCETARE

Iurie CERNEAN

doctorand, Școala doctorală Științe Juridice, Politice și Sociologice

Articolul este consacrat unui subiect deosebit de actual pentru statul de drept – dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică. Obiectivul principal realizat de autor constă în argumentarea necesității cercetării acestui subiect și conturarea principalelor direcții de cercetare și a obiectivelor concrete urmărite în cadrul proiectului de cercetare, cu precizarea metodelor și a finalităților urmărite.

Cuvinte-cheie: drepturile omului, drepturi vătămate, dreptul persoanei vătămate, răspunderea autorităților publice, răspunderea patrimonială a statului, drept constituțional.

THE RIGHT OF THE PERSON INJURED BY A PUBLIC AUTHORITY: GENERAL CONSIDERATIONS AND RESEARCH PERSPECTIVES

The article is devoted to a very current topic for the rule of law - the right of the person injured by a public authority. The main objective achieved by the author is to argue the need for research on this topic and to outline the main research directions and concrete objectives pursued in the research project, specifying the methods and the aims pursued.

Keywords: human rights, injured rights, the right of the injured person, the responsibility of public authorities, the patrimonial responsibility of the state, constitutional law.

Introducere. În prezent, raporturile dintre stat și cetățean sunt definite în cea mai mare parte de drepturile pe care le are cetățeanul și obligațiile correlative ale statului. Mai mult, în condițiile unui stat de drept, contează extrem de mult responsabilitatea statului pentru respectarea drepturilor cetățeanului și răspunderea acestuia în caz de vătămare a acestora, indiferent de domeniu sau autoritate. În lumina acestor realități o importanță deosebită a căpătat *dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică*.

În contextul dat, trebuie să recunoaștem că în cadrul oricărei activități sociale, sunt posibile încălcări și abuzuri. Nu fac excepție în acest sens nici autoritățile publice și nici persoanele ce activează în cadrul lor care, prin acte sau acțiuni, pot leza drepturile persoanelor fizice sau juridice [23, p. 58]. Temeiurile constituționale de contestare a actelor autorităților publice și de tragere la răspundere a acestor autorități pentru vătămarile aduse prin nesocotirea sau încălcarea drepturilor și libertăților legitime

ale persoanei se cuprind în art. 52 (Dreptul de petiționare) și art. 53 (Dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică) din *Constituția Republicii Moldova* [8]. Realizarea acestor drepturi sunt garantate prin instituirea unui control asupra actelor administrative, dar și a răspunderii patrimoniale a statului pentru vătămarile aduse persoanelor prin fapte ilegale sau erori ale funcționarilor publici [9, p. 209].

Vorbind, în special, despre dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică, subliniem că acesta, în opinia cercetătorilor [9, p. 209; 23, p. 58], este o garanție constituțională de asigurare a celorlalte drepturi și libertăți constituționale, un suport juridic pentru exercitarea diverselor forme de control asupra activității autorităților publice.

Pornind de la valoarea deosebită a unui astfel de drept în cadrul unui stat de drept, considerăm că este necesară și pe deplin justificată realizarea unei ample și profunde cercetări interdisciplinare a esenței, particularităților și mecanismului de garantare și realizare a acestui drept.

Scopul studiului. Ținând cont de considerentele enunțate, în cele ce urmează ne propunem să fundamentăm necesitatea cercetării științifice aprofundate a acestui drept constituțional și să conturăm principalele direcții de cercetare în acest sens.

Rezultate obținute și discuții. În Republica Moldova, *dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică* a fost ridicat la rangul de valoare constituțională, fiind reglementat în art. 53 din *Constituția Republicii Moldova*, după cum urmează: „(1) Persoana vătămată într-un drept al său de o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, este îndreptățită să obțină recunoașterea dreptului pretins, anularea actului și repararea pagubei. (2) Statul răspunde prejudiciile cauzate prin erorile săvârșite în procesele penale de către organele de anchetă și instanțele judecătorești.”

Astfel, norma constituțională citată, consacră expres, inclusiv și în denumirea sa marginală – *drep-*



tu^l persoanei vătăm^{ate} de o autoritate publică, care astfel cuprinde atât vătăm^{ările} aduse de autoritățile administrației publice, cât și de autoritatea judecătorească.

Evident, legislația în vigoare a statului dezvoltă aceste dispoziții. Relevante în acest sens fiind normele *Codului civil al Republicii Moldova* [6], care prevăd următoarele:

„**Articolul 2006.** Răspunderea pentru prejudiciul cauzat de o autoritate publică sau de o persoană cu funcție de răspundere

(1) Prejudiciul cauzat printr-un act administrativ ilegal sau nesoluționarea în termen legal a unei cereri de către o autoritate publică sau de către o persoană cu funcție de răspundere din cadrul ei se repară integral de autoritatea publică. Persoana cu funcție de răspundere va răspunde solidar în cazul intenției sau culpei grave.

(2) Persoanele fizice au dreptul să ceară repararea prejudiciului moral cauzat prin acțiunile indicate la alin.(1).

(3) Obligația de reparare a prejudiciului nu se naște în măsura în care cel prejudiciat a omis, cu intenție ori din culpă gravă, să înlăture prejudiciul prin mijloace legale.

(4) În cazul în care o autoritate publică are o obligație impusă de un act adoptat în scopul protecției contra riscului de producere a unui anumit fel de prejudiciu, ea răspunde pentru prejudiciul de acest fel cauzat sau nepreîntâmpinat prin neexecutarea obligației, cu excepția cazului când autoritatea publică demonstrează că a dat dovadă de diligență rezonabilă în executarea obligației.

(5) Autoritatea publică nu răspunde pentru prejudiciul cauzat prin adoptarea unui act normativ sau omisiunea de a-l adopta.

Articolul 2007. Răspunderea statului pentru prejudiciul cauzat prin acțiunile organelor de urmărire penală, ale procuraturii sau ale instanțelor de judecată

(1) Prejudiciul cauzat persoanei prin condamnare ilegală, atragere ilegală la răspundere penală, aplicare ilegală a măsurii preventive sub forma arestului preventiv sau sub forma declarației scrise de a nu părăsi localitatea, prin aplicarea ilegală în calitate de sancțiune administrativă a arestului, muncii neremunerate în folosul comunității se repară de către stat integral, indiferent de vinovăția persoanelor de răspundere ale organelor de urmărire penală, ale procuraturii sau ale instanțelor de judecată.

(2) Statul se exonerează de răspundere în cazul când persoana vătămată a contribuit intenționat și benevol la producerea prejudiciului prin autodenunț.”

Evident, normele care reglementează răspunderea autorităților și a statului pentru vătămarea drepturilor cetățenilor nu se reduc la cele enunțate, instituția juridică în cauză fiind una cu mult mai amplă, reglementată și în alte legi speciale[22; 7]. Prin urmare și perspectivele din care este cercetat acest subiect în literatura de specialitate sunt diferite.

În general, pornind de la faptul că *dreptul constituțional al persoanei vătăm^{ate} de o autoritate publică* este de factură constituțională, evident în orice manual de drept constituțional și în majoritatea monografiilor dedicate drepturilor omului, putem atesta abordări succinte ale acestuia. În acest sens, pot fi menționați așa autori, preocupați de conținutul dreptului în cauză, precum: I. Guceac [18], Al. Arseni [1], T. Cârnaț [2; 3], I. Creangă [14], Gh. Costachi [10; 12; 13], V. Balmuș [11], O. Marian [23] etc.

Dintr-o altă perspectivă au cercetat acest drept constituțional specialiștii în drept administrativ, precum: M. Orlov [24], A. Dastic [16], V. Guțuleac [19], L. Lavric [21], T. Cruglișchi [15], M. Diaconu [17], I. Iacob [20] etc. Este vorba, în special, de contenciosul administrativ – instituție menită să

asigure realizarea dreptului persoanei vătăm^{ate} de o autoritate publică.

În contextul în care legislația în domeniu a fost recent modificată radical (prin adoptarea *Codului administrativ*[5]), este de la sine clară necesitatea de a aborda conținutul *dreptului persoanei vătăm^{ate} de o autoritate publică* și a mecanismului de asigurare a acestuia prin prisma noului cadru juridic. Anume acest moment constituie un punct important de plecare pentru cercetarea propusă în cadrul unui amplu proiect doctoral din care face parte și prezentul demers științific [4].

În opinia noastră, **importanța și relevanța acestui subiect** sunt confirmate în mare parte de:

- Necesitatea identificării locului și valorii dreptului constituțional al persoanei vătăm^{ate} de o autoritate publică în sistemul drepturilor fundamentale ale persoanei;
- Necesitatea precizării caracterului și conținutului acestui drept;
- Necesitatea abordării teoretice a legislației ce asigură realizarea dreptului constituțional al persoanei vătăm^{ate} de o autoritate publică;
- Necesitatea aprecierii noilor modificări legislative în materia realizării dreptului persoanei vătăm^{ate} de o autoritate administrativă;
- Necesitatea analizei legislației și experienței altor state în domeniu;
- Necesitatea identificării elementelor mecanismului de asigurare a dreptului constituțional al persoanei vătăm^{ate} de o autoritate publică;
- Necesitatea evaluării mecanismului constituțional și administrativ de asigurare a dreptului persoanei vătăm^{ate} de o autoritate publică și aprecierii eficienței acestuia;
- Necesitatea acoperirii lipsei de cercetări teoretice în mediul academic autohton care să fundamenteze științific soluții optime



pentru consolidarea mecanismului de asigurare dreptului persoanei vătămate de o autoritate publică.

Pornind de la cele enunțate, în cadrul amplului proiect de cercetare doctorală ne-am propus să realizăm următoarele **obiective generale**:

- *fundamentarea doctrinară* a valorii dreptului constituțional al persoanei vătămate de o autoritate publică în statul de drept;

- *precizarea* standardelor naționale și europene în domeniul asigurării respectării și apărării dreptului persoanei vătămate de o autoritate publică;

- *analiza* experienței altor state în materie de asigurare a respectării și apărării dreptului persoanei vătămate de o autoritate publică;

- *analiza* cadrului juridic în vigoare care reglementează mecanismul de asigurare a dreptului persoanei vătămate de o autoritate publică;

- *identificarea* elementelor mecanismului de asigurare a dreptului persoanei vătămate de o autoritate publică și a factorilor ce influențează eficiența acestuia;

- *formularea de propuneri*, inclusiv *de lege ferenda*, în vederea consolidării legislației Republicii Moldova în domeniu.

Obiectivul specific urmărit constă în identificarea soluțiilor optime, fundamentate științific, de consolidare a mecanismului constituțional și legislativ de asigurare și protecție a dreptului persoanei vătămate de o autoritate publică din Republica Moldova.

Referitor la **metodologia** necesară pentru realizarea cercetării proiectate, menționăm că aceasta urmează să cuprindă în principal:

- *metoda istorică* (necesară pentru conturarea evoluției în timp a preocupărilor teoretice și practice de garantare și asigurare a dreptului persoanei vătămate de o autoritate publică);

- *metodologică* (analiză, sinteză, inducție, deducție) ca metodă

de bază pentru cercetările științifice, de natură să facă posibilă studiarea în profunzime a subiectului și o combinare eficientă a planului teoretic cu cel normativ și practic,

- *metoda comparativă* (necesară pentru abordarea comparativă a subiectului în Republica Moldova și alte state, în vederea elucidării celor mai relevante experiențe și formularea de propuneri concrete de optimizare a mecanismului de asigurare și protecție a drepturilor persoanei vătămate de o autoritate publică).

În calitate de **rezultate științifice scontate ale cercetării** ne propunem:

- clarificarea conținutului juridic al dreptului constituțional al persoanei vătămate de o autoritate publică;

- conturarea unui mecanism clar și efectiv de asigurare a dreptului persoanei vătămate de o autoritate publică;

- formularea de propuneri concrete, inclusiv *de lege ferenda* de modificare și completare a legislației în vigoare care să asigure sub toate aspectele funcționarea eficientă a acestui mecanism.

Literatura

1. Arseni Al. *Drept constituțional și instituții politice*. Tratat elementar. Vol. I. Chișinău, 2005. 502 p.

2. Cârnaț T. *Drept constituțional*. Ediția a II-a. Chișinău: Print-Caro, 2010. 514 p.

3. Cârnaț T., Cârnaț M. *Protecția juridică a drepturilor omului*. Chișinău, 2006.

4. Cernean Iu. *Proiect de cercetare doctorală: Dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică: conținut și mecanism de asigurare*. Chișinău, 2019.

5. *Codul administrativ al Republicii Moldova*, nr. 116 din 19.07.2018. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 309-320 din 17.08.2018.

6. *Codul civil al Republicii Moldova*, nr. 1107 din 06.06.2002. Republicat în temeiul Legii nr.133 din 15.11.2018

în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2018, nr. 467-479.

7. *Codul de procedură penală al Republicii Moldova* nr. 122 din 14.03.2003. Republicată în temeiul art. IV al Legii nr. 252 din 08.11.2012 în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2012, nr.263-269 (*versiune în vigoare din 14.01.19 în baza modificărilor prin Legea nr. 133 din 15.11.18*).

8. *Constituția Republicii Moldova* din 29.07.1994. Republicată: *Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.78/140 din 29.03.2016* (cu modificări și completări ulterioare aduse prin Legea nr. 256 din 25.11.2016 și Legea nr. 70 din 13.04.2017).

9. *Constituția Republicii Moldova. Comentariu*. Chișinău: Arc, 2012.

10. Costachi Gh. *Direcții prioritare ale edificării statului de drept în Republica Moldova*. Chișinău, 2009. 238 p.

11. Costachi Gh., Bantuș A., Grama D., Balmuș V. Potînga A. s.a. *Probleme ale edificării statului de drept în Republica Moldova*. Chișinău: Tipografia Centrala, 2003, Vol. I, 538 p.

12. Costachi Gh., Potîngă A. *Asigurarea drepturilor omului în lume*. Chișinău: Tipografia Epigraf, 2003. 608 p.

13. Costachi Gh., Stratulat D. *Semnificația contenciosului administrativ într-un stat de drept*. În: *Revista Națională de Drept*, 2009, nr. 10-12. p. 109-113.

14. Creangă I., Gurin C. *Drepturile și libertățile fundamentale. Sistemul de garanții*. Chișinău: TISH, 2005. 400 p.

15. Cruglițchi T. *Particularitățile examinării acțiunii de contencios administrativ la instanța de fond*. În: *Administrația publică în statul de drept, Materiale ale sesiunii de comunicări științifice*, 27-28 sept. 2008. Chișinău: S.n., 2009 (Tipogr. "Elena-V.I." SRL). p. 415-423.

16. Dastic A. *Contenciosul administrativ*. Sub red. științifică a lui B. Negru. Chișinău: S.n., 2007 (F.E.-P. "Tipografia Centrală"). 144 p.

17. Diaconu M. *Mecanismul asigurării legalității actelor administrative în Republica Moldova*. Monografie. Chișinău: S.n., 2013 (Tipografia Centrală).

18. Guceac I. *Curs elementar de drept constituțional*. Vol. II. Chișinău:



S.n., 2004 (F. E.-P. Tipografia Centrală). 496 p.

19. Guțuleac V. *Drept administrativ*. Chișinău: S.n., 2013.

20. Iacob I. *Recursul administrativ potrivit Codului Administrativ al Republicii Moldova. Cererea prealabilă*. În: Conceptul de dezvoltare a statului de drept în Moldova și Ucraina în contextul proceselor de eurointegrare, materiale ale conferinței internaționale științifico-practice din 2-3 noiembrie 2018. Chișinău, 2018, p. 72-81.

21. Lavric L. *Unele considerente privind instituția răspunderii organelor autorităților publice pentru prejudiciul patrimonial cauzat prin acte administrative individuale*. În: Edificarea statului de drept, Materialele conferinței internaționale științifico-practice (Chișinău, 26-27 septembrie 2003). Chișinău: Transparency International – Moldova, 2003 (Tipografia „Bons Offices”). p. 178-182.

22. *Legea privind modul de reparare a prejudiciului cauzat prin acțiunile ilicite ale organelor de urmărire penală, ale procuraturii și ale instanțelor judecătorești*, Nr. 1545 din 25.02.1998. În: Monitorul Oficial Nr. 50-51 din 04.06.1998. *Versiune în vigoare din 05.01.18 în baza modificărilor prin Legea nr. 212 din 01.12.17, MO1-6/05.01.18 art.4*. [online]: <http://www.legis.md/cautare/rezultate/108548>.

23. Marian O. *Dreptul persoanei la repararea prejudiciului cauzat de autoritățile statului*. În: Particularitățile adaptării legislației republicii Moldova și Ucrainei la legislația Uniunii Europene, conferință internațională științifico-practică, din 23-24 martie, 2019. Chișinău: S. n., 2019. (Tipogr. «Ceta-tea de Sus»).

24. Orlov M. *Contracacarea abuzurilor în administrația publică*. În: Administrarea publică: teorii, practice, perspective, materiale ale conferinței științifico-practice din 21 mai 2002. Chișinău: 2002, p. 66-79.

DESPRE AUTOR/ ABOUT
AUTHOR

Iurie CERNEAN,
doctorand, Institutul de Cercetări
Juridice, Politice și Sociologice
e-mail: iurie.cernean@gmail.com

CZU 343.84

ANALIZA PRINCIPIILOR SISTEMULUI PROGRESIV DE EXECUTARE A PEDEPSELOR PENALE PRIVATIVE DE LIBERTATE

Alexandr CRUDU

doctorand,

Academia „Ștefan cel Mare” a Ministerului Afacerilor Interne

Studierea principiilor dreptului execuțional penal a constituit și reprezintă, în continuare, o preocupare actuală de cercetare. Sistemul principiilor autohtone a dreptului execuțional penal constituie o listă pretins a fi exhaustivă a celor nouă principii statuate de către legiuitorul execuțional penal. Totuși, pornind de la intențiile Guvernului de a introduce sistemul progresiv de executare a pedepsei și având în vedere existența actuală a unor procese specifice acestui sistem, în prezenta lucrare au fost analizate principiile existente prin prisma corespunderii lor sistemului progresiv de executare a pedepsei penale privative de libertate.

Cuvinte cheie: *penitenciare, principii, sistemul progresiv, individualizare, diferențiere, clasificare, planificare, progresivitate, evaluarea riscurilor, program individual, mijloace de corijare.*

The study of the principles of criminal enforcement law continues to be a current research concern. The system of local principles of criminal enforcement law presents an exhaustive list of nine principles established by the criminal enforcement legislator. However, starting from the Government's intention to introduce the progressive system of execution of the sentence and considering the current existence of some processes specific to this system, in this study the existing principles were analyzed in terms of their correspondences to the progressive system of execution of the criminal sentence.

Keywords: *penitentiaries, principles, the progressive system; individualization, differentiation, classification, planning, progressivity, risk assessment, individual program, means of correction.*

Introducere. Principiile fundamentale ale fiecărei ramuri a dreptului apar ca trăsături caracteristice definitorii pentru autonomia respectivei ramuri în cadrul sistemului dreptului. Principiile sunt reguli care se oglindesc în toate normele și instituțiile care alcătuiesc ramura de drept în care acționează [1, pag. 47].

Fiind o ramură de sine stătătoare, dreptul execuțional penal posedă un sistem de principii proprii care asigură coeziunea și stabilitatea ramurii respective. Aceste principii privesc toată activitatea de executare a sancțiunilor de drept penal, adică prestabilesc conduita participanților la executarea pedepselor, drepturilor și obligațiile acestora [2, pag. 32].

Studierea principiilor dreptului

execuțional-penal a constituit și reprezintă în continuare o preocupare actuală de cercetare. În literatura de specialitate există o multitudine de abordări în ceea ce privește exhaustivitatea principiilor dreptului execuțional penal, deoarece acest drept reglementează o sferă care poate să cuprindă mai multe relații sociale ce trebuie să existe în procesul de executare a pedepselor penale.

Sistemului progresiv de executare a pedepselor penale privative de libertate, ca formă de organizare a procesului corecțional, îi sunt caracteristice principii proprii, care caracterizează și definesc acest sistem și, prin natura lor, asigură funcționalitatea eficientă a lui.

În condițiile în care nu toate principiile dreptului execuțional



penal sunt caracteristice sistemului progresiv, ținând cont că acestea reprezintă de fapt o formă de organizare a procesului corecțional, în prezenta lucrare se propune spre analiză acele principii ale dreptului execuțional penal care sunt indispensabile unui proces corecțional bazat pe elemente de progresie sau regresie a modului și condițiilor de executare a pedepsei.

Scopul publicației. În prezenta publicație ne propunem să identificăm principiile dreptului execuțional penal caracteristice sistemului progresiv de executare a pedepsei și să efectuăm analiza juridică a acestora prin prisma cerințelor actuale de punere în executare a sancțiunilor penale privative de libertate.

În acest fel, ne propunem să evidențiem problemele actuale ale corespunderii normelor legislative care reglementează domeniul supus cercetării și să accentuăm rolul și importanța aplicării elementelor sistemului progresiv în strictă conformitate cu principiile statuate de legiuitor.

Metode aplicate și materiale utilizate. Această lucrare a fost elaborată prin utilizarea următoarelor metode: analiza logică, sistemică, comparativă, iar în calitate de suport științific au servit lucrările savanților și specialiștilor autohtoni, experților Consiliului European, precum și a celor din Federația Rusă și România.

Rezultate și discuții. Principiile dreptului execuțional se bazează pe normele de drept internațional cu deținuții, cum sunt Ansamblul de reguli minime ale Națiunilor Unite pentru tratamentul deținuților (Regulile Nelson Mandela), adoptate în anul 2016, Regulile penitenciare europene, adoptate în 2006, Convenția europeană pentru prevenirea torturii și a pedepselor sau tratamentelor inumane sau degradante, adoptată în 2002, Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului, adoptată în 1950. Prin-

ciipiile consacrate în aceste acte se referă la drepturile principale ale condamnaților la privațiune de libertate, care sunt preluate de legislația Republicii Moldova și trebuie să fie respectate în procesul executării pedepselor [3, pag. 12-13]. Potrivit lui Naumov A., în știința juridică, principiile juridice sunt de obicei legate de idei care fixează viziunea despre cum ar trebui să fie legea, despre idealul ca obiectivul general al dreptului [4, pag. 13].

Tradițional, în literatura de specialitate, principiile dreptului execuțional penal se clasifică în 3 categorii de principii: 1) generale; 2) interamurale; 3) ramurale (specifice pentru fiecare ramură a dreptului) [5].

Principiile legislației execuțional penale a Republicii Moldova sunt reglementate în art. 167 al Codului de executare. Astfel, potrivit alin. (1) al acestui articol [6], executarea hotărârilor cu caracter penal se efectuează în baza principiilor legalității, democratismului, umanismului, respectării drepturilor, libertăților și demnității umane, egalității condamnaților în fața legii, diferențierii, individualizării și planificării executării pedepselor penale, aplicării raționale a mijloacelor de corijare a condamnaților și stimulării comportamentului respectuos față de lege.

Totuși, nu toate aceste principii sunt specifice sistemului progresiv de executare a pedepsei ca formă de organizare a procesului corecțional, deoarece majoritatea lor sunt general-valabile dreptului execuțional penal indiferent de forma de organizare a procesului execuțional.

Astfel, principiul individualizării, potrivit autorilor Malinin V. și Smirnov L., la etapa executării pedepsei presupune, în primul rând, modificarea efectelor pedepsei în funcție de comportamentul persoanei condamnate și, în al doilea rând, modificarea conținutului

acțiunii corective. Cu alte cuvinte, principiul individualizării la etapa executării pedepsei se transformă în individualizarea mijloacelor de corijare aplicabile persoanelor condamnate în procesul executării pedepsei [7, pag. 10].

Această poziție este susținută de către autorul Osadci C., care afirmă că individualizarea executării pedepsei se înfăptuiește prin intermediul modificării măsurilor de pedeapsă (limitarea drepturilor) și aplicării mijloacelor de corijare în funcție de comportamentul condamnatului [8].

Principiul individualizării se află într-o corelație strânsă cu un alt principiu specific sistemului progresiv de executare a pedepsei - principiul clasificării condamnaților. Deși acest principiu nu se regăsește în lista principiilor statuate de legiuitor, considerăm că acesta indubitabil reprezintă un element cheie care poate contribui la fortificarea procesului de resocializare a condamnaților pe parcursul executării pedepsei.

Principiul clasificării a constituit obiectul analizei în multe lucrări științifice ale cercetătorilor penaliști, majoritatea cărora împărtășesc opinia privind rolul determinant al acestui principiu atunci când se intenționează aplicarea măsurilor educative.

Potrivit lui Perkov I., clasificarea condamnaților reprezintă un proces de divizare a condamnaților în categorii relativ omogene, îndreptat spre crearea condițiilor necesare de organizare a procesului de diferențiere a măsurilor coercitive și educative, proces care asigură realizarea eficientă a scopului pedepsei penale [9, pag. 34].

Opinie similară este împărtășită de autorii autohtoni Carp S., Osadci C. și Rusu O., care consideră că clasificarea condamnaților reprezintă un proces de divizarea a lor în conformitate cu prevederile legale, cerințele psihologiei și pedagogiei penitenciare în grupuri relativ



omogene în baza unor semnalmente, cum ar fi: nivelul degradării social-morale al personalității, caracterului, gradului prejudicial și motivele infracțiunii săvârșite de ei, în scopul deținerii lor separate, atât în diferite categorii de penitenciare, cât și în cadrul fiecărui penitenciar [10, pag. 82]. Totuși, calificarea condamnaților în niciun caz nu trebuie să se bazeze în exclusivitate pe natura infracțiunii pentru care a fost condamnat sau pe termenul de pedeapsă care i-a fost atribuit [11, pag. 28].

Astfel, majoritatea autorilor susțin ideea că clasificarea condamnaților reprezintă un proces execuțional prin intermediul căruia se realizează diferențierea modului de executare a pedepsei, în scopul eficientizării procesului de reeducare și minimalizării influențelor negative.

Scopul clasificării, potrivit Regulilor Nelson Mandela, constă în: (a) separarea de ceilalți a deținuților în cazul cărora există probabilitatea exercitării influenței negative din motivul antecedentelor sale penale sau al caracterului lor; (b) divizarea deținuților în categorii pentru a facilita tratamentul lor în scopul reabilitării lor sociale [12, regula 93]. Prin urmare, considerăm că acest principiu trebuie nu doar să-și regăsească aplicabilitatea în majoritatea instituțiilor ale dreptului execuțional penal, dar și să fie indicat expres în calitate de principiu general al executării pedepsei, având în vedere importanța lui în realizarea scopului pedepsei penale.

Un alt principiu de bază care se află în legătură indispensabilă cu celelalte două sus-menționate este principiu diferențierii. Potrivit lui Zubarev S., diferențierea este un proces unic, interdependent și interconectat, care permite ajustarea efectului corectiv al pedepsei penale în funcție de grupul și caracteristicile individuale ale condamnaților [13, pag. 16].

Hachikyan A. consideră că diferențierea pedepsei este împărțirea condamnaților după anumite criterii în diverse grupuri și stabilirea condițiilor de detenție diferite pentru fiecare grup în parte. Astfel, o condiție necesară pentru diferențierea pedepsei este clasificarea condamnaților și disponibilitatea instituțiilor penitenciare de diferite tipuri [14, pag. 9-10]. O altă opinie formulează Șcherbakov A. și Yakovlev A. care consideră că diferențierea trebuie să fie realizată în cadrul aceluiași penitenciar și să fie bazată pe luarea în considerare a caracteristicilor individuale ale diferitelor categorii de condamnați, care presupune clasificarea lor psihologică și pedagogică, în funcție de gradul de pericol al infracțiunilor pe care le-au comis, comportamentul în timpul executării pedepselor și experiența infracțională [15].

Alți autori consideră că diferențierea condamnaților se limitează la repartizarea acestora după tipul instituției penitenciare, în conformitate cu grupurile de clasificare a condamnaților stabilite de lege [16, pag. 15]. Pentru o altă opinie optează Struchkov N., care consideră că diferențierea executării pedepsei depinde nu numai de gravitatea și natura infracțiunii comise, dar și de gradul de pericol al subiectului infracțiunii, ținând cont de circumstanțele specifice ale cazului, care atenuează și agravează responsabilitatea [17, pag. 30].

Totuși, majoritatea autorilor împărtășesc opinia că principiu diferențierii executării pedepsei presupune crearea condamnaților diferite condiții de executare a pedepsei și asigurarea detenției separate a acestora, în funcție de criteriile clar stabilite. Astfel, se poate concluziona că principiu diferențierii este indisolubil și interdependent de principiile individualizării și clasificării condamnaților, care formează împreună un complex de premise pentru asigurarea progresivă a executării pedepsei

aplicate. De altfel, anume aceste trei principii formează fundamentul sistemului progresiv de executare a pedepsei, care presupune, în primul rând, determinarea celor mai potrivite măsuri de securitate și activități de reeducare, dar care trebuie să fie realizate în mod individualizat, în baza unui proces clar de clasificare a condamnaților și de diferențiere a lor în cadrul locurilor de detenție.

Măsurile de securitate și activitățile de reeducare în cadrul sistemului progresiv de executare a pedepsei trebuie aplicate în baza unei planificări eficiente, astfel încât de la începutul procesului execuțional al condamnatului să fie stabilită perspectiva de resocializare a lui. La rândul său, condamnatul trebuie pus în situația, pe de o parte, să înțeleagă necesitatea realizării măsurilor planificate, iar, pe de altă parte, să fie încurajat, prin instituțiile dreptului execuțional penal, să realizeze cu succes aceste măsuri.

Astfel, fiind un principiu de bază al dreptului execuțional penal autohton, principiu planificării executării pedepsei la fel este considerat și un principiu fundamental al sistemului progresiv de executare a pedepsei. Legiuitorul Republicii Moldova, prin adoptarea art. 219 alin. (3) din Codul de executare [6], a statuat că personalizarea executării pedepsei se realizează prin diferențierea, individualizarea și planificarea acesteia. Deși suntem de acord cu această teză, considerăm însă că lista dată trebuie completată cu principiu clasificării condamnaților, astfel încât ea să fie deplină și să asigure practicienilor o înțelegere clară a orientărilor de acțiune necesare reeducării condamnaților.

Conform recomandărilor Comitetului de miniștri al Consiliului Europei, pentru fiecare deținut individual ar trebui să se elaboreze planuri de executare a pedepsei comprehensive. Aceste planuri



ar trebui pregătite și elaborate, în dependență de posibilitate, cu participarea activă a deținutului și, în special, spre sfârșitul perioadei de detenție, în strânsă cooperare cu supravegherea ulterioară liberării și cu alte autorități relevante [18, regula nr. 9].

Potrivit lui Burciu N., cel mai bun instrument pentru a adapta executarea pedepsei la caracteristicile personale și la gradul de pericolozitate a deținutului este planul de executare a pedepsei [19, pag. 59]. Profesoara Ciuchi O. consideră că prin intermediul activității de planificare se realizează așa numitul management al executării pedepsei, care este un proces continuu de evaluare, planificare și reevaluare a pedepsei. Astfel, autoarea consideră că planificarea executării pedepsei accentuează oportunitățile de intervenție în cadrul programelor de resocializare, în funcție de nevoile individuale ale condamnaților și oferă repere pentru intervenția post-liberatorie [20, pag. 229].

Potrivit regulilor Nelson Mandela, rezultatele evaluării riscurilor ar trebui să fie revizuite în mod regulat, pentru a oferi condamnaților un nivel adecvat de siguranță. Revizuirile periodice pot facilita transferul condamnaților în instituții penitenciare mai mult sau mai puțin stricte, atunci când este necesar. Astfel de revizui pot servi ca un stimulent important pentru corectarea comportamentului condamnatului [11, pag. 29].

Planificarea individualizată a pedepsei penale se efectuează în marea majoritate a statelor Consiliului European. În Finlanda, spre exemplu, scopul planificării perioadei de executare a pedepsei este de a dezvolta capacitatea condamnatului de a duce un stil de viață fără crimă. Pe lângă planul individual de executare a pedepsei, pentru fiecare condamnat se întocmește un plan individual pentru perioada de pregătire a persoanei condam-

nate pentru eliberare și un plan de introducere a supravegherii sale administrative [21]. În Estonia, pentru fiecare persoană condamnată la un termen mai mare de un an de închisoare se întocmește un program individual de condamnare, care prevede următoarele chestiuni: 1) plasarea condamnatului în penitenciar; 2) transferul condamnatului într-un penitenciar de tip deschis sau în alt penitenciar de tip închis; 3) capacitatea de muncă și abilitățile profesionale ale condamnatului; 4) nevoia condamnatului să primească educație generală sau formare profesională; 5) facilitățile aplicate condamnatului; 6) măsurile necesare pentru pregătirea condamnatului pentru eliberare; 7) alte măsuri necesare pentru atingerea obiectivelor executării pedepsei închisorii [22, art. 16 alin. (1)]. În Croația, de asemenea, se întocmește un program individual de executare a pedepsei cu închisoarea pentru fiecare persoană condamnată, care cuprinde un complex de măsuri pedagogice, de muncă, de ocupare a timpului liber, de sănătate, psihologice și de securitate. În baza acestui program, se planifică executarea unei pedepse cu închisoarea, ținând cont de caracteristicile și nevoile condamnaților, precum și tipul și capacitățile penitenciarului [23, art. 69 alin. (1)].

În Republica Moldova, la fel se întocmește un plan individualizat pentru fiecare persoană condamnată, care, potrivit pct. 32 alin. (2) din Statutul executării pedepsei de către condamnați, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 583/2006 [24, pct. 32 alin. (2)], include intervențiile coordonate ale administrației penitenciare în vederea reeducării și corijării condamnatului. Planul se întocmește individual pentru fiecare deținut, se anexează la dosarul personal al acestuia și fiecare funcționar public cu statut special al instituției penitenciare lucrează cu deținutul în baza acestui plan.

Alt principiu de bază al dreptu-

lui execuțional penal caracteristic sistemului progresiv de executare a pedepsei este principiul aplicării raționale a mijloacelor de corijare a condamnaților, care, potrivit lui Scheveleva S. constă în aplicarea unor astfel de măsuri coercitive și măsuri de reeducare și într-un astfel de volum, care este necesar și suficient pentru atingerea scopului pedepsei penale. Or, în procesul executării pedepsei, accentul trebuie pus pe gravitatea faptei comise, personalitatea condamnatului și conduita acestuia pe parcursul executării pedepsei, iar legislația trebuie să prevadă astfel de instituții care să asigure modificarea modului și condițiilor de executare a pedepsei, atât în sens progresiv, cât și în sens regresiv, demonstrând astfel condamnatului dezavantajul comportamentului antisocial [25, pag. 16].

Unii autori (spre exemplu, Zubkov A. și Grishko A.) consideră că principiul aplicării raționale a mijloacelor de corijare este însumat în totalitate de principiul diferențierii și individualizării, deoarece primul este consecința procesului de diferențiere și individualizare a condamnaților [26, pag. 16]. Grishko A., opinează că aplicarea rațională a mijloacelor de corijare se rezumă la clasificarea condamnaților în funcție de criteriile stabilite, clasificare care asigură aplicarea mijloacelor de corijare în mod individualizat [27, pag. 16-17]. Alți autori consideră că acest principiu constă în cerința influenței educaționale în colectiv sau prin colectiv, precum și prin autoeducarea condamnaților [28, pag. 12].

Potrivit lui Smirnov S., criteriile de aplicare rațională a mijloacelor de corijare sunt: necesitatea, suficiența și argumentarea juridică, iar cerințele față de decizia de aplicare a acestor mijloace sunt: actualitatea și proporționalitatea [29, pag. 13]. Prin urmare, subiectul care urmează să aplice aceste mij-



loace trebuie să stabilească necesitatea aplicării lor și, în caz afirmativ, să decidă care anume mijloc și în ce măsură urmează a fi aplicat, ținând cont de condițiile aplicării stabilite de lege [30, pag. 56].

Principiul stimulării comportamentului respectuos față de lege, în egală măsură cu cele analizate în prezenta lucrare, este caracteristic și aplicabil în cazul sistemului progresiv de executare a pedepsei. Acest principiu presupune, în primul rând, aplicarea stimulentei legale care reglementează schimbarea condițiile de detenție a condamnaților. De o mare importanță sunt instituțiile dreptului execuțional penal care stimulează condamnații prin îmbunătățirea statutului juridic al acestora [31, pag. 18].

Potrivit lui Tkachevsky Iu., stimularea comportamentului respectuos față de lege poate să fie atât pozitivă - extinderea statutului lor juridic prin anularea restricțiilor legale stabilite anterior, cât și negativă - restrângerea statutului lor legal prin introducerea unor restricții legale suplimentare prevăzute de lege. În primul și al doilea caz, schimbarea statutului juridic al condamnaților este o reacție adecvată a personalului penitenciar bazată pe lege la schimbările profunde și persistente în conștiința și comportamentul condamnaților [32, pag. 28].

În literatura științifică [33, pag. 55] principiul respectiv este deseori analizat în comun cu principiul aplicării raționale a mijloacelor de corijare, care, în opinia majorității cercetătorilor (Zubkov A., Grishko A., Seliverstov V., etc) constituie un principiu unic al dreptului execuțional penal. Susținem această opinie chiar în pofida enumerării separate a acestor două principii în Codul de executare autohton.

Rezumând cele menționate, considerăm că legiuitorul execuțional penal autohton a acordat o importanță insuficientă principiilor dreptului execuțional penal, efec-

tuând o simplă enumerare a celor nouă principii considerate, în opinia sa, specifice procesului corecțional. Cu toate acestea, în lipsa unor interpretări clare și proceduri corespunzătoare, aplicarea lor în practică poate deveni o provocare pentru personalul penitenciar.

Pornind de la scopul pedepsei penale și ținând cont de intențiile Guvernului de a crea un sistem progresiv de executare a pedepsei exprimate în Strategia de dezvoltare a sistemului administrației penitenciare pentru anii 2016-2020, considerăm necesar de a dezvolta corespunzător principiile deja statuate și a crea proceduri specifice în aplicarea lor practică în toate procesele execuționale penale.

La fel, deși majoritatea principiilor consfințite în Codul de executare sunt caracteristice sistemului progresiv de executare a pedepsei, opinăm asupra faptului că această listă este incompletă și, prin urmare, nu poate fi considerată a fi exhaustivă.

Referințe bibliografice

1. Bulai C., „Manual de drept penal. Partea generală”, Timișoara, 1997, 647 p.;
2. Manea V., „Drept execuțional penal”, Chișinău, 2014, 744 p.;
3. Florea V., Florea L., „Dreptul execuțional penal”, Chișinău, 1999, 287 p.;
4. „Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации”, отв. ред. В.М. Лебедева – Москва, 2001, 735 с.;
5. Непомнящая Т. В., „Общественная, принципы и критерии назначения наказания”, În: Журнал российского права, 1999, № 12, с. 76;
6. Codul de executare al Republicii Moldova nr. 443/2004;
7. Малилин В., Смирнов Л., „Уголовно-исполнительное право”, Москва, 2009, 310 с.;
8. Osadci C. „Conceptul individualizării executării pedepsei cu închisoarea ca principiu al dreptului execuțional penal”, În: Revista națională de drept, Nr. 1, ianuarie 2009, pag. 58-63;

9. Перков И., „Классификация осужденных к лишению свободы и распределение их по ИТУ”, Рязань: ПВШ МВД СССР, 1978, 39 с.;

10. Carp S., Osadci C. și Rusu O., „Drept execuțional penal”, Chișinău, 2007, 447 p.;

11. „Guidance Document on the Nelson Mandela Rules: Implementing the United Nations Revised Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners” OSCE, ODIHR, Warsaw, 2018, 182 p.;

12. Ansamblul de reguli minime ale Națiunilor Unite pentru tratamentul deținuților (Regulile Nelson Mandela);

13. Зубарев С.М., „Уголовно-исполнительное право”, Москва, 2005, 130 с.;

14. Хачикян А., „Лишение свободы: криминологические и уголовно-исполнительные проблемы”, Ереван, 2008, 195 с.;

15. Щербаков А., Яковлев А., „Дифференциация условий содержания осужденных в зависимости от характера и степени общественной опасности, совершенных ими преступлений, поведения во время отбывания наказания, криминального опыта”, În: Matters of Russian and International Law. 2017, Vol. 7, Is. 3A, pag. 296-309;

16. Аванесов Г., „Изменение условий содержания осужденных в процессе отбывания лишения свободы (прогрессивная система)”, Москва, 1968, 149 с.;

17. Стручков Н., „Курс исправительно-трудового права”, Москва, 1984. 240 с.;

18. Recomandarea Rec(2003) 23 a Comitetului de Miniștri al CE către statele membre privind managementul de către administrația penitenciară a condamnaților pe viață și a celor pe termen lung;

19. Drosu V., Burciu N., „Detențiunea pe viață și liberarea condiționată înainte de termen în Republica Moldova”, Chișinău, 2017, 136 p.;

20. Ciuchi O., „Devianță și criminalitate într-o societate în tranziție”, Iași, 2011, 286 p.;

21. https://www.rikosseuramus.fi/material/attachments/rise/esitteet/JaZYQvUXJ/RISE_YLEISESITE_200x200_RUS_171117.pdf (vizitat la 30.03.2020);

22. Legea Republicii Estonia nr. 58 din 14.06.2000 cu privire la detenția penitenciară;



23. Legea Republicii Croația cu privire la executarea pedepselor privative de libertate;

24. Statutul executării pedepsei de către condamnați, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 583/2006;

25. Щевелева С., „Основы уголовно-исполнительного права России”, Курск, 2012, 433 с.;

26. „Уголовно-исполнительное право России: теория, законодательство, международные стандарты, отечественная практика конца XIX – начала XXI века: учебник для вузов / подред. А.И. Зубкова. 3-е изд.”, Москва, 2006, 720 с.;

27. „Постатейный комментарий к Уголовно-исполнительному кодексу Российской Федерации: по состоянию на 1 сент. 2007 г.: учебное, подред. Ю.И. Калинина”, Москва, 2007, 728 с.;

28. Малилин В., Смирнов Л., „Уголовно-исполнительное право”, Москва, 2009, 310 с.;

29. Смирнов С., „Принцип рационального применения мер принуждения, средств исправления осужденных и стимулирования их право послушного поведения при исполнении наказания в виде лишения свободы. Автореф. дис. насоиск. учен. степ. к.ю.н.”, Рязань, 2003, 27 с.;

30. Кашуба Ю., Малинин В., Орлов В., и др., подред. Эминова В., Орлова В., „Российское уголовно-исполнительное право. Т. 1. Общая часть.”, Москва, 2010, 344 с.;

31. Бочарова О., „Уголовно – исполнительное право. Учебное пособие”, Новочеркасск, 2009, 139 с.;

32. Ткачевский Ю., „Российская прогрессивная система исполнения уголовных наказаний”, Москва, 2007, 240 с.;

33. Кашуба Ю., Малинин В., Орлов В., и др., подред. Эминова В., Орлова В., „Российское уголовно исполнительное право. Т. 1. Общая часть.”, Москва, 2010, 344 с.;

INFORMAȚII DESPRE AUTOR:

Alexandr CRUDU,
șef al Direcției juridice a Direcției
generale management instituțional
din cadrul Administrației
Naționale a Penitenciarelor,
comisar de justiție.
Tel. 079637310;
Email: al.crudu@yahoo.com

CZU 342.71:061.1EU

ANALYSIS OF THE CONNECTION OF THE NATIONAL LEGISLATION WITH THE EUROPEAN UNION STANDARDS IN THE FIELD OF CITIZENSHIP

Victoria DARI

Candidate of Law Sciences

Doctoral School in Law, Political and Administrative Sciences of the
Consortium of ASEM and USPEE educational institutions

This article will analyze the need to connect national legislation to European Union standards in the field of citizenship. The European standards in the field of citizenship will be analyzed from the point of view of national and international acts, to conclude the need for a modern regulation of national and international legislation in the field of citizenship. Each individual has the right to citizenship and no one can be arbitrarily deprived of his or her citizenship or the right to change their nationality.

Keywords: *European standards, international acts, the right to citizenship*

ANALIZA NECESITĂȚILOR DE RACORDARE A LEGISLAȚIEI NAȚIONALE LA STANDARDELE UNIUNII EUROPENE ÎN DOMENIUL CETĂȚENIEI

Victoria DARI

Doctorand

Școala Doctorală în Drept, Științe Politice și Administrative a Consorțiului
instituțiilor de învățământ ASEM și USPEE

În articolul respectiv se va cerceta necesitatea de racordare a legislației naționale la standardele Uniunii Europene în domeniul cetățeniei. Se vor analiza standardele europene în domeniul cetățeniei prin prisma actelor naționale și internaționale, pentru a concluziona necesitatea unei legiferări moderne a legislației naționale cu cea internațională în domeniul cetățeniei. Fiecare individ are dreptul la cetățenie și nimeni nu poate fi lipsit în mod arbitrar de cetățenia sa sau de dreptul de a-și schimba cetățenia.

Cuvinte-cheie: *standarde europene, acte internaționale, dreptul la cetățenie.*

Introduction. The right to citizenship is enshrined in the Universal Declaration of Human Rights, art. 15, according to which each an individual has the right to citizenship, this right cannot be withdrawn by anyone, and if the individual wishes to change his citizenship, he has full freedom to do so, being constrained by no one and nothing. It is considered that this Declaration was the basis for the contemporary definition of citizenship, according to which the citizen actively participates in the political life of the state, the citizen owns a whole set of rights and free-

doms, and the state in turn is endowed with a string of correlative obligations towards the citizen, therefore human rights form the foundation of the legal status of the citizen and at the same time determine the limits of the state power action.

Purpose of the investigation.

The purpose of the investigation is the need for complex multi-aspect research of the institution of citizenship in conjunction with European Union legislation and standards, resulting in the disappearance of those pragmatic and partial treatments of citizenship over time.



Results obtained and discussions. The European standards in this field are firstly found in the European Convention on Nationality, ratified by the Decision of the Parliament of the Republic of Moldova on October 14, 1999 no. 621-XIV, a fact that registers it at the sources of national law. Nationality law in the Republic of Moldova is a modern legislation, with nothing below the level of the most advanced regulations in the field, in which the criteria based on it are well and balanced articulated, in order to function efficiently in the international flow, taking into account also the international documents to which RM is part of it.

The international acts, referred to in art. 4 of the Constitution of the Republic of Moldova, namely: The Universal Declaration of Human Rights, international covenants and treaties enshrines the principle that each individual has the right to citizenship and no one can be arbitrarily deprived of his or her citizenship or the right to change his or her nationality. The basic principle is that people have the right to citizenship, but forget that people according to the principle of law and international treaties have the right to citizenship and not more. In the Republic of Moldova, as the ways of acquiring citizenship are regulated, we do not pay such attention anymore. But, for example, in Lithuania, where plurality of nationality is not allowed, on the basis of this principle, the obligation to create rules of law appears so that any person can acquire citizenship, because only a second one is allowed under national law.

The Nationality Law of Republic of Moldova of 10.08.2000, with the subsequent modifications, the provisions of the European Convention on citizenship were taken into account. Inspired by modern laws and international practice, the law stipulates successively, within separate chapters, general provi-

sions, the acquisition of citizenship, the procedure of granting citizenship, proof of citizenship, the loss of citizenship, the procedure of withdrawal or approval to renounce citizenship, final provisions and transients. Regarding the Law of 1991, the Law of 2000 marks an essential change of orientation, by recognizing the dual citizenship (art. 24) and expressly stipulates that the conclusion, declaration of invalidity, annulment or dissolution of the marriage between a Moldovan citizen and a foreigner does not have any effect on the citizenship, spouses. According to the law, the ways of obtaining citizenship of the Republic of Moldova are: birth, adoption, naturalization, repatriation and option. Birth is a way of gaining citizenship based on the effects of law. It is the most important way of acquiring citizenship. International practice and national systems of law know two basic principles of acquiring citizenship by birth, namely: - The principle *jus sanguinis* (the right of blood). The child, by birth, automatically obtains the citizenship of the parents or one of the parents, if they have different citizens, the place of birth having no significance [1]. Although, after ratifying the Convention, our country modified the national law of the right to citizenship in accordance with the convention, which coincided with the adoption of new Law on the citizenship of the present moment, the necessity of connecting some legal norms on citizenship to the EU standards is required, which we will refer to below.

Starting from the that the right to citizenship is a fundamental right enshrined in the constitution, and quality of citizen of the Republic of Moldova confers exclusive political rights by which the citizen participates in the management of the state (through the representative bodies), however, our legislation does not provide an impor-

tant norm that would confer the citizen's right to legislative initiative. By the right to the legislative initiative the citizen can influence the public decision – making process. However, the Constitution of the Republic of Moldova provides this right only to the Members of Parliament, the President of the Republic of Moldova, the Government, the People's Assembly of the GTA in Gagauzia. In this context, we mention the opinion of the researchers Gh. Costachi and I. Guceac, who considers that since the people are the holder of national sovereignty (Constitution of the Republic of Moldova, art. 2), it is necessary to legislate in the Constitution the forms of direct intervention of the people in the legislative process, such as: the popular veto, the right to legislative initiative [2]. For example, in Romania, citizens can participate in the political life of the country and by applying the right of legislative initiative, enshrined in the Romanian Constitution, art. 74 (1), according to which the right to legislative belongs to the Government, the deputies and the senators or to a number of at least 100, 000 citizens with voting rights, representing at least a quarter of the counties of the country.

Which is right, Moldovan citizens have the right to initiative to revise the constitution, enshrined in art. 141 paragraph (1) of the Constitution of the Republic of Moldova, as follows:

(1) The revision of the Constitution may be initiated by:

a) a number of at least 200,000 citizens of the Republic of Moldova with voting rights. Citizens who initiate the revision of the Constitution must come from at least half of the administrative-territorial units of level two, and in each of them at least 20,000 signatures must be registered in support of this initiative [3].

Applying the right to legislative initiative, the citizen can directly



influence the legislative process, but in practice this right is very difficult to apply because of the difficulty of reaching the quorum established. However, the citizens' initiative may tend, as the case may be, either to revise the Constitution, or to adopt or just modify some laws, materializing in the submission to Parliament of a legislative proposal that, emanating from a significant number of citizens with the right to vote, it constitutes a signal for the Parliament in the sense that, besides the intrinsic value of the provisions of law that form the legislative proposal and which enjoys the support of an important part of the population of the country, they reveal a problem worthy to be considered by the legislative forum. The fact that citizens initiate a legislative change or even the adoption of a new law in a certain area is a powerful indicator for the Parliament, which must analyze it responsibly and, even if, for various reasons, it does not transform it into law in the proposed form, it must take into account the significance of this popular initiative, namely that the citizens' initiative was generated by a real problem, which a part of the population of the country supports.

It should be mentioned that the citizen's legislative initiative is an important instrument of participatory democracy within the EU, enshrined in art. 11 (4) of the Treaty on EU, art.24 (1) of the Treaty on the Functioning of the EU, EU Regulation no. 211/, art.197a of the Rules of Procedure of the European Parliament [4]. Having said that, we consider it necessary to emphasize that the holder of sovereignty and the only source of power in the Republic of Moldova according to art. 1 paragraph (2) of the Constitution, is the people. And a means of strengthening the sovereignty is the extension of the constitutional practice of the Republic of Moldova of such an institution of direct democ-

racy, as is the "popular legislative initiative" .such institutions for the Republic of Moldova is based on the fact that, under the obvious discrepancy between the quality of the legislative activity and the level of citizen's expectations, the popular legislative initiative could become one the forms of effective influence of the society, the citizens on the legislator. Moreover, the citizens deserve this right starting from the theory of population democracy, respectively, being necessary the constitutionalization of the forms of direct intervention of the people in the legislative process (through the direct regulation of the right to legislative initiative). [5]

The right to have the citizenship of the Republic of Moldova and to preserve it is a norm established by the Constitution of the Republic of Moldova, which guarantees this right, and the law of citizenship enshrines the acquisition of this citizenship by the very fact of birth, based on the principles *ius sanguinis and ius soli*. The Constitution of the Republic of Moldova, although not expressly stipulating that citizenship cannot be withdrawn: (2) No one may be arbitrarily deprived of his citizenship nor of the right to change his citizenship. In our vision it is required to introduce in the Constitution of the Republic a norm that would expressly provide - the citizenship of the Republic of Moldova acquired by birth cannot be withdrawn. By way of example, we recall in this context the Constitution of Romania which contains such a norm (art. 5, paragraph (2), as well as in Law no. 21/1991 of Romanian citizenship, art. 25, paragraph (2) - Romanian citizenship cannot be withdrawn to the person who acquired it by birth, in this context we mention that the law in force does not contain such a norm, and Article 23 stipulates the grounds for withdrawal of citizenship, of which it was previously mentioned, and

we deduce from the text of the law that the legislator, when establishing these grounds, did not refer to the persons who acquired the citizenship of the Republic of Moldova by birth, we consider that modifications can be made in this article and expressly stipulate the impossibility to withdraw the citizenship of those who have acquired it by birth, this is a fundamental principle and unanimously recognized in international practice.

As I mentioned, the vast majority of the constitutional law specialists in the Republic of Moldova stressed as a major novelty when the new law on citizenship was adopted - the issue of double or multiple citizenship (plurality of citizens). At the same time, considering this norm as a way of liberalizing the institution of citizenship, the specialists highlight a series of problems that appear in reality regarding the nominated norm, or most opinions concern the need to modify or improve this norm.

For example, the researcher L.Zaporojan considers that it is necessary to amend art. 24 of the law in force, renaming it "Plurality of citizens" and excluding paragraph (1). According to L.Zaporojan, it is not fair to say that plurality of citizens was fully liberalized in the Republic of Moldova, given that this is not allowed in all situations, because art. 24 does not expressly stipulate that the plurality of citizens in the Republic of Moldova is admitted [6]. From the text of art. 24 it is understood that in our country the plurality of citizens is allowed only in the cases expressly provided by the Citizenship Law. Having said that, we consider that the wording of Article 24 should not be modified, given that the plurality of citizens is an exception. As a rule, persons belonging to the state of the Republic of Moldova have only nationality – the citizenship of the Republic of Moldova. This rule derives from the unitary



character of our state, or among the characteristics of the unitary state is the phrase “one citizenship” [7]. And the European Convention on Citizenship in its text only provides for cases where a state must allow the plurality of citizens, so the Moldovan legislator followed the rules of the of amicably resolving problems that arisen ever time. To this end, the European Convention on Citizenship has been established, which establishes principles and rules regarding the citizenship of citizens, to which the national law of the States Parties must comply” [8]. A proposal regarding the modification of the cuurent regulation of multiple citizenship in the Republic of Moldova belongs to the author T.Cîrnaț. The researcher considers that for the recovery of the situation regarding the multiple citizenship in our country it is necessary to adopt the Law on the multiple citizenship and to include in art. 17 of the Constitution of the Republic the provision that the state recognizes the plurality of citizens.

The admission of the plurality of citizens in the Republic of Moldova became legal after the European Convention on Citizenship was signed in Strasbourg on November 3, 1998, which provides for double citizenship in cases of mixed marriages, the birth of children from mixed marriages, the birth of children, citizens of the Republic of Moldova, by foreign nationals. On March 1, 2000, the Convention entered into force for the European states that ratified it. It should be mentioned that the Convention does not favor the plurality of citizens, referring only to the case of children who automatically acquired different citizens at birth and if the second citizenship was automatically acquired through marriage; in addition, states have the freedom not to admit dual citizenship.

However, it is certain that the

state must ensure the principle of equality and non-discrimination also for persons with dual citizenship, if it has accepted in its legislation the plurality of citizens. But in reality, although the Republic of Moldova has accepted in its legislation the plurality of citizens, it has previously made some legislative changes through the Law for the modification and completion of some legislative acts no. 273-XVI of 07.12.2007, by which a provision was introduced, obviously discriminatory, according to which persons with dual citizenship are not entitled to hold certain public functions in the state. This aspect was also found by the European Court of Human Rights in the case of Tanase and Chirtoaca v. RM, pronounced on November 18, 2008. However, the Constitutional Court, by the Decision of 26.05.2009, recognized the changes made by Law no. 273-XVI from 07.12.2007. In conclusion, we have only to find, as stated in the commentary on the Constitution of the Republic of Moldova, that the state of the Republic has reserved the right to stipulate in its legislation that some public functions in the political, diplomatic, military field, etc. they can only be occupied by persons who are exclusively citizens of the Republic of Moldova [9].

In this context, the researcher Gh. Ciocârlan proposes, because there have been registered abuses against citizens who have dual citizenship, which served as sanction on the part of the ECHR, to introduce in the Constitution of the Republic of Moldova art. (3) a regulation that would guarantee those who hold dual citizenship equal rights, without discrimination in the occupation of public functions and dignities [10].

In this sense we bring the example of Romania, which when ratifying the European Convention on citizenship made following reservation regarding the ap-

plication of art. 17 paragraph 1: “Romanian citizens residing in Romania who have another citizenship, enjoy on the territory of Romania the same rights and have the same obligations as the other Romanian citizens, in accordance with the provisions of the Romanian Constitution” [11]. And art. 16, paragraph 3 of the Romanian Constitution, states: “The public functions and dignities, civil or military, can be occupied, according to the law, by persons who have Romanian citizenship and domicile in the country. The Romanian state guarantees equal opportunities between women and men for the occupation of the these functions and dignities” [12]. From the foregoing, we specify that such a norm should be included in the legislation of our country, which would place Moldovan citizens with plurality of citizens in the same rights as those who do not have dual citizenship, if we still consider that in our country they have priority the norms of international treaties to which RM is a party. In support of the above, we invoke as an example art. 11 paragraph (1) of the Law on the Constitutional Court of the Republic of Moldova: Judge of the Constitutional Court may be the person who holds the citizenship of the Republic of Moldova has his domicile in the country, has superior legal training, high professional competence and at least 15 years old in the legal activity, in the higher legal education or in the scientific activity [13]. So, the fact that a candidate for the position of judge of the Constitutional Court falls under the condition imposed by law, that he has his domicile in the country, would allow him to apply for this position, despite the fact that he holds another citizenship. In this case, the constitutional norm will be respected that all citizens are equal and have the same rights.

In this regard we mention the



opinion of the researcher L. Zaporojan, who invoked some inadvertent, referring the norm of article 25 of the Law on citizenship to the norm article 17 of the European Convention on citizenship, namely: according to the Convention of the citizens of the State party who possess another citizenship and live in this territory, they have the same rights and obligations as the other citizens. The author considers that use of various terms in various laws of the Republic of Moldova regarding access to public functions: “living legally”, “living”, “living in the country”, “living or permanently living in the territory of the Republic of Moldova” creates confusion [14]. Therefore, we conclude that in our country there is no adequate legal framework that would regulate the institution of plurality of citizens, which would not prejudice neither the interests of the state, nor the fundamental rights and freedoms of citizens. It should be recalled here that the European Convention on Citizenship, although it defined the concrete cases when the plurality of citizens is possible, did not limit the states to establish in its national law whether the persons possessing the citizenship of another state could retain or renounce the citizenship of the concrete state. Thus, if the Republic of Moldova allowed and defined the cases when plurality of citizenship is possible in our country, it turns out that citizens with plurality of citizenship are in the same rights as other citizens, without any restrictions.

In art. 36 of the Citizenship Law specifies the documents necessary for acquiring and regaining the citizenship of the Republic of Moldova. At the same time, paragraph (3) of the nominated article states that: The public authorities holding information on the fact that the applicant does not meet the conditions for granting the citizenship of the Republic of Moldova will com-

municate them to the Commission for the issues of citizenship and political asylum of the President of the Republic of Moldova [15]. Regarding this paragraph, he expresses his opinion A. Arseni, considering that the legislator has applied the extensive method, so this norm contradicts the articles 28,29,30 in which the attributions of the bodies empowered with solving the problems of citizenship and determined competences are presented. Thus, it is not necessary to involve other bodies of the public administration in this process [16]. We believe that this article should not have been included in the law.

The establishment of the citizen status through an organic law, as provided by the constitution of art. 17 and the reference to the principle of granting primordially to the international treaties to which RM is a party means a constitutional guarantee of citizenship, the right to have a citizenship.

In general, we express the opinion that the Republic of Moldova is in compliance with its legislation in the world trends regarding the institution of citizenship.

List of references

1. Constituția Republicii Moldova: comentariu. Chișinău: ARC, 2012, p. 90.
2. Costachi Gh., Guceac I. Fenomenul constituționalismului în evoluția RM spre statul de drept. Chișinău, 2003, p.341.
3. Constituția Republicii Moldova din 29 iulie 1994, art. 141, Monitorul Oficial al RM, nr. 1 din 12.08.1994.
4. Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, art. 24, Regulamentul UE nr. 211/2011, art. 197a din Regulamentul de procedură al Parlamentului European.
5. Butucea Eugen. Cetățenii ca subiecți ai procesului legislativ. În: Mecanisme naționale și internaționale de protecție a drepturilor omului. Chișinău, 2014.
6. Zaporojan L. Evoluția reglementărilor legale privind pluralitatea

de cetățenii în Republica Moldova. Revista națională de Drept, 2014, nr.12, p.50.

7. Constituția Republicii Moldova: comentariu. Chișinău:ARC, 2012, p.16.

8. Ciocîrlan Gh. Dezvoltarea instituției cetățeniei în România și Republica Moldova, teză de doctor în drept, Chișinău, 2016, p.142.

9. Constituția Republicii Moldova: comentariu. Chișinău: ARC, 2012, p.94

10. Ciocîrlan Gh. Dezvoltarea instituției cetățeniei în România și Republica Moldova, teză de doctor în drept, Chișinău, 2016, p.160.

11. Anghel Ion M. Implicațiile generate de situațiile de dublă cetățenie în cazul României, <http://www.punctulcritic.ro/vasile-leca-invazia-rusiei-si-implicatiile-asupra-zonei-marii-negre-si-balcani.html>.

12. Constituția României, art. 16.

13. Legea cu privire la Curtea Constituțională a RM nr. 317 din 13.12.1994. În: MO nr.8 din 07.02.1995.

14. Zaporojan L. Evoluția reglementărilor legale privind pluralitatea de cetățenii în Republica Moldova. Revista Națională de Drept, 2014, nr. 12, p. 53.

15. Legea cetățeniei RM din 10.08.2000, art. 36 alin. (3).

16. Arseni A., Drept constituțional și instituții politice: tratat elementar. Chișinău: USM, 200, p.405.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Victoria Ivan DARI,
Head of the Office for Litigation
Registration, Population and
Transport Records, of the
Directorate-General for Legal,
Human Resources and Internal
Organization of the Public
Institution “Public Services
Agency”, Candidate of Law
Sciences Doctoral School in Law,
Political and Administrative
Sciences of the Consortium of
ASEM and USPEE educational
institutions, Stăuceni,
str. M. Eminescu, 4,
e-mail: pozitiv13@yahoo.com,
069028000.



CONCEPTUL DE STATUT JURIDIC AL SUBIECTULUI RĂSPUNDERII JURIDICE

V. DOBÎNDA
doctorand, ULIM

În acest articol se propune o abordare complexă a conceptului de statut juridic al subiectului răspunderii juridice. Principala idee înaintată este că nu poate exista răspundere juridică fără respectarea anumitor drepturi și libertăți ale autorului faptei ilicite în cadrul tragerii la răspundere juridică. Acest cumul de drepturi, libertăți și obligații formează un statut juridic special. Prin intermediul statutului juridic special sunt reglementate raporturile juridice dintre cel ce a comis fapta ilicită și stat, izvorâte în virtutea comiterii faptei ilicite. Statutul juridic al subiectului răspunderii juridice își găsește expresia în normele juridice și raporturile juridice de facto reglementate de aceste norme.

Cuvinte-cheie: *statutul juridic, subiect al răspunderii juridice, drepturi și obligații, raport juridic de răspundere.*

THE CONCEPT OF LEGAL STATUS OF THE SUBJECT OF LEGAL LIABILITY

This article follows a complex approach to the concept of legal status of the subject of legal liability. The main idea is that there can be no legal liability without due respect for certain rights and freedoms of the perpetrator of the wrongful act when bringing him to justice. This combination of rights, freedoms and obligations forms a special legal status. The special legal status regulates the legal relations between the perpetrator and the state, arising from the commission of the wrongdoing. The legal status of the subject of legal liability is expressed in the legal norms and legal relations governed de facto by these norms.

Keywords: *legal status, subject of legal liability, rights and obligations, legal liability report.*

Introducere. La examinarea categoriei de statut juridic, un șir de cercetători din domeniu disting două categorii: situație/cadru juridic și statut juridic [12, p.49]. Opinem că o astfel de distincție nu reprezintă valoare sub aspect practic, iar în acest sens considerăm că ambele categorii coincid atât din punct de vedere etimologic, cât și din cel al esenței.

Doctrina juridică distinge statutul general al persoanei, statutul special și cel individual. În viața reală aceste categorii nu se manifestă separat și independent, ele fiind într-o continuă și permanentă interconexiune și interacțiune. Statutul juridic general reflectă cele mai importante conexiuni de ordin juridic dintre stat și societate pe de o parte, iar pe de alta dintre cetățeni. Această categorie cuprinde tot ce este specific tuturor, fără a include ceea ce este particular. Însă, caracteristica statutului juridic al subiectului răspunderii juridice nu se consumă odată cu cunoașterea statutului general al persoanei, diversitatea raporturilor sociale dau naștere diverselor situații juridice, statutelor juridice individuale și speciale.

Diferențierea cadrului juridic al diferitor grupuri de oameni (iar în rezultat configurarea statutelor speciale) este justificată prin ideea de echitate socială, care ne obligă la identificarea și individualizarea contribuției fiecărui cetățean în sistemul social, la individualizarea statutului juridic al fiecăruia, la luarea în considerație a particularităților activității sale. De aceea, generarea statutelor juridice speciale reprezintă rezultatul reglementării juridice a relațiilor sociale.

Statutul juridic al subiectului răspunderii juridice își găsește expresia în normele juridice și raporturile juridice *de facto* reglementate de aceste norme. Prin intermediul statutului juridic sunt reglementate raporturile juridice dintre cel ce a comis fapta ilicită și stat, izvorâte anume în virtutea comiterii faptei ilicite.

Scopul studiului îl constituie analiza statutului juridic al subiectului răspunderii juridice. Cadrul juridic aceluia ce a comis fapta ilicită, drepturile, obligațiile și garanțiile lui, reglementate de dreptul material, constituie obiect de analiză a acestei investigații. Statutul subiec-

tului răspunderii juridice își găsește expresia în normele și raporturile juridice reglementate de aceste norme.

Metodele aplicate și materialele utilizate în această lucrare sunt cele folosite tradițional în cercetarea unui astfel de fenomen complex cum este fenomenul răspunderii juridice. Analiza complexă, sinteza opiniilor doctrinare, comparația sistemică și logica expunerii ideii formează suportul metodologic al acestei investigații.

Rezultate și discuții. Proclamând în Constituție și fixând în legi drepturile și libertățile persoanei circumscrise statutului său juridic, statul își stabilește limitele competenței. În același timp, el își asumă obligația să asigure, să protejeze, să garanteze și să promoveze statutul juridic al persoanei, creând, în acest scop, mecanisme instituționale și procedee juridice eficiente.

În rezultatul luării în considerație a particularităților ce generează statutele speciale, aceste categorii de statut se caracterizează printr-un grad mai mic de generalitate, întru-



cât se referă la un grup mai restrâns de persoane unite printr-un semn distinctiv comun (în cazul nostru - comiterea faptei ilicite).

Cadrul juridic al celui ce a comis fapta ilicită, drepturile, obligațiile, garanțiile lui reglementate de dreptul material, reprezintă statutul juridic special al subiectului răspunderii juridice. Statutul subiectului răspunderii juridice reprezintă într-o oarecare măsură transformarea statutului juridic general al subiectului în urma comiterii faptei ilicite și, în mod corespunzător, a nașterii în raport cu acesta a unor drepturi și obligații specifice.

Analizând obligațiile juridice ale subiectului răspunderii juridice, din cadrul statutului său special, menționăm din start că în raport cu acesta se naște obligația de a suporta consecințele negative reglementate de sancțiunea normei juridice ce a fost încălcată, adică de a purta răspundere juridică. Consecințele negative se exprimă în limitări ale drepturilor, libertăților, intereselor legitime ale făptuitorului.

Referitor la limitări în drepturi, prof. E. Aramă notează că, libertatea unui subiect nu poate încălca libertatea altuia, fiecare poate face liber numai ceea ce pot face liber ceilalți, astfel încât în mod inevitabil apare problema limitării drepturilor. *Limitarea* se poate considera ca o modalitate civilizată de a reglementa libertatea persoanei în societate. În viziunea cercetătoarei, o trăsătură distinctă de bază a limitărilor este că ele micșorează volumul posibilităților, a libertăților, deci și a drepturilor, ceea ce se face cu ajutorul stabilirii obligațiilor, pedepselor, interdicțiilor. Menirea limitărilor este îngustarea libertății și împiedicarea realizării intereselor antisociale ale persoanei [1, p.57].

Limitarea, în opinia autorului A. Regus, nu poate fi confundată cu *restrângerea*. Astfel, între noțiunea de limitare și restrângere, principala distincție este că prima, este un element de conținut al dreptului și e necesară pentru exercitarea sa, în

timp ce, restrângerea, prin măsuri dispuse de către autoritățile statului, îngreudește exercitarea unui drept în vederea protejării sau realizării unui scop legitim [10, p.54-57].

Unii cercetători, de asemenea, fac distincție dintre *limitele* drepturilor și libertăților și *limitarea* acestora.

Suntem de acord cu prof. D. Micu, care menționează la acest capitol că *limita* este necesară ca și *limitarea*, numai că prima oferă deschiderea, pe când a doua îngreudește și deci, este un fenomen negativ. În acest sens, precizează autorul prevederea în lege a unor drepturi și libertăți nelimitate sau a căror exercitare este nelimitată produce consecințe negative, care provin atât din necircumscrierea cadrului lor de exercitare, cât și din lipsa lor de conținut real. Absența limitelor prevăzute de lege care să permită diferențierea comportamentului legal cu cel ilegal, al modului de exercitare a dreptului în conformitate cu legea sau în contradicție cu litera și spiritul ei, deschide calea arbitrarului, al interpretărilor, care nu se bazează pe normele de drept pozitiv și conferă, astfel, sistemului juridic, trăsături improprii statului de drept. Astfel spus, drepturile și libertățile sunt reglementate de lege, dar exercitarea lor este limitată sau restrânsă, întrucât lipsește caracterul efectiv real. Comportamentul titularilor unor drepturi "nelimitate" prin lege este considerat legal sau ilegal pe baza unor criterii stabilite discreționar de către organele de aplicare a dreptului [5, p.141].

Un alt autor, G. Liceanu sublinia în acest context că, libertatea are sens numai în condițiile existenței limitei, deoarece pentru a se manifesta ea trebuie să depindă de ceva să se circumscrie unor coordonate: "libertatea umană se interpretează într-un mănunchi de limite, care sunt condiția exercițiului" [4, p.11].

Gradul de limitare nu este același, acesta fiind direct dependent de pericolul social generat de comiterea faptei ilicite, de sancțiunea juridică

ce se aplică făptuitorului. De exemplu, subiectele aflate în detenție sunt limitate în circulație, în dreptul de a alege genul de activitate, neavând practic posibilitatea de a-și exercita drepturile în afara locului de detenție. Unele Constituții, de exemplu, a Federației Ruse stipulează expres îngredirea dreptului de vot al persoanelor aflate în detenție (art. 35 alin. (3)) [13].

Mai puțin dure sunt limitările la care este supus subiectul ce a comis fapte ilicite mai puțin grave. Spre exemplu limitarea dreptului de a conduce mijlocul de transport limitează proprietarul care a comis contravenția, în utilizarea propriului mijloc de transport, fapt care în mare parte reprezintă limitarea dreptului de proprietate, care este un drept constituțional. Repararea daunei prin achitarea unei compensații în cazul unei fapte ilicite civile poate fi privită ca o limitare a dreptului de a administra propriile mijloace financiare. Demiterea poate fi privită și ca o limitare în libera alegere a genului de activitate, acest lucru însemnând că, în ciuda voinței proprii, subiectul va trebui să își înceteze activitatea în cadrul întreprinderii/instituției la care este angajat în momentul comiterii abaterii disciplinare.

O limitare semnificativă a drepturilor și libertăților persoanei, care a comis fapta ilicită, este identificată și în simplul fapt că aceasta nu are dreptul de a decide vis-avis de suportarea sau nesuportarea consecințelor negative ce decurg din aplicarea sancțiunii juridice pentru fapta comisă. În plus, respectarea strictă a tuturor limitărilor impuse reprezintă la rândul său o obligație suplimentară ce decurge din situația juridică a făptuitorului. De exemplu, ispășirea pedepsei de detenție în locuri speciale, achitarea amenzii administrative în termeni fixați de lege etc.

De rând cu obligația generală de a suporta consecințele comiterii faptei ilicite, subiectului i se impută o altă obligație de natură materială - cea de a apărea în calitate de subiect



al raporturilor procesuale în calitatea reglementată de lege. Acest lucru ne indică asupra faptului că, deși, raporturile juridice materiale și cele procesuale reprezintă fenomene juridice distincte, ele în cazul realizării răspunderii juridice nu pot evolua separat, dimpotrivă sunt interconectate și interdependente.

Fiecare subiect al raportului juridic de răspundere dispune atât de drepturi, cât și de obligații. Conexiunea dintre drepturi și obligații în calitate de categorie filosofică, a fost caracterizată de către prof. Gh. Mihai [6, p.162]: Conexiunea dintre drepturi și obligații este complicată, se manifestă pe multe planuri și poate fi abordată din multiple perspective. Ea se reflectă în aceea că uneia și aceleiași persoane îi aparțin atât drepturi, cât și obligații. Din acest motiv sarcina de bază este de a garanta exercițiul drepturilor persoanei concomitent cu constrângerea ei să execute obligațiile ce-i revin. Nicidecum nu putem reduce raportul de răspundere juridică la simpla existență a dreptului statului de a pedepsi și a obligației subiectului de a suporta această pedeapsă. Subiectul ce a comis fapta ilicită nu reprezintă doar un obiect asupra căruia va acționa forța de constrângere a statului. Acesta deține și anumite drepturi, în așa fel încât acțiunile cu caracter de sancționare îi pot fi aplicate în corespundere cu fapta ilicită pe care a comis-o, în corespundere cu reglementările din sancțiunea normei juridice, care instituie pedeapsa concretă pentru fapta concretă.

Cumulul drepturilor specifice ale subiectului răspunderii juridice, la fel ca și volumul de obligații ce-i revin depind de forma răspunderii juridice subiect al căreia este acesta, însă, paralel urmează să ținem cont de existența unor astfel de *drepturi care formează fundamentele statutului juridic* al oricărei forme de răspundere juridică, care reflectă principiile generale ale răspunderii juridice și intermediază cele mai principale conexiuni dintre subiectul faptei ilicite și stat.

La această categorie de drepturi ale subiectului răspunderii juridice atribuim:

1. *Dreptul ca la limitările ce i se impun să se respecte întru totul limitele legale și legea.* Acest drept este legat, mai întâi de toate, de principiul legalității, care caracterizează reglementarea juridică a raporturilor sociale izvorâte în contextul comiterii faptei ilicite și nașterii răspunderii juridice pentru comiterea ei. Esența principiului legalității, în acest caz, constă în faptul că, temeiul, măsurile de răspundere juridică întotdeauna sunt strict reglementate de lege și de actele contractuale ce nu contravin legii. Semnificația practică a acestui principiu se rezumă la soluționarea problemelor legate de consfințirea juridică a temeiului răspunderii juridice, a formei acesteia, a limitelor ei, a formei procesuale, dar și a realizării ei inevitabile [7, p.113].

Principiul legalității este strâns legat de principiul contradictorialității. Mecanismul realizării principiului contradictorialității necesită fixare legislativă și executare ireproșabilă a elementelor contradictorialității; prezența părților, oferirea drepturilor egale, independența și neutralitatea instanței de judecată, posibilitatea intervenirii instanței în vederea completării eforturilor părților este încălcarea sau nerespectarea acestor condiții ce are drept urmare încălcarea principiului legalității și a principiului contradictorialității.

2. *Dreptul la o răspundere proporțională faptei ilicite comise.* Această proporționalitate se fundamentează pe principiile de echitate, oportunitate și individualizare. Din punctul de vedere al echității, diverse fapte ilicite trebuie să atragă diverse măsuri de răspundere, făptuitorul urmează să răspundă proporțional. Răspunderea este echitabilă doar atunci când sancțiunile aplicate corespund gradului de pericol social al faptei, intenției făptuitorului, motivelor comiterii faptei, personalității făptuitorului, gradului de vinovăție, circumstanțelor concrete în care a fost comisă fapta [7, p.113].

Autorii D. Sîrcu și A. Moărărescu consideră că, principiul proporționalității este aplicabil în cadrul răspunderii juridice, inclusiv sub denumirea de principiul justeții sancțiunii, presupunând că întinderea răspunderii trebuie să fie direct proporțională cu fundamentul acesteia [11, p.77]. Sancțiunea urmează a fi strict proporțională și corelativă faptei prejudiciabile delicventului. Principiul justeții sancțiunii presupune, în primul rând, în opinia prof. Gh. Avornic, proporționalitatea sancțiunii în raport cu gravitatea faptei ilicite [3, p.656].

Într-o accepțiune generală, principiul proporționalității apare ca o normă imperativă aplicabilă în vederea constatării unui echilibru just și adevărat corelativ între multipli factori (deseori de natură concurentă), care interacționează ca părți componente ale unui sistem întreg și complex. Principiul proporționalității este reclamat cu ocazia unor interese aflate în conflict, determinând prioritatea unuia dintre acestea prin analiza aspectelor urmării unui scop legitim și implementării de metode autorizate adecvate [7, p.187].

3. *Dreptul de a nu suporta chinuri fizice și umilirea demnității umane prin aplicarea sancțiunii.* Acestuia îi corespunde principiul umanismului, care implică în sine: exigențe morale incluse în litera legii, care asigură aplicarea unor măsuri concrete asupra persoanei, care exclud cruzimea, contribuie la apărarea și dezvoltarea intereselor societății, inviolabilității, respectului drepturilor și libertăților, cinstei și onoarei persoanei [12, p.113]. Caracterul uman al măsurilor aplicate în cadrul răspunderii juridice reflectă una dintre formele umanismului și obligă la o atitudine umanistă, atentă, respectuoasă față de onoarea și demnitatea omului. Manifestând umanism, societatea se autoperfecționează din punct de vedere al moralității și conștientizează necesitatea aplicării cât mai eficiente a principiilor moralității umane.



Analizând corelația principiului umanismului cu alte principii ale răspunderii juridice, concluzionăm că principiile legalității, echității, justiției umanismului reprezintă pilonii fundamentali de configurare a răspunderii juridice ca atare. Corelația dintre principiile nominalizate nu doar pune bazele unui criteriu de definire a răspunderii juridice, dar și creează metodologia de realizare a acesteia. Așadar, umanismul nu poate să existe fără legalitate, proporționalitate, celeritate, echitate, justiție sau libertate, dar nici fără răspundere. La rândul lor, nici cele din urmă nu pot să fie realizate în plenitudinea lor decât în condițiile existenței umanismului de drept și transformării lui în principiu de drept universal cu ajutorul conștiinței juridice a societății în general, dar și a fiecărui membru în parte ce pretinde a fi tratat corespunzător principiului vizat [8, p.14-20].

4. *Dreptul la apărare* presupune dispunerea de către subiectul răspunderii juridice a tuturor drepturilor care în mod real îi asigură posibilitatea de a se proteja în fața măsurilor de constrângere, de a identifica și argumenta circumstanțele ce îi justifică acțiunile sau îi atenuează răspunderea, de a-și apăra interesele legitime. Conținutul dreptului la apărare al subiectului răspunderii juridice este interpretat de unii autori doar în sens procesual. Totuși, în opinia noastră, acest drept constituțional are, mai întâi de toate, un conținut juridico-material și anume, acel complex de drepturi subiective garantate de stat care i se pune la dispoziția făptuitorului prin legea materială și la realizarea căora contribuie obligațiile organelor de stat ce le asigură. Astfel, dreptul la apărare ca element de conținut al statutului juridic al subiectului răspunderii juridice dispune de un caracter complex material-procesual și reprezintă una dintre cele mai importante garanții de asigurare a drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor fizice și juridice.

Din cele expuse vom conchide

că dreptul de apărare are un conținut complex și se manifestă sub următoarele aspecte:

- administrarea din oficiu de către organele judiciare a probelor în apărare;

- autoapărarea bănuțului, învinutului și inculpatului;

- asistența juridică acordată bănuțului, învinutului și inculpatului.

Dreptul la apărare, în opinia T. Osoianu ca drept fundamental, este garantat, cel puțin formal, aceasta pornind de la multitudinea de norme juridice de drept material sau procesual care se referă la conținutul, exercitarea și garanțiile acestuia [9, p.4-10].

Cu toate acestea, precizăm că existența cadrului legal necesar pentru garantarea dreptului la apărare este o premisă necesară, însă nu este și suficientă. Numai o aplicare corectă a normelor de drept material și procesual privitoare la dreptul la apărare poate garanta eficient acest drept.

5. *Dreptul la liberare de răspundere juridică sau de pedeapsă* în prezența circumstanțelor reglementate expres de lege. Acesta este rezultatul aplicării principiilor legalității, umanismului, echității, celerității și individualizării. Liberarea de răspundere juridică semnifică excluderea consecințelor negative reglementate de lege pentru comiterea faptei ilicite vis-a-vis de persoana făptuitorului [14, p.36]. Dreptul pentru liberare de răspundere poate servi gradul redus de pericol social al faptei, gradul redus de pericol social pe care-l prezintă persoana făptuitorului, comportamentul socialmente acceptabil al făptuitorului în urma comiterii faptei ilicite, scurgerea termenului de prescripție, amnistia și grațierea.

De toate aceste și alte prerogative subiectul dispune din momentul nașterii raportului material de răspundere juridică și până în momentul stingerii acestuia. Aceste prerogative sunt de natură materială (cu excepția dreptului la apărare

care are un caracter complex); ele se reflectă în forme procesuale, se exercită prin intermediul acțiunilor procesuale, dar aceste circumstanțe nu le exclud în niciun caz conținutul material.

De menționat că drepturile nominalizate anterior trebuie să corespundă normelor constituționale și actelor internaționale din domeniul drepturilor omului în virtutea respectării unității dintre actele interne și internaționale din același domeniu. Tocmai din acest motiv exercițiul drepturilor subiective ale subiectului răspunderii juridice urmează a se înscrie în limitele reglementate de lege și să se realizeze cu mijloacele admise de lege.

Concluzii. În concluzie menționăm că, categoria de statut juridic este una destul de complexă, iar, în sens larg, cuprinde atribute ale persoanei precum capacitatea juridică, garanțiile și condițiile fără de care subiectul nu-și poate realiza la modul practic drepturile și obligațiile pe care le deține. Totuși un rol determinant în statutul juridic al subiectului revine drepturilor și libertăților juridice, obligațiilor juridice, altfel spus elementele structurale ale conținutului fundamental al fenomenului examinat în sens restrâns. Completarea statutului juridic general în cazul răspunderii juridice se reflectă în dobândirea de către subiect a unor drepturi, libertăți, obligații ce nu sunt caracteristice tuturor subiectelor de drept, ele putând fi determinate ca specifice. Cumulul de drepturi, obligații, interese specifice ale subiectului răspunderii juridice prezintă o mare importanță pentru caracterizarea statutului juridic al acestuia, reprezintă o parte indispensabilă a acestuia.

Referințe bibliografice

1. ARAMĂ, E. Repere metodologice pentru studierea și aplicarea dreptului. Chișinău: CEP USM, 2009. 210 p.
2. AVORNIC, Gh. Teoria generală a dreptului. Chișinău: Cartier juridic, 2004. 656 p.
3. ELLIS, E. The principle of propor-



tionality in Law of Europa. Portland: Hart Pulliaing, 1999. 187 p.

4. LIICEANU, G. Despre limită. București: Humanitas, 2007. 228 p.

5. MICU, D. Garantarea drepturilor omului. București: All Beck, 1998. 376 p.

6. MIHAI, Gh. Teoria dreptului. Ediția a 3-a. București: C. H. Beck, 2008. 315 p.

7. MITITELU, D. Principiile răspunderii juridice. Teză de doctorat, Chișinău: ILIM, 2011. 196 p.

8. MUNTEANU, R. Corelația principiului umanismului cu cel al echității și justiției în cadrul răspunderii juridice. În: Materialele Conferinței științifice și teoretico-practice internaționale: „Promovarea drepturilor omului în contextul integrării europene: teorie și practică” ULIM. 18 octombrie 2013. p. 14-20.

9. OSOIANU, T., VESCO, I. Consacrarea normativă și doctrinară a dreptului la apărare. În: Avocatul poporului, nr. 2008, nr. 12, pp. 4-10.

10. REGUS, S. Drepturile și libertățile omului: limitare și restrângere. În: Закон и жизнь, 2012, nr.7, pp.54-57.

11. SÎRCU, D. MORĂRESCU, A. Definirea principiului proporționalității, în lumina jurisprudenței naționale și internaționale. În: Studia Universitatis Moldaviae, 2013, nr. 3, p. 77-81.

12. ВИТРУК, Н. В. Общая теория правового положения личности. М.: Норма ИНФРА, 2017. 448с.

13. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ, от 05.02.2014 N 2-ФКЗ, от 21.07.2014 N 11-ФКЗ <http://www.constitution.ru/>

14. ТИХОНЕНКО, И. Н. Основания освобождения от юридической ответственности. Дис.... канд. юрид. наук. М., 1996. 161 с.

INFORMAȚIA DESPRE AUTOR:

Vasile DOBÎNDA,
doctorand, ULIM
tel.: 069150123
e-mail:
vasiledobinda78@gmail.com

INFORMATION ABOUT AUTHOR:

Vasile DOBÎNDA
Phd student
com Free International
University of Moldova
tel.: 069150123
e-mail:
vasiledobinda78@gmail.com

CZU: 342.531.4(478)

DOCUMENTAREA CA METODĂ DE REALIZARE A CERCETĂRII DOCTORALE

Victor DONOS

doctorand,

Școala doctorală Științe Juridice, Politice și Sociologice

Articolul cuprinde o trecere în revistă a uneia dintre cele mai importante metode de cercetare, precum este documentarea. După o scurtă expunere a esenței și modalităților de realizare și aplicare a acestei metode, autorul precizează modalitatea de aplicare a acesteia la realizarea propriei cercetări de doctorat, aflată în plină desfășurare.

Cuvinte-cheie: teză de doctorat, cercetare științifică, metodologie, metodă de cercetare, documentare.

DOCUMENTATION

AS A METHOD OF REALIZATION OF THE DOCTORAL THESIS

The article includes an overview of one of the most important research methods such as documentation. After a brief presentation of the essence and methods of implementation and application of this method, the author specifies how to apply it to his own doctoral research, which is in full swing.

Keywords: doctoral thesis, scientific research, methodology, research method, documentation.

Introducere. Activitatea de cercetare/studiu a unui cercetător (inclusiv a unui cercetător doctorand) presupune, în primul rând, cunoașterea literaturii editate de alți cercetători în domeniul de referință, în vederea utilizării lor (ca sursă de inspirație) pentru cercetările/descoperirile ulterioare.

Cunoașterea literaturii de specialitate este posibilă prin intermediul aplicării metodei cercetării bibliografice, care înseamnă o activitate de selectare a surselor de informație, utilizând diferite instrumente bibliografice: cataloage electronice și tradiționale, bibliografii, baze de date, site-uri etc. Activitatea de cercetare bibliografică poartă denumirea de **documentare**, fără de care nicio cercetare științifică nu poate fi realizată.

Scopul studiului. În contextul în care, cu puțin timp în urmă am demarat realizarea unui important proiect de cercetare doctorală, considerăm că ne este absolut necesar (și avem în vedere toți tinerii cercetători/doctoranzi) să pătrundem în

esența documentării ca metodă de cercetare științifică, pentru că aflându-i particularitățile, să ne formăm abilități de aplicare eficientă a acesteia.

Rezultate obținute. Așadar, potrivit specialiștilor în domeniu [1; 2; 3; 4], documentarea este o etapă necesară a cercetării științifice, având drept scop cunoașterea experienței științifice în domeniul supus investigației, în domeniile afiliate și în celelalte domenii de cunoaștere a realității. Documentarea este un proces multilateral care conturează mijloacele necesare diseminării documentelor și familiarizează cu subiectul viitoarei cercetări.

În esența sa, documentarea este un proces cu un conținut complex care cuprinde trei forme: *documentarea bibliografică*, *documentarea directă* și *consultarea specialiștilor*.

În general, procesul de documentare cuprinde câteva etape: informarea asupra surselor; culegerea surselor; studierea surselor; utilizarea surselor.



Informarea asupra surselor – se realizează prin următoarele operațiuni principale: identificarea surselor existente pentru tema de cercetare; locul unde este depozitată și posibilitățile de obținere, de acces; conturarea unui program de continuare a informării pe parcursul etapelor de cercetare care urmează documentării în ansamblu, până la încheierea unei teme de cercetare.

Culegerea surselor – cuprinde următoarele activități: obținerea (procurarea) surselor; notarea (fișarea) surselor; examinarea sumară a surselor (cuprinsul acestora, semnificația, posibilitatea de folosire ulterioară etc.)

Studierea surselor – este etapa cu cel mai intens consum intelectual de timp. Aceasta cuprinde următoarele activități importante: gruparea surselor în mai multe clase, în raport cu conținutul temei de cercetare și cu timpul disponibil de studiu; evaluarea globală a surselor; studiul aprofundat al surselor din perspectiva nevoii de cunoaștere a literaturii de specialitate, a faptelor empirice, a ipotezelor și ideilor teoretice pro și contra, a metodei de analiză etc. În acest scop se folosesc instrumente și tehnici specifice fiecărei forme de documentare.

Utilizarea surselor – se referă la: consemnarea sistematizată a informațiilor unei surse ca bază de comparație și confruntare cu alte surse; interpretarea generală a surselor; pregătirea utilizării informațiilor documentare în cadrul celorlalte etape ale cercetării propriu-zise, definitivării structurii finale a lucrării în vederea redactării etc.

Documentarea bibliografică

Documentarea bibliografică este o componentă a procesului de documentare științifică, rolul ei fiind acela de a da posibilitatea ca, prin intermediul literaturii de specialitate, să fie cunoscut ansamblul rezultatelor științifice existente la un moment dat.

Sursele de documentare bi-

bliografică după gradul de originalitate și intermediere se structurează pe patru categorii: *documente primare; documente secundare; documente terțiare.*

Documentele primare sunt cele care cuprind rezultate ale cercetărilor științifice, contribuțiile originale ale cercetătorilor. Documentele primare se împart în:

- *documente primare periodice* – editoriale, reviste, ziare, publicații etc.;

- *documente primare tradiționale* – cărți, broșuri, publicații ale unor instituții și organisme naționale și internaționale;

- *documente primare speciale* – brevete de invenție, teze de doctorat, standarde;

- *documente de evidență a faptelor empirice* – evidența statistică, evidența operativă, analize, expertize etc.

Documentele secundare – sunt rezultatul prelucrării documentelor primare în vederea facilitării muncii cercetătorului de identificare, selecție și de utilizare a documentelor primare. Documentele secundare se clasifică în: *documente secundare periodice* – reviste de referate, reviste de titluri etc.; *documente secundare neperiodice* – enciclopedii, dicționare, sinteze bibliografice etc.

Documentele terțiare – sunt acelea care rezultă din prelucrarea documentelor secundare. Documentele terțiare sunt: culegeri de traduceri, bibliografii, sinteze de referate etc.

Distincția dintre documentele terțiare și documentele secundare nu are mare importanță pentru cercetători decât în fazele incipiente ale documentării și aceasta numai în scop de informare și selectare a documentelor primare.

Cele patru categorii de documente se explorează și se utilizează cu ajutorul unor instrumente specifice fiecărei etape interne de documentare, după cum urmează:

a) La etapa *informării* se apelea-

ză la următoarele mijloace: reviste, cataloage, buletine de informare etc., în rândul acestora, un rol special revine cataloagelor.

Catalogul este o listă a datelor de identificare care cuprinde toate sau o parte apreciabilă din fondul de documente al unei unități specializate. Această listă este elaborată pe baza unor principii care facilitează identificarea lucrărilor științifice de care are nevoie cercetătorul. Inspectarea preliminară a cataloagelor permite elaborarea unei liste inițiale a bibliografiei (bibliografia de plecare).

b) La etapa *culegerii surselor* se folosesc următoarele instrumente: fișa bibliografică, explorarea globală a sursei și referatul documentelor.

Fișa bibliografică este un instrument de culegere a sursei documentare care cuprinde informații generale despre sursă, cum sunt: numele autorului, titlul lucrării, denumirea editurii, locul apariției, anul apariției, numărul de pagini.

Explorarea globală a sursei este o tehnică specifică de muncă intelectuală, deosebit de prețioasă în toate cazurile, dar mai ales atunci când volumul de documentare este prea mare, iar timpul nu permite un studiu aprofundat.

Explorarea globală presupune: o lectură rapidă, limitată, în principal a cuprinsului, prefaței, a rezumatului sau lectura „în diagonală” a unor pagini; sesizarea mesajului, a menirii lucrării, poziția de principiu a autorului, soluția avansată; ce reprezintă ea în raport cu alte soluții, alte cărți, alți autori.

c) La etapa *studierii surselor* se folosesc următoarele instrumente: note de lectură, referate documentare, referate documentare de sinteză.

Notele de lectură pot lua forme concrete foarte diferite, și anume: rezumat, conspect, adnotări, extrase și citate.

Referatul documentar reprezintă o prezentare sumară a conținutului



unei singure surse bibliografice și anume: caracterul sursei (teoretic, metodologic etc.); documentar-informativ pe care îl conține; rezultate, concluzii, soluții și propuneri.

Referatul documentar de sinteză sintetizează conținutul mai multor surse documentare și, în acest caz, se cere asigurat un spirit critic corect asupra ideilor autorilor o dată cu alte date și informații utile privind anul apariției, ediția, editura și editorul, date despre autor, alte lucrări ale acestuia.

d) La etapa *utilizării documentației științifice* se distribuie întreaga informație pe parcursul tematicii lucrării pentru a putea confrunta teoria cu datele empirice, pentru susținerea, confirmarea sau infirmarea unor ipoteze, pentru formularea concluziilor și soluțiilor, ca și pentru definitivarea planului de redactare a lucrării.

În urma studierii tuturor surselor documentare, cercetătorul trebuie să poată realiza o ierarhie a acestora și a autorilor în ceea ce privește contribuțiile sau minusurile, metodele de cercetare, lacunele acestora și ale datelor. Toate acestea sunt posibile numai dacă cercetătorul realizează confruntarea autorilor și surselor, a ideilor, dacă se asigură compatibilitatea și comparabilitatea datelor etc.

Procesul documentării asupra tezei de doctorat.

Raportat la tema programului de cercetare doctorală – *Responsabilitatea și răspunderea aleșilor poporului într-un stat de drept*, procesul de documentare, inițiat de ceva timp în urmă, se află în prezent la etapa sa incipientă – *etapa informării* cu o ușoară trecere la etapa *culegerii surselor* (cu excepția obiectivelor care deja au fost realizate prin elaborarea și publicarea a câteva articole științifice [5; 6; 7; 8; 9; 10; 11], în cazul cărora procesul de documentare a parcurs deja toate etapele, fiind finalizat).

Dat fiind faptul că însăși întocmirea proiectului de cercetare

științifică a necesitat o documentare temeinică în domeniu, la moment, am reușit să întocmim o listă consistentă de surse, în care se regăsesc lucrări atât cu caracter general, care tangențial abordează subiectul, cât și cu caracter special, în care sunt aprofundate diferite aspecte ale acestuia. Realizând o tipologizare a acestora, putem enunța următoarele lucrări care stau la baza cercetării teoretice doctorale:

Surse cu caracter general:

1. Arseni O. *Reflecții asupra naturii juridice a răspunderii organelor administrației publice locale față de colectivitatea locală*. Anuar Științific vol. VII-VIII. Chișinău, 2010. p. 305-309.

2. Arseni O. *Reflecții asupra instituției răspunderii în dreptul constituțional*. În: *Legea și Viața*, nr. 5, 2009, p. 4-6.

3. Baltag D. *Unele aspecte ale răspunderii juridice constituționale*. În: *Legea și Viața*, 2007, nr. 8.

4. Boilă L.R. *Răspunderea civilă delictuală obiectivă*. Ediția a II-a. București: C.H. Beck, 2014. 658 p.

5. Cojocar E. *Statul și răspunderea juridică civilă*. În: *Statul de drept și problemele minorităților naționale*. Materiale ale Conferinței teoretico-științifice internaționale (11-12 ianuarie 2002, mun. Bălți). Chișinău: Universul, 2002.

6. Costachi Gh. *Direcții prioritare ale edificării statutului de drept în Republica Moldova*. Chișinău: F.E.-P. „Tipografia Centrală”, 2009.

7. Costachi Gh. *Statul de drept: între teorie și realitate*. Chișinău, 2000.

8. Costachi Gh., Cușmir V. *Probleme ale statutului de drept și administrării democratice*. Chișinău: „Tipografia Sirius”, 2001.

9. Costachi Gh., Hlipca A. *Unele probleme privind răspunderea în dreptul constituțional*. În: *Revista Națională de Drept*, 2008, nr. 8.

10. Costachi Gh., Muruianu I. *Delictul constituțional ca temei*

al răspunderii constituționale. În: *Jurnalul Juridic Național: teorie și practică*, 2014, nr. 3, p. 4-12.

11. Micu V. *Culegere de studii științifice la tema tezei de doctor în drept*. Chișinău; S.n., 2017. 160 p.

12. Micu V. *Noțiunea de răspundere parlamentară: conținut și accepțiuni*. În: *Revista științifică internațională „Supremația dreptului”*, 2016, Tom I, p. 112-116

13. Micu V. *Răspunderea și responsabilitatea ca fenomen social*. În: *Legea și Viața*, 2017, nr. 6, p. 36-40

14. Muruianu I. *Statul ca subiect al răspunderii constituționale*. În: *Legea și Viața*, 2010, nr. 8, p. 16-19.

15. Popa V. *Drept public*. Chișinău, 1998. 460 p.

16. Tomescu C.-R. *Raporturile dintre Guvern și Parlament*. București: C.H. Beck, 2012. 356 p.

17. Колосова Н.М. *Теория конституционной ответственности: природа, особенности, структура*. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. Москва, 2006.

18. Милушева Т.В., Филатова А.В. *Концепция ответственности публичной власти в России*. În: *Современное право*, 2008, nr. 11.

19. Муруяну И. *Особенности конституционной ответственности как вид юридической ответственности*. În: *Закон и Жизнь*, № 12, 2010. p. 11-16.

20. Iorgovan A. *Tratat de drept administrativ*. Vol. I. București: All Beck, 2001.

21. Petrescu R.N. *Drept administrativ*. Cluj-Napoca: Cordial Lex, 2001.

22. Prisăcaru V.I. *Funcționarii publici*. București: All Beck, 2004 (496 p.)

23. Santai I. *Drept administrativ și știința administrației*. Vol. I. Sibiu: Ed. Alma Mater, 2014.

24. Muraru I. Tănăsescu E.S.



Constituția României: comentariu pe articole. București: C.H. Beck, 2008.

25. Muraru I., Tănăsescu E.S. *Drept constituțional și instituții politice.* Ediția a X-a. București: Lumina Lex, 2002.

Surse cu caracter special:

26. Arseni O. *Forme și tipuri de răspundere a organelor și funcționarilor administrației publice locale.* În: *Legea și Viața*, nr. 9, 2009, p. 9-13.

27. Arseni O. *Abordarea juridico-comparativă a instituției încetării înainte de termen a mandatului aleșilor locali.* În: *Contribuții științifice la edificarea și consolidarea statului de drept*, materiale ale conferinței științifice internaționale din 3 mai 2011 (mun. Chișinău). Chișinău: 2011. p. 733-742.

28. Arseni O. *Răspunderea municipală a organelor administrației publice locale: viziuni și argumente.* În: *Respectarea drepturilor omului – condiție principală în edificarea statului de drept în Republica Moldova.* Materialele conferinței științifico-practice internaționale (2010, Bălți). Chișinău: 2010. p. 425-431.

29. Arseni O. *Reflecții asupra noțiunii și esenței răspunderii administrației publice locale.* În: *Legea și Viața*, nr. 6, 2009, p. 15-18.

30. Costachi Gh., Mazur V. *Autoritatea primarului în sistemul administrației publice locale.* În: *Legea și Viața*, 2013, nr. 10, p. 4-7.

31. Mazur V. *Primarul și consiliul local – autorități ale administrației publice locale.* În: *Закон и Жизнь*, 2013, nr. 10, p. 52-55.

32. Micu V. *Principiul responsabilității în dreptul public.* În: *Tendențe contemporane ale dezvoltării științei: viziuni ale tinerilor cercetători*, materialele conferinței științifice cu participare internațională a doctoranzilor, din 15 iunie 2017. Ed. a VI-a. Vol. II. Chișinău: UAȘM, 2017, p. 162-170.

33. Micu V. *Răspunderea ca element al statutului parlamentarului.* În: *Legea și Viața*, 2017, nr. 5, p. 35-39.

34. Micu V. *Răspunderea constituțională a Parlamentului.* În: *Revista științifică internațională „Supremația dreptului”*, 2016, nr. III, p. 85-89.

35. Micu V. *Răspunderea juridică a statului: forme și temeuri.* În: *Защита прав человека, научно-практическая конференция*, г. Комрат, Республика Молдова, 26 октябрь 2017. Комрат, 2017, p. 24-31

36. Micu V. *Răspunderea parlamentară: teorie și practică.* Chișinău: S.n., 2017. 304 p.

37. Micu V. *Răspunderea penală a parlamentarilor – garanție a respectării principiilor statului de drept (legislație și jurisprudență relevantă).* În: *Обучение в области прав человека. Сборник статей.* Chișinău, 2017, p. 50-63.

38. Micu V. *Responsabilitatea puterii publice – garanție a respectării drepturilor omului.* În: *Interferența dreptului intern și internațional în realizarea protecției drepturilor și libertăților fundamentale ale omului*, Materialele mesei rotunde cu participare internațională din 8 decembrie 2016. Chișinău: AAP, 2017, p. 72-78.

39. Mocanu-Suciu A. *Răspunderea funcționarilor publici.* București: C.H. Beck, 2015. 282 p.

40. Popescu R.D. *Răspunderea Parlamentului în Dreptul constituțional.* Buc.: C.H. Beck, 2011.

41. Pupăzan C.G. *Răspunderea penală a aleșilor.* București: Hamangiu, 2016. 334 p.

42. Tataru Gh. *Culegere de studii științifice la tema tezei de doctorat. Vol. I.* Chișinău: S.n., 2017. 147 p.

43. Tataru Gh. *Demiterea – o măsură veritabilă de răspundere constituțională a Șefului de Stat.* În: *Revista științifică internațională „Supremația dreptului”*, 2017, Ucraina, nr. 2, p. 74-82.

44. Tataru Gh. *Formele de răspundere a șefului de stat.* În: *Tendențe contemporane ale dezvoltării științei: viziuni ale tinerilor cercetători*, Materiale ale conferinței doctoranzilor din 25 mai 2016. Ediția a V-a. Chișinău: 2016, p. 230-234

45. Tataru Gh. *Imunitatea – instrument de protecție a mandatului șefului de stat.* În: *Jurnalul juridic național: teorie și practică*, 2017, nr. 2, p. 42-46.

46. Tataru Gh. *Imunitatea șefului de stat: evoluție, conținut și forme.* În: *Revista științifică internațională „Supremația dreptului”*, 2016, Ucraina, nr.1, p. 51-57

47. Tataru Gh. *Răspunderea constituțională a șefului de stat: argumente și particularități.* În: *Rolul instituțiilor democratice în protecția drepturilor omului*, Materialele mesei rotunde din 11 decembrie 2015. Chișinău: AAP, 2016, p. 196-208

48. Tataru Gh. *Răspunderea Șefului de Stat în spațiul european.* În: *Legea și Viața*, 2017, nr. 6, p. 51-54.

49. Tataru Gh. *Răspunderea șefului de stat: concept și forme.* În: *Revista științifică internațională „Supremația dreptului”*, 2016, Ucraina, nr.3, p. 23-28

50. Tataru Gh. *Reflecții asupra răspunderii penale a șefului de stat.* În: *Legea și Viața*, 2017, nr. 5, p.49-52.

51. Tataru Gh. *Rolul instituției prezidențiale în cadrul sistemului puterii de stat.* În: *Legea și Viața*, 2016, nr. 10, p. 45-49

52. Tataru Gh. *Temeiurile răspunderii penale a Șefului de stat.* În: *Tendențe contemporane ale dezvoltării științei: viziuni ale tinerilor cercetători*, conferința doctoranzilor din 15 iunie 2017. Ediția a VI-a. Chișinău, 2017, p. 209-213.

53. Trăilescu A. *Răspunderea patrimonială pentru actele administrative de autoritate nelegale.* București: C.H. Beck, 2013. 284 p.

54. Pupăzan C. G. *Considerații cu privire la protecția manda-*



tului Președintelui României. În: Analele științifice ale Universității „Al.I.Cuza” Iași, Tomul LIX, Științe Juridice, 2013.

55. Muruianu I. *Reflecții asupra răspunderii constituționale a Guvernului și a Președintelui Republicii Moldova*. În: Teoria și practica administrării publice, materialele conferinței științifico-practice cu participare internațională din 20-21 mai 2013. Chișinău: 2013

După cum se poate observa, în mare parte, documentarea a fost axată pe arealul științific autohton, și doar, parțial, pe arealul științific din România și Federația Rusă (ceea ce neapărat va fi realizat/completat în următoarele etape ale documentării).

Literatura a fost selectată ținându-se cont de principalele obiective de cercetare propuse spre realizare, printre care:

- determinarea subiecților de drept care formează categoria aleșilor poporului;
- precizarea cadrului normativ care reglementează statutul acestor subiecți, element component al căruia fiind răspunderea juridică;
- identificarea formelor de răspundere juridică de care sunt pasibili aleșii poporului;
- analiza particularităților diferitor forme de răspundere a aleșilor poporului etc.

Totodată, s-a realizat și o grupare a surselor științifice (mai ales a celor cu caracter special) în funcție de obiectivele de cercetare și aspectele principale ce urmează a fi abordate în teza de doctorat. O atenție distinctă s-a atras grupării surselor în funcție de:

- categoria de aleși ai poporului (deputat, șef de stat, consilier, primar);
- forma răspunderii (politică și juridică: penală, disciplinară, contravențională, materială, constituțională, disciplinară etc.)

Paralel, au fost selectate și stocate principalele acte normative care reglementează statutul aleșilor

poporului și regimul juridic al acestuia, printre care:

1. *Constituția Republicii Moldova* din 29.07.1994. Republicată: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.78/140 din 29.03.2016 (cu modificări și completări ulterioare aduse prin Legea nr. 256 din 25.11.2016 și Legea nr. 70 din 13.04.2017).

2. *Legea cu privire la funcția publică și statutul funcționarului public* nr. 158 din 04.07.2008. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova Nr. 230-232 din 23.12.2008 (actualizată – 26.07.2018).

3. *Legea cu privire la statutul persoanelor cu funcții de demnitate publică* nr. 190 din 16.07.2010. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldov nr.194-196 din 05.10.2010 (actualizată – 27.07.2018)

4. *Legea privind statutul alesului local*, nr. 768 din 02.02.2000. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 34 din 24.03.2000 (actualizată – 01.08.2016)

5. *Legea cu privire la administrația publică locală*, nr. 436 din 28.12.2006. În: Monitorul Oficial nr. 32-35 din 09.03.2007 (actualizată la 15.11.2018).

6. *Regulamentul Parlamentului* aprobat prin Hotărârea Parlamentului nr. 10 din 29.03.1994. În: Monitorul Oficial nr. 04 din 30-04-1994.

La moment, procesul de documentare (la capitolul selectării) este axat pe selectarea jurisprudenței Curții Constituționale a Republicii Moldova și a practicii Curții Europene a Drepturilor Omului care au tangență cu problema răspunderii juridice a aleșilor poporului. Principalul instrument de documentare servește resursele Internetului, în special: baza de date a hotărârilor Curții Europene și baza de date a Curții Constituționale.

În concluzie, menționăm că procesul de documentare se află în plin proces de desfășurare, selectarea surselor având loc în paralel cu cercetarea și analiza acestora.

Bibliografie

1. Dulșchi S. Studii bibliografice în teza de doctor: aspecte metodologice. În: Administrarea publică, 2017, nr. 2. [URL]: <http://aap.gov.md/files/publicatii/revista/articole/94/ro/Dulșchi.pdf>
2. Repanovici A. Tehnici de documentare, redactare și comunicare. [URL]: <http://webbut.unitbv.ro/Carti%20on-line/Repanovici/TDRC.pdf>.
3. Buzărnescu M. Argumentarea necesității unei cercetări preliminare ca element de legătură între cercetarea teoretică și cercetarea experimentală. Vol IV • Nr. 2 • 2012. [URL]: <http://www.marathon.ase.ro/pdf/vol4/42/2%20Mihai%20Buzarnescu.pdf>
4. Stoica M. Metode bibliografice de cercetare. [URL]: <http://www.dstoica.ro/wp-content/uploads/2011/10/Metode-bibliografice-de-cercetare.pdf>.
5. Donos V., Costachi Gh. Aleșii poporului în sistemul funcționarilor publici ai statului. În: *Legea și Viața*, 2018, nr. 11, p. 4-8.
6. Donos V. Reflecții asupra categoriilor de izvor de drept și formă a dreptului. În: Conceptul de dezvoltare a statului de drept în Moldova și Ucraina în contextul proceselor de eurointegrare, Materialele conferinței internaționale științifico-practice din 2-3 noiembrie 2018. Chișinău: Ed. Iulian, 2018, p. 15-21.
7. Donos V. Privire generală asupra formelor de răspundere a funcționarilor publici. În: *Jurnal Juridic Național: teorie și practică*, 2018, nr. 6, p. 71-75.
8. Donos V. Răspunderea politică a demnitarilor aleși. În: *Legea și viața*, 2019, nr. 1, p. 40-43.
9. Donos V. Responsabilitatea ca exigență socio-juridică importantă a statului de drept. În: *Legea și viața*, 2019, nr. 9, p. 51-55.
10. Donos V. Valoarea și semnificația răspunderii ca fundament juridic al statului de drept. În: *Jurnalul Juridic Național: teorie și practică*, 2019, nr. 5, p. 19-24.
11. Donos V. Statutul juridic al aleșilor poporului. În: *Legea și viața*, 2019, nr. 12, p. 34-38.

DESPRE AUTOR/ABOUT
AUTHOR

Victor DONOS,
doctorand, Școala doctorală Științe
Juridice, Politice și Sociologice,
PhD student, Doctoral School of
Legal, Political and Sociological
Sciences,
e-mail: donosvictor@gmail.com



CZU: 342.92(478)

CETĂȚENII CA SUBIECȚI AI PROCESULUI DECIZIONAL AL PARLAMENTULUI

Matei LAZĂR

doctorand,

Școala doctorală Științe Juridice, Politice și Sociologice

Articolul cuprinde o abordare succintă a problemei implicării cetățenilor în procesul decizional al Parlamentului. Ca rezultat al analizei cadrului legislativ în vigoare, autorul argumentează importanța și necesitatea implicării cetățenilor în cadrul acestui proces sub forma inițiativei legislative și prin intermediul referendumului legislativ.

Cuvinte-cheie: constituție, proces decizional, Parlament, inițiativă legislativă, cetățeni, referendum legislativ.

CITIZENS AS SUBJECTS OF THE DECISION-MAKING PROCESS OF PARLIAMENT

The article contains a brief approach to the issue of involving citizens in Parliament's decision-making process. As a result of the analysis of the current legislative framework, the author argues the importance and necessity of involving citizens in this process in the form of legislative initiative and through the legislative referendum.

Keywords: constitution, decision-making process, Parliament, legislative initiative, citizens, legislative referendum.

Introducere. În general, după cum susțin cercetătorii, procesul decizional este propriu tuturor autorităților statului, doar că la fiecare acesta dispune de particularități distincte în funcție de specificul autorității și modul de exercitare a competențelor legale. Respectiv, și Parlamentului îi este propriu un veritabil și distinct proces decizional, prin intermediul căruia acesta își realizează, în special, competențele sale legislative [13, p. 138].

În context, trebuie să recunoaștem că Parlamentul este instituția centrală a democrației, ce întruchipează voința poporului și reprezintă societatea în toată diversitatea sa, fapt ce presupune că trebuie să fie un model al transparenței [2, p. 114], deschis spre comunicare, spre dialog și receptivitate cu societatea civilă [7, p. 16-17]. Cu toate acestea, cercetătorii atestă o încredere scăzută față de Parlament din partea cetățenilor ca rezultat al lipsei de transparență în activitatea acestuia [13, p. 138]. O astfel de percepție, desigur că poate fi anihilată prin intermediul unei implicări largi a cetățenilor în procesul decizional al legislativului.

În doctrină, asigurarea participării cetățenilor la procesul legislativ

este apreciată ca având o semnificație deosebită atât pentru dezvoltarea societății civile și edificarea statului de drept, cât și pentru atingerea scopurilor reale ale democrației. Participarea cetățenilor și a asociațiilor acestora (a organizațiilor și colectivelor culturale, profesionale etc.) la procesul legislativ asigură stabilirea echilibrului necesar între interesele publice și cele obștești, fapt ce constituie o condiție obligatorie pentru funcționarea stabilă a oricărui organism statal [20, p. 247]. Aceste momente accentuează într-un mod distinct necesitatea și actualitatea cercetării procesului și modalităților de implicare a cetățenilor în procesul decizional al legislativului.

Scopul studiului. Pornind de la cele enunțate, în prezentul demers științific ne propunem o abordare succintă a problemei implicării cetățenilor în procesul decizional al Parlamentului în vederea elucidării esenței și formelor de manifestare a acesteia (inițiativa legislativă și referendumul legislativ).

Rezultate obținute și discuții. Din perspectivă istorică, trebuie reamintit că în fosta URSS, mulți ani la rând s-a acordat o atenție deosebită democratizării procesului de

creare a legilor. Publicarea planurilor activității legislative, evidența propunerilor cetățenilor și sistematizarea acestora, dezbaterile publice generale, sondajul opiniei publice pe marginea proiectelor de legi au fost măsuri destul de caracteristice acelor vremuri [23, p. 269-270]. Cel mai relevant exemplu, în acest sens, servește dezbaterile publice a proiectului Constituției URSS, care a avut loc în perioada 5 iunie–sfârșitul lunii septembrie anul 1977. Potrivit datelor oficiale, la acestea au participat mai mult de 140 milioane de persoane, au fost desfășurate în jur de 1,5 milioane de adunări ale colectivelor de muncă la întreprinderi și colhozuri, la unitățile militare și la domiciliul cetățenilor. În total au parvenit 400 mii de propuneri de amendare a textului Constituției [18, p. 214].

Totodată, trebuie menționat că numeroși specialiști din Republica Moldova au fost antrenați direct la acea perioadă în acțiuni de consultare și dezbateri publice a proiectelor de acte normative, precum și a altor probleme de pe agenda autorităților statului. În acest sens, sunt relevante afirmațiile prof. Gh. Costachi, care se expune destul de nostalgic, dar ferm asupra necesității



ții „de a reveni la practica organizării unor structuri la nivel central și local, responsabile de educația juridică interactivă a cetățenilor, de informarea corectă a acestora, de organizarea dezbaterilor pe marginea actelor normative și a acțiunilor întreprinse de autorități în cadrul unor lecții publice (cu implicarea politicienilor și a funcționarilor publici), aspect de natură să sporească atât transparența activității statului, cât și să consolideze încrederea cetățenilor în autoritățile publice, momente indispensabile unei societăți democratice [5, p. 612-613].

Primii ani de independență democratică ai Republicii Moldova au fost marcați de dezvoltarea diferitor forme de asigurare a transparenței procesului legislativ, fapt determinat, în primul rând, de dezvoltarea furtunoasă a activității de informare în masă (moment caracteristic practic tuturor statelor ex-sovietice). Rezultatele dezbaterilor parlamentare erau reflectate în presă și la televiziune, ceea ce într-o anumită măsură a apropiat cetățenii de autoritățile statului. Cu toate acestea însă, o interacțiune reală a acestor subiecți nu s-a înregistrat. Pozițiile cetățenilor și diferitor asociații ale acestora nu era luată în considerație întotdeauna și, de cele mai multe ori, ele erau formale. Legislația de la acea vreme nu reglementa vre oarecare formă organizată de dezbateri publice a proiectelor de legi, nemaivorbind de mecanismele juridice de consultare publică a proiectelor de acte normative subordonate legilor [13, p. 138].

La moment, problema implicării cetățenilor și a asociațiilor acestora în procesul legislativ a devenit una deosebit de actuală. Tot mai mult se susține că edificarea statului de drept și asigurarea supremației legii sunt imposibile fără implicarea activă a cetățenilor și a structurilor societății civile. Un accent deosebit se pune pe necesitatea implicării cetățenilor în procesul de creare a legilor, pe oferirea posibilității

de a iniția și a elabora proiecte de legi și acte normative ce corespund priorităților celor mai largi grupuri sociale. Deci se optează pentru ca cetățenii să dispună de posibilitatea de a veni cu propuneri, cu inițiative legislative de reglementare a anumitor relații sociale [20, p. 248].

Avantajele unei asemenea implicări sunt privite în mod diferit, dar, în esența lor, sunt aceleași. O trecere în revistă a unor opinii în acest sens atestăm în lucrarea semnată de T. Pânzaru, după cum urmează [13, p. 138-139]:

- participarea activă a cetățenilor și a asociațiilor acestora la procesul legislativ permite instituirea unor proceduri transparente de elaborare a proiectelor de acte normative și legislative, sporirea responsabilității autorităților (în special a deputaților, a membrilor de guvern) pentru rezultatele activității lor normative, stăvilirea tendințelor negative de a conferi procesului legislativ un caracter corporativ, altfel spus supunerea acestuia unor interese de grup sau partid în detrimentul intereselor generale ale societății, grupurilor sociale și ale statului în ansamblu [22, p. 64].

- participarea activă a cetățenilor la procesul legislativ creează premisele necesare pentru atingerea scopurilor reale ale democrației, întrucât caracterul democratic al statului se exprimă prin aceea că însăși organizarea sa oferă cetățenilor și asociațiilor acestora posibilitatea de a influența conținutul deciziilor puterii publice, obținând astfel satisfacerea intereselor sociale generale [21, p. 295].

- importanța implicării cetățenilor în procesul legislativ constă în faptul că astfel se exercită un adevărat control social asupra activității legislativului, manifestat prin: în primul rând, prevenirea adoptării de acte legislative și normative coruptibile; în al doilea rând, asigurarea reprezentării intereselor societății în procesul legislativ; în al treilea rând, reducerea erorilor și a lacune-

lor din textele actelor normative; în al patrulea rând, optimizarea mecanismului social de acțiune a dreptului [25, p. 12-13].

Așadar, semnificația deosebită a implicării cetățenilor în procesul decizional al Parlamentului este îndubitabilă. Pentru a asigura această implicare este absolut necesară garantarea transparenței activității Parlamentului.

În contextul dat, este bine cunoscut faptul că elaborarea proiectelor de acte legislative și normative, în marea lor parte, este efectuată la inițiativa și de către instituțiile și autoritățile publice ale statului (Guvernul, Președintele sau deputații, care au drept de inițiativă legislativă). În aceste condiții, pentru ca proiectele date să fie justificate, ele trebuie să fie ajustate la nevoile generale ale societății, altfel spus, ideea elaborării acestora trebuie să rezulte din înseși necesitățile societății. Acest fapt nu poate fi realizat, dacă nu este asigurată transparența procesului decizional. Lipsa acesteia, precum și a posibilității cetățenilor de a influența procesul de elaborare a cadrului legislativ-normativ, conduce, de cele mai multe ori, la înstrăinarea și îndepărtarea societății civile de autoritățile publice, iar în cazul unor probleme extrem de sensibile pentru societate, pot apărea chiar nemulțumiri și manifestări publice în masă [16, p. 14].

Desigur, asigurarea transparenței procesului decizional nu este benefică doar societății civile, ci și autorităților publice care inițiază și elaborează cadrul normativ-legislativ. În cazul în care un proiect normativ sau legislativ este elaborat doar la decizia organelor centrale, fără implicarea opiniei publice, procesul de implementare a acestuia va deveni unul anevoios, foarte îndelungat și exagerat de costisitor. Or, în caz contrar, dacă se va asigura încă de la primele etape, coordonarea acestuia cu opinia publică și societatea civilă, atunci procesul de implementare va fi unul relativ



scurt și fără impedimente sau costuri exagerate [16, p. 14].

Dincolo de necesitatea asigurării transparenței procesului decizional, este important de elucidat și formele de participare a cetățenilor la desfășurarea acestuia, în concret, la procesul legislativ. Potrivit specialiștilor, cetățenii pot să se implice în acest proces prin două forme: activă și pasivă [20, p. 248].

Forma activă de participare a cetățenilor este considerată *inițiativa legislativă* a acestora. Importanța instituției date constă în faptul că ea permite elucidarea necesităților sociale reale ale reglementării juridice unor sau altor relații sociale, luarea în considerație a intereselor diferitor categorii de cetățeni, precum și stimularea activismului juridic al populației [19, p. 9].

Drept *forme pasive* de participare a cetățenilor la procesul legislativ și normativ, sunt considerate a fi [20, p. 249]:

a) participarea la luarea deciziilor în cadrul referendumurilor republicane și locale;

b) participarea la formarea organelor reprezentative și executive ale puterii publice;

c) dezbaterea publică a deciziilor autorităților publice centrale și locale și înaintarea de obiecții și propuneri;

d) desfășurarea expertizei anti-corupție asupra proiectelor de acte legislative și normative ale autorităților centrale și locale.

Evident, toate aceste forme de implicare a cetățenilor sunt foarte importante și necesită o analiză și cercetare distinctă. Cu regret, limitele în care trebuie să încadrăm demersul științific de față nu ne permit să le abordăm pe toate. De aceea ne vom reține atenția doar asupra problemei inițiativei legislative și referendumului legislativ.

Din punctul de vedere al procesului legislativ, *inițiativa legislativă* reprezintă rezultatul inițial al promovării unor interese sub forma propunerilor legislative și a proiectelor

de lege, manifestându-se și în calitate de acțiune de mediere la nivel general-social cu multiple efecte politice și juridice. Din punctul de vedere al procedurii legislative, *inițiativa legislativă*, în general, este recunoscută în calitate de etapă distinctă și indispensabilă a procedurii legislative, ce nu constituie parte integrantă a deciziei legislative propriu-zise [15, p. 311].

În esență, noțiunea de *inițiativa legislativă*, presupune posibilitatea de a propune proiecte de legi sau propuneri legislative, corelată cu obligația Parlamentului de a le examina, dezbate și a se pronunța asupra lor [12, p. 203; 9, p. 540; 17, p. 170]. Într-o altă viziune, *inițiativa legislativă* este prima procedură parlamentară a procesului legislativ și presupune depunerea oficială la organul competent al Parlamentului de către subiectul de drept competent a proiectului de lege sau a propunerii legislative [24, p. 203].

La nivel constituțional sunt stabilite anumite exigențe referitoare la admisibilitatea inițiativei legislative. Una dintre acestea se referă la categoriile de subiecți care pot exercita această prerogativă [17, p. 170]. Important este că cercul subiectelor inițiativei legislative are un mare rol în caracterizarea unui sistem constituțional ca democratic sau nedemocratic [14, p. 336].

Astfel, conform art. 73 din *Constituția Republicii Moldova* [4] de dreptul la inițiativă legislativă se bucură *orice parlamentar, Președintele Republicii Moldova, Guvernul și Adunarea Populară a Unității Teritoriale Găgăuzia*. O dispoziție similară atestăm și în art. 47 din Regulamentul Parlamentului Republicii Moldova [11]. Observăm că *Constituția Republicii Moldova* (în comparație cu cea a României, Federației Ruse și multe altele) nu consacră expres printr titularii dreptului la inițiativă legislativă *cetățenii*, chiar dacă, după cum susține E. Rîbca [15, p. 312], acest drept este consacrat într-o for-

mă lipsită de precizie în prevederile art. 75 alin. (1) și își găsește statutare în Capitolul 13 (Referendumul republican) din Codul Electoral [3]. În viziunea sa, prin aceste dispoziții legale, legiuitorul recunoaște cetățenilor dreptul de a iniția referendumul legislativ. Acest fapt poate fi interpretat ca o recunoaștere indirectă a dreptului cetățenilor la inițiativă legislativă (ceea ce, în opinia altor cercetători, nu este unul și același lucru, pornind de la conținutul dreptului la inițiativă legislativă [13, p. 141-142]).

Susținând această ultimă opinie, considerăm că la fel ca și în Constituția României, în Legea Supremă a Republicii Moldova trebuie expres să fie recunoscut dreptul cetățenilor la inițiativă, întrucât valoarea acestei instituții este incontestabilă.

În general, *inițiativa legislativă*, fiind o instituție juridică a suveranității, reprezintă o formă a activismului social-juridic al cetățenilor. În sistemele constituționale ale statelor contemporane, *inițiativa legislativă populară* este o instituție complexă, care presupune că un anumit număr de cetățeni pot să propună operarea de modificări în constituție sau în alte acte legislative prin intermediul înaintării de proiecte de acte normative în cadrul referendumului sau propunerii acestora autorităților publice reprezentative ale statului [1, p. 784]. Este o instituție destul de răspândită astăzi în lume (fiind recunoscută în SUA, Germania, Suedia, Italia, Spania, România, Polonia, Slovenia, Lituania, Letonia etc.).

Întâlnită și ca *inițiativa populară*, instituția reprezintă procedura prin care populația unui stat dă impulsul (inițiază) un proces decizional care se poate finaliza tot cu intervenția poporului (referendum) sau printr-o decizie adoptată de autoritățile legal desemnate de acesta (lege adoptată de Parlament) [12, p. 134] (este cazul referendumurilor legislative).



După cum am constatat mai sus, cetățenii Republicii Moldova sunt lipsiți de dreptul la inițiativă legislativă, fapt contestat de o bună parte din reprezentanții mediului academic. Astfel, numeroși cercetători susțin pe bună dreptate că cetățenii merită acest drept pornind de la teoria democrației populare [8, p. 46; 6, p. 495].

Într-o altă interpretare, din plasarea dispozițiilor constituționale ce vizează referendumul republican (în secțiunea în care este reglementată legiferarea) și în baza prevederilor art. 143 din Codul electoral (potrivit cărora referendumului legislativ sunt supuse proiectele de legi sau unele prevederi ale acestora de importanță deosebită) se deduce că prin referendum cetățenii sunt implicați în mod nemijlocit în procesul legislativ [6, p. 495-496]. Cu regret însă, nu a fost elaborat un mecanism concret de realizare a acestei oportunități, fapt ce poate fi apreciat că cetățenii sunt lipsiți de posibilitatea implicării nemijlocite prin referendum în procesul legislativ.

În concluzie, subliniem că în pofida dezavantajelor pe care le reprezintă referendumul legislativ (printre care, nu poate fi inițiat de către cetățeni, nu permite acestora să decidă asupra conținutului proiectului supus aprobării etc.), totuși acesta prezintă o veritabilă formă de control social exercitat asupra activității legiuitorului, principalul scop fiind asigurarea consensului dintre interesele autorităților statului și interesele societății. De aceea, considerăm (de rând cu alți cercetători [13, p. 144]) că în Republica Moldova este imperios necesară consolidarea substanțială a instituției referendumului legislativ, întrucât sunt parcurse etape decisive pentru dezvoltarea statului, în care un rol determinant trebuie să revină voinței poporului.

În general, susținem [10, p. 55-56] implicarea cetățenilor în procesul legislativ atât la etapa inițiativei legislative, cât și la cea de adoptare a legilor (în cele mai importante

domenii ale organizării statului și a societății).

Bibliografie

1. Black's Law Dictionary. With Pronunciations. St. Paul, Minn. West Publishing Co, 1990.
2. Chiveri G. Principiul transparenței în activitatea autorităților publice – garanție a unei administrări democratice în statul de drept. Teză de doctor în drept. Chișinău, 2013 (169 p.)
3. Codul electoral, aprobat prin Legea nr. 1381-XIII din 21 noiembrie 1997. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 81 din 8 decembrie 1997.
4. Constituția Republicii Moldova din 29.07.1994. Republicată: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.78/140 din 29.03.2016 (cu modificări și completări ulterioare aduse prin Legea nr. 256 din 25.11.2016 și Legea nr. 70 din 13.04.2017).
5. Costachi Gh. Cultura și educația juridică – condiții necesare pentru edificarea statului de drept: Monografie. Chișinău: S. n., 2014 (Î.S. F.E.-P. «Tipografia Centrală») (672 p.)
6. Costachi Gh., Hlipcă P. Organizația și funcționarea puterii în statul de drept. Ediția a II-a. Chișinău: S.n., 2011 (Tipografia Centrală) (664 p.)
7. Dudina A., Sprindzucs M. Analiza Funcțională a Administrației Parlamentului Republicii Moldova. Chișinău. 2006 (45 p.)
8. Guceac I. Forme și condiții de exercitare a democrației în statul de drept. În: Revista Națională de Drept, 2003, nr. 10.
9. Iancu Gh. Drept constituțional și instituții politice. Ediția a III-a revăzută și completată. București: Lumina Lex, 2005.
10. Lazăr M. Subiecții procesului legislativ: considerații generale. În: Legea și viața, 2020, nr. 3, p. 52-56
11. Legea nr. 797-XIII din 2 aprilie 1996 Pentru adoptarea Regulamentului Parlamentului. Republicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 50 din 7 aprilie 2007.
12. Muraru I., Tănăsescu E. S. Dept constituțional și instituții politice. Ediția a XII-a, Vol. II. București: Editura C. H. Beck, 2006.
13. Pânzaru T. Asigurarea juridică a implicării cetățeanului în procesul decizional al autorităților de guvernare și reprezentative. Teză de doctor în drept. Chișinău, 2015 (190 p.)
14. Pinzaru T., Gagiu E. Inițiativa legislativă: subiecți de drept și condiții de admisibilitate. În: Contribuții științifice la edificarea și consolidarea statului de drept, conferință științifică internațională consacrată jubileului de 70 de ani al profesorului universitar Gheorghe Costachi (3 mai 2011,

mun. Chișinău). Chișinău: 2011, p. 336 (p. 334-342)

15. Rîbca E. Inițiativa legislativă (I). În: Dimensiunea științifică și praxiologică a dreptului. Materialele conferinței științifice internaționale, Contribuții la dezvoltarea doctrinării a dreptului, In honorem Elena Aramă, doctor habilitat în drept, profesor universitar. Om emerit. (Chișinău, 14-15 martie 2009). Chișinău: Bons Offices, 2009.

16. Troșin P. Perspectiva reglementării activității de lobby în Republica Moldova (Politici Publice, Nr 3, 2011). Chișinău: IDIS "Viitorul", 2011 (Tipogr. "MS Logo" SRL) (48 p.)

17. Varga A. Constituționalitatea procesului legislativ. București: Editura Hamangiu, 2007.

18. Авакьян С.А. Конституционное право России: учебный курс: в 2 т. Т. 1. 2-изд. Москва: Юристъ, 2007.

19. Гриб В.В. Законотворческая (правотворческая) инициатива как форма влияния институтов гражданского общества на органы государственной власти. В: Конституционное и муниципальное право, 2010, №12 (p. 9-15)

20. Карасев Д.В. Формы участия общественности в правотворческом процессе России. В: Вестник СамГУ, 2012, №8/1 (99) (p. 247-252)

21. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть/ отв. ред. Б.А. Страшун. 4-е изд. Москва: Норма, 2005.

22. Михайлов И.П. Общественное участие в региональном законотворческом процессе. В: Известия РГПУ им. А.И. Герцена, 2006, №23 (p. 63-67)

23. Общая теория государства и права: академический курс: в 3 т. Т. 2 / отв. ред. проф. М.Н. Марченко. 3-е изд. Москва: Зерцало-М, 2002.

24. Парламентское право России. Под ред. Т. А. Хабриевой. Москва, 2003.

25. Старчикова В. В. Общественный контроль в правовом государстве (теоретико-правовое исследование). Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва, 2014 (190 p.)

DESPRE AUTOR/ABOUT
AUTHOR

Matei LAZĂR,
doctorand,

Școala doctorală Științe Juridice,
Politice și Sociologice

PhD student, Doctoral School of
Legal, Political

and Sociological Sciences,

e-mail: mateilazar34@yahoo.com



UDC 340.114 : 342.5

CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE IN THE SYSTEM OF STATE AUTHORITIES OF UKRAINE

Igor BYCHKOV

Degree Seeking Applicant

of Scientific Research Institute of State Building and Local Government
of National Academy of Law Sciences of Ukraine

The article is devoted to revealing the peculiarities of the position of the Constitutional Court of Ukraine in the system of state authorities in Ukraine in terms of the legal nature of the tasks entrusted to it and the corresponding functional relationship with the bodies of legislative, executive and judicial power.

Despite the spread in the domestic scientific literature of the definition of the Constitutional Court of Ukraine as a judicial body or body related to the so-called control branch of power, nevertheless, the necessity of a comprehensive perception of the Constitutional Court of Ukraine as an atypical organ of state power, which simultaneously combines features, as well as the judiciary, while carrying out specific governmental activities. This approach allows to consolidate the legal status of the Constitutional Court of Ukraine as a separate body of state power, emphasizing its independence in the system of separation of powers and contributing to the effective fulfillment of the role in the mechanism of checks and balances.

Keywords: *constitutional jurisdiction, constitutional justice, system of checks and balances, separation of powers, Constitutional Court of Ukraine.*

КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД УКРАИНЫ В СИСТЕМЕ ОРГАНОВ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ УКРАИНЫ

Игорь БЫЧКОВ

соискатель Научно-исследовательского института государственного строительства и местного самоуправления
Национальной академии правовых наук Украины

Статья посвящена раскрытию особенностей положения Конституционного Суда Украины в системе органов государственной власти в Украине с точки зрения юридической природы возложенных на него задач и соответствующего функционального соотношения с органами законодательной, исполнительной и судебной власти.

Несмотря на распространение в отечественной научной литературе определения Конституционного Суда Украины в качестве судебного органа или органа, относящегося к так называемой контрольной ветви власти, тем не менее, обосновывается необходимость комплексного восприятия Конституционного Суда Украины в качестве нетипичного органа государственной власти, который одновременно сочетает черты как контрольной, так и судебной власти, осуществляя при этом специфическую по предназначению государственную деятельность. Такой подход позволяет закрепить правовой статус Конституционного Суда Украины как особого органа государственной власти, подчеркивая его независимость в системе разделения властей и способствуя эффективному выполнению роли в механизме сдержек и противовесов.

Ключевые слова: *конституционная юрисдикция, конституционная юстиция, система сдержек и противовесов, разделение властей, Конституционный Суд Украины.*

CURTEA CONSTITUȚIONALĂ A UCRAINEI ÎN SISTEMUL PUTERII DE STAT AL UCRAINEI

Articolul este dedicat dezvăluirii particularităților poziției Curții Constituționale a Ucrainei în sistemul autorităților de stat din Ucraina în ceea ce privește natura juridică a sarcinilor încredințate și relația funcțională corespunzătoare cu organele puterii legislative, executive și judiciare.

În ciuda răspândirii în literatura științifică internă a definiției Curții Constituționale a Ucrainei ca organ judiciar legat de așa-numita ramură de control al puterii, este necesară o percepție cuprinzătoare a Curții Constituționale a Ucrainei ca organ atipic al puterii de stat, care combină simultan trăsături, precum și sistemul judiciar, în timp ce desfășoară activități guvernamentale specifice. Această abordare permite consolidarea statutului juridic al Curții Constituționale din Ucraina ca un organism separat al puterii de stat, subliniind independența sa în sistemul de separare a puterilor și contribuind la îndeplinirea efectivă a rolului în mecanismul verificărilor și soldurilor.

Cuvinte-cheie: *jurisdicție constituțională, justiție constituțională, sistem de verificări și solduri, separarea puterilor, Curtea Constituțională a Ucrainei.*



Formulation of the problem. In the political and legal practice of modern democratic countries an important place is the doctrine of separation of powers, which is practically embodied through the formation of mechanisms of checks and balances and the balance of powers of the branches of power. Along with the considerable elaboration of the problem of separation of powers as such, at the same time the issues of determining the place of the Constitutional Court of Ukraine in the system of state bodies of Ukraine have not been sufficiently researched, which became the subject of this publication.

Relevance of the research topic and the state of the study. The problems of constitutional justice have been reflected in many works, including the works of a number of reputable scholars, in particular: S. Avakyan, S. Bobotov, M. Vitruk, V. Gergelinik, M. Gultai, S. Shevchuk, M. Kozyubra, V. Kolesnyk, O. Mironenko, T. Mikheyeva, A. Portnov, A. Selivanov, O. Skripnyuk, P. Stetsyuk, V. Tikhyy, T. Khabrieva, V. Shapoval, V. Chirkin, and many others. Nevertheless, the problem of determining the place of the Constitutional Court of Ukraine in the system of state bodies of Ukraine has enough debatable and unresolved issues.

The purpose and objective of the article is to reveal the peculiarities of the place of the Constitutional Court of Ukraine in the system of state authorities in Ukraine in terms of the legal nature of the tasks assigned to it and the corresponding functional relationship with the bodies of the legislative, executive and judicial authorities.

Statement of the main material. Due to the absence of a direct legal norm that would determine the legal nature and place of the Constitutional Court of Ukraine in the mechanism of state power, for three decades, among Ukrainian

scientists, a debate has been ongoing on this issue. The overwhelming majority of researchers admit that determining the real legal and political purpose of the activity of the Constitutional Court of Ukraine will solve complex problems of theoretical and practical nature related to the organization and activity of this body of state power, which, according to the Constitution of Ukraine, is one of the highest constitutional bodies of the state and the main structural element in the system of protection of the Constitution. Establishing the rational importance of the Constitutional Court of Ukraine in the system of checks and balances, its nature and place in the context of the principle of separation of powers is the main means of neutralizing the occurrence of possible deficiencies in the activity of this body [1]. In our opinion, the experience in solving it in the countries of Western, Central and Eastern Europe is of great importance to highlight this problem.

Today, there are different approaches to addressing the question of the place that the body of constitutional jurisdiction in the state mechanism should occupy and its legal nature, which is explained, first of all, by the lack of a single model of constitutional control in the practice of constitutionalism. Thus, in states with the American model of constitutional control, its functions are exercised by courts of general jurisdiction in a centralized or decentralized manner.

Centralized control implies the exercise of constitutional control only by the highest judicial authority of the country (Australia, Ireland, India, Malta, Mexico, Switzerland and other countries). Sometimes the function of constitutional control is given not to the Supreme Court as a whole, but to its special chamber or panel of the highest court concerned (Estonia, Costa Rica, Paraguay). However,

in some countries (Greece, Portugal) there are also “mixed models” of constitutional justice, in which it is possible to observe a combination of not only different forms and types of control, but also its exercise both by courts of general jurisdiction and by specialized bodies of constitutional justice [2].

The decentralized version of constitutional justice (USA, Denmark, Iceland, Norway, Canada, Finland, Sweden, Japan, and other countries) implies that when considering a particular case, the constitutionality of a normative act can be considered by any link in the judicial system. In this case, the ordinary litigation is interrupted and consideration of the constitutionality of the normative act begins.

American constitutionalism, the main components of which is rigid separation of powers and judicial oversight, has had a significant impact on the development of constitutional law in other countries, especially in Europe. Nonetheless, any extrapolation of American researchers’ findings to European constitutional justice must be done with caution, since, by definition, comparatives have found significant differences in form and content in controlling the constitutionality of Europe and the US. This circumstance is particularly evident in the history of the establishment of this institution, the structure of the judiciary, the social function of ordinary and constitutional justice, the methods of legal analysis, and the authority of the courts among other state institutions.

It is well known that one of the fundamental differences between the American and European models is the determination of the place of constitutional justice in the system of separation of powers. In countries with the American model of constitutional control, such activity is carried out within the judicial branch, which has the right to declare unconstitutional



legal acts that are fully consistent with the mechanism of restraints and balances in these countries, in which each of the branches of government can influence the actions of the other (yes, the President and The US Congress has institutional means of influencing the US Supreme Court: adopting a constitutional amendment that alters or overrides precedent; the use of impeachment by judges, etc.) [3, p. 9 - 10]. In countries with the Austrian model, constitutional justice is exercised by specialized bodies, which makes it urgent to determine the place of constitutional jurisdiction in the mechanism of state power and its relation with the judiciary: whether they coincide, or whether constitutional justice is an independent, fourth kind of power. In this regard, there is a continuing debate in legal science about the nature of the work of constitutional justice and its place in the system of separation of powers.

The study of the scientific literature shows that the constitutional justice bodies and courts of general jurisdiction in the countries of the Romano-German legal family have both distinct and common features. Thus, the rules are common that justice is carried out at the request of authorized persons, and the principles of justice (the rule of law, independence, collegiality, equality of judges, transparency, completeness and comprehensiveness of cases and the validity of the decisions made) are inherent in both institutions. At the same time, the general principles of the judicial system in constitutional justice are filled with their own content, specified and acquired specific expression.

At the same time, special features specific to constitutional justice can be distinguished. Thus, by its status, the body of specialized constitutional control is one of the highest constitutional bodies, since its organization and activities are

regulated by the constitution, which complicates the change of its legal status. This institute of state power, even if it is included in the constitution in the judicial system, occupies an autonomous position in it. Appointment of judges is carried out by political bodies of the state (at least - by two branches of government). Not only professional judges, but also other persons, including non-lawyers, are admitted to the body. Unlike other bodies of constitutional control that carry out this activity in addition to other functions, constitutional control is the primary function of this body. The Institute of Constitutional Justice has a special form of activity - constitutional justice (quasi-judicial bodies also operate within the framework of special procedural rules), as well as considerable organizational independence, which is expressed in its right to adopt regulations independently, to elect a chairman of the court, etc. The jurisdiction of these courts extends to the institutions of the legislature, the executive, and often the judiciary. They have exclusive powers to make final decisions, especially in the area of controlling the constitutionality of normative acts, since even a negative act (such as repealing a law because of its unconstitutionality) can become subject to constitutional scrutiny. The decisions of these bodies have a strong legal basis, which compensates for the weakness of their legitimate basis and in the vast majority of countries are final and binding [4, p. 455 - 543].

The analysis of the scientific literature shows that, taking into account the above-mentioned peculiarities inherent in the institute of constitutional justice, in recent years in the world practice of the formation of this state body in the system of separation of powers has been taking place on a fundamentally new constitutional basis, namely on the recognition of its in-

dependent branch of power, and not complementary to other branches of government. In countries with the Austrian model, constitutional justice is often referred to as the fourth power, along with legislative, executive and judicial powers. In recent years, these countries have been characterized by a significant strengthening of the status of political branches of power and, if their domination is not controllable, could be an occasion for abuse. Constitutional justice, as a controlling branch of power that historically emerged later, has the ability to effectively control political power while remaining independent of the judiciary [5, p. 91; 6, p. 1040]. Being outside the three branches of government, it secures the exercise of their powers and, thus, occupies an autonomous position with respect to the legislative, executive and judicial branches and has the task of ensuring the balance of the three branches of state power.

At present, in the domestic scientific literature, the characterization of the Constitutional Court of Ukraine as a judicial body or a body belonging to the judicial branch is widespread. In support of this thesis, her supporters (M. Kozyubra, G. Murashin, O. Skakun, V. Skomorokh, etc.) draw attention to the fact that, according to the Constitution of Ukraine, the judiciary must be exercised by the Constitutional Court of Ukraine and the courts of general jurisdiction, by judges of the Constitutional Court. The same guarantees of independence and inviolability, as well as grounds for dismissal and incompatibility requirements, are provided to the courts of Ukraine, which are provided for judges of courts of general jurisdiction [7, p. 45 - 53]. In support of this position, V. Skomorokh asserts that the Constitutional Court of Ukraine, despite its peculiarities, is a court, because that is how the Constitution defines its nature [8, p. 137]. G. Murashin insists on this,



pointing to the judicial nature and the judicial status of the Constitutional Court of Ukraine, which by its nature and content is intended to exercise a judicial function, not control or supervision. The author notes that the Constitutional Court of Ukraine does not review the laws (because it is a function of law enforcement), and examines constitutional conflicts, while ensuring the supremacy of the Constitution [9, p. 136]. At the same time, describing the place of the Constitutional Court of Ukraine in the mechanism of exercising the judicial power, the authors note that for the purposes of its activity it occupies a higher position than the courts of general jurisdiction, since in the sphere of protection of the Constitution it fulfills the same tasks as the head of state. At the same time, organizationally, the Constitutional Court of Ukraine is not affiliated with other branches of this power, although it is not completely isolated from them.

Based on these and other arguments, the legal literature concludes that today the Constitutional Court of Ukraine is a judicial body that exercises constitutional justice. However, it is noted that the judiciary should not be identified with justice, as this concept is broader in content and more general in nature. Thus, V. Shapoval insists that the competence of the Institute of Constitutional Justice has no connection with the administration of justice, since the enforcement of the Constitutional Court of Ukraine in the process of considering and adjudicating in a case is different in nature from what is carried out Courts of law. At the same time, in the opinion of the author, the fact that the Constitutional Court of Ukraine is referred to in section VIII of the Constitution of Ukraine (“Justice”) does not testify to its functional connection with the corresponding activity of courts of general jurisdiction. In this regard,

V. Shapoval considers the definition of constitutional justice as a “judicial body” incorrect, and sees its main function in deciding the conformity of laws and other legal acts, which are defined in the Constitution of Ukraine. He notes that for this and other functions of the bodies of constitutional justice in the world practice, the notion of “justice” is not universally used, but the concept of “judicial constitutional control”, which allows doctrinal determination of constitutional jurisdiction as a body of judicial constitutional control [7, p. 48].

In domestic legal science (as well as in the research of foreign scientists), there was a discussion as to whether the Constitutional Court of Ukraine could be referred to the so-called controlling branch of power. According to supporters of the point of view that constitutional justice in Ukraine has the nature of controlling power, today it is possible to speak about the formation of a new branch of power - controlling, since for the effective operation of the principle of separation of powers in the state requires an independent arbitrator who would have the authority to exercise restraint and counterweights. As an argument, in support of this position, the provisions of the theoretical works of H. Kelsen on the need for the existence of a fourth power, which should not be power in all its relief characteristics, but which would only act as a fuse or “negative legislator” in the mechanism of state power, are cited. The presence of three fundamental branches of government, which represent a single state power, does not exclude the possibility of functioning functionally independent control and supervisory institutions and is determined by the need for the existence of democracies. Analyzing this problem, some authors point out that by carrying out

the negative lawmaking, the body of constitutional justice implements the function of balance in relation to its other branches, without undermining their independent functioning. It is emphasized that the existence of a fourth branch of power in Ukraine will improve the principle of separation of powers in the system of checks and balances. At the same time, it is emphasized that the activity of the body of constitutional justice in its turn obeys the requirements of the Constitution of Ukraine, a separate section of which regulates its status [10, p. 81 - 85].

On the same occasion, it is sometimes pointed out that constitutional jurisdiction is a higher form of professional state control, which extends to both the sphere of rulemaking and law enforcement activity of state bodies [11, p. 10]. The basic principles and forms of activity of the Constitutional Court of Ukraine coincide or can be compared with the relevant features of courts of general jurisdiction. However, this does not give grounds to include the Constitutional Court of Ukraine in the unified judicial system, in particular because of the specific nature of decisions on the conformity or non-conformity of a specific legal rule with the provisions of the Constitution of Ukraine, which are adopted during the exercise of constitutional control. At the same time, the application of a rule of law to the particular circumstances of a court case is peculiar to courts of general jurisdiction. This in turn gives grounds to conclude that the Constitutional Court of Ukraine is a special body of justice and at the same time a body of state power along with such constitutional bodies as the President of Ukraine, the Verkhovna Rada of Ukraine, the Cabinet of Ministers of Ukraine [12, p. 36].

According to the followers of this approach, the assignment of



constitutional justice to an independent branch of state power and emphasizing its exclusive nature will be of great theoretical and practical importance, which will prove to increase the degree of its independence, which is necessary for a clear fulfillment of the main task in the system of separation of powers, and their restraint and balancing. This conclusion is also confirmed by the constitutional practice of countries such as Spain, Italy, Portugal, Sweden, which at the constitutional level consolidate the supervisory power and separate the rules on constitutional justice from the sections dealing with justice [13, p. 15].

At the same time, other scholars, on the basis of their analysis of the functions of the Constitutional Court of Ukraine, are inclined to conclude on the multiple nature of this state body, as they consider it to be an organ of constitutional justice, constitutional control and at the same time an independent element of the judicial branch with which it unites: the nature of powers; requirements for the judicial composition; guarantees of independence of judges; principles of activity, etc. [14]. Some representatives of this approach, who insist on the complex nature of the institution of constitutional justice, analyzing the relevant provisions of the Constitution, point to the dual legal status of the Constitutional Court of Ukraine (which administers both justice and constitutional control at the same time), as well as the dualism of the judicial system of Ukraine Part Three of Article 124 of the Constitution [15, p. 102]. The latter argument sometimes suggests that the Constitutional Court of Ukraine, having certain characteristics of a judicial authority, is, in fact, a special state body of constitutional control.

Conclusions. The conducted research allows to draw a number of conclusions.

Today, there are different approaches to addressing the question of the place that the body of constitutional jurisdiction in the state mechanism should occupy and its legal nature, which is explained, first of all, by the lack of a single model of constitutional control in the practice of constitutionalism. Thus, in states with the American model of constitutional control, its functions are exercised by courts of general jurisdiction in a centralized or decentralized manner. In countries with the Austrian model, constitutional justice is often referred to as the fourth power, along with legislative, executive and judicial powers. Being outside the three branches of government, it secures the exercise of their powers and, thus, occupies an autonomous position with respect to the legislative, executive and judicial branches and has the task of ensuring the balance of the three branches of state power.

Although the characteristics of the Constitutional Court of Ukraine as a judicial body or a body belonging to a judicial branch of power or to a so-called controlling branch of power are disseminated in the national scientific literature, in our opinion, however, the Constitutional Court of Ukraine should be considered as a separate state body power, which includes both the control and the judiciary, while exercising the highest state control activity. This approach allows to consolidate the legal status of the Constitutional Court of Ukraine as a special body of state power, which will emphasize its independence in the system of separation of powers and will facilitate the effective fulfillment of the role in the mechanism of checks and balances.

References

1. Слиденко И. Д. Специальный орган конституционной юстиции:

природа и позиционирование в свете конституционализма. Факторы влияния. [Электронный ресурс] *Современный конституционализм*. 2006. № 2. URL: http://www.kspmr.idknet.com/MAG/?id=50&id_article=133c22a8e1ece0bb27965076b66f4c17&lang=ru. (Last accessed: 10.03.2020).

2. Барнашов А. М. Судебная власть и конституционное правосудие в системе единства, разделения и взаимодействия ветвей государственной власти. *Вестник Томского государственного университета*. 2003. №278. С. 101–106.

3. Черняк С. В. Конституційна юстиція Сполучених Штатів Америки : автореф. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2005. 20с.

4. Jackson V. *Comparative Constitutional Law* / V. Jackson, M. Tushnett. NY. : Foundation Press, 1999. P. 455 – 543.

5. Cappelletti M. *The Expanding Role of Judicial Review in Modern Societies. The Role of Courts in Society. Chapter 7*. Boston : Dordrecht, Lancaster, 1988 P. 79 – 91.

6. Cappelletti M. *Judicial Review in Comparative Perspective*. California Law Review. 1970. Vol. 58. P. 1040–1057.

7. Шаповал В. Проблеми розвитку конституційної юрисдикції в Україні. *Вісник Конституційного Суду України*. 1998. № 2. С. 45–53.

8. Скомороха В. Окремі проблеми конституційного правосуддя в Україні. *Конституційний Суд у системі органів державної влади: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення*: матеріали міжнар. конф., м. Київ, 16 трав. 2008 р. Київ : Ін Юре, 2008. С. 135 – 154.

9. Мурашин Г. О. Конституційна юрисдикція в Україні : шляхи вдосконалення. *Актуальні проблеми конституційного права та державотворення*: Зб. наук. пр. / За заг. ред. В. М. Олуйка. Хмельницький, 2008. С. 136 – 139.

10. Гергелійник В. О. Конституційний Суд в системі органів контрольної влади : теоретичні аспекти. *Право України*. 1999. № 5. С. 81–85.

11. Кельман М. С. Конституційний контроль як засіб захисту конституцій у національних правових системах континентального права :



автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Київ, 2001. 19 с.

12. Тесленко М. В. Про місце Конституційного Суду України в системі вищих органів державної влади. *Право України*. 1999. № 12. С. 33–36.

13. Марцеляк О. В. Контрольно-наглядові органи в конституційно-правовому механізмі забезпечення основних прав і свобод громадян України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Харків, 1997. 22 с.

14. Погорілко В. Ф. Конституційна юстиція як фактор становлення і розвитку конституціоналізму в Україні. *Современный конституционализм*. 2006. № 2. URL: http://www.kspmr.idknet.com/MAG/?id=46&id_article=133c22_a8e1ece0bb27965076bb66f4c17&lang=ru. (Last accessed: 10.03.2020).

15. Мачужак Я. Взаємодія Конституційного Суду України і судів загальної юрисдикції у питаннях захисту прав і свобод людини і громадянина. *Конституційний Суд у системі органів державної влади : актуальні проблеми та шляхи їх вирішення* : матеріали міжнар. конф., м. Київ, 16 трав. 2008 р. Київ : Ін Юре, 2008. С. 102 – 113.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Игорь Геннадьевич БЫЧКОВ,
соискатель Научно-исследовательского института государственного строительства и местного самоуправления Национальной академии правовых наук Украины;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Igor Gennadyevich BYCHKOV
Degree Seeking Applicant of Scientific Research Institute of State Building and Local Government of National Academy of Law Sciences of Ukraine;
baygysheva@ukr.net

УДК: 343.8

О НЕКОТОРЫХ ПУТЯХ ПРЕДОТВРАЩЕНИЯ КОРРУПЦИОННЫХ И ДРУГИХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ, СОВЕРШАЕМЫХ В СФЕРЕ ИСПОЛНЕНИЯ НАКАЗАНИЙ (ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ)

Андрей БОРОВИК

кандидат юридических наук, доцент, член-корреспондент Академии экономических наук Украины, профессор кафедры уголовного права и правосудия Международного экономико-гуманитарного университета имени академика Степана Демьянчука

Александр КОЛЬ

доктор юридических наук, профессор, академик Национальной академии наук высшего образования, профессор кафедры уголовного права и процесса Национального университета

«Львовская политехника»

В статье, на основании результатов изучения международно-правовых актов и зарубежной практики, разработанные научно обоснованные меры, направленные на предотвращение совершения уголовных преступлений, включая коррупционного характера в сфере исполнения наказаний, а также на устранение, блокирование, нейтрализацию и т.д. детерминант, которые их вызывают и обуславливают.

Ключевые слова: предупреждение; уголовное преступление; сфера исполнения наказаний; детерминанты; коррупция; субъект преступления; субъект предупреждения преступлений.

ABOUT SOME WAYS TO PREVENT CORRUPTION AND OTHER CRIMINAL OFFENSES (FOREIGN EXPERIENCE)

Andrey BOROVIK

Candidate of Juridical Sciences, Docent, Corresponding Member of Academy of Economic Sciences of Ukraine, Professor at the Department of Criminal Law and Justice of International University of Economics and Humanities named after academician Stepan Demianchuk.

Aleksandr KOLB

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Academician of the Nationale Higher Education Academy of Sciences of Ukraine, Professor at the Department of Criminal Law and Procedure of National University "Lviv Polytechnic"

In the article, based on the results of the study of international legal acts and foreign practice, developed scientifically grounded measures aimed at preventing criminal offenses, including corruption, in the sphere of execution of penalties, as well as to eliminate, block, neutralize, etc. and conditioned.

Keywords: prevention; criminal offense; sphere of execution of punishments; determinants; corruption; the subject of the crime; the subject of crime prevention.

DESPRE UNELE MODALITĂȚI DE PREVENIRE A CORUPȚIEI ȘI A ALTOR INFRAȚIUNI COMISE ÎN DOMENIUL EXECUTĂRII PEDEPSEI (EXPERIENȚĂ STRĂINĂ)

Pe baza rezultatelor studiului actelor juridice internaționale și a practicilor străine, articolul a elaborat măsuri științifice în scopul prevenirii comiterii infracțiunilor, inclusiv a corupției în domeniul executării pedepselor, precum și eliminarea, blocarea, neutralizarea etc. factorilor care le determină și le condiționează.

Cuvinte-cheie: avertizare; infracțiune; sfera pedepsei; determinanților; corupție; subiect de criminalitate; subiect de prevenire a criminalității.



Постановка проблемы.

Как показывает современная практика, процесс интеграции Украины в демократическое сообщество скажется на всех направлениях общественно-политической жизни страны, вносит коррективы в ход развития национальной правовой системы и в развитие отдельных ее составляющих, включая сферу исполнения наказаний и борьбы с преступностью. При этом, в новую эпоху национальное право любого государства перестает быть средством обеспечения порядка общественных отношений только в ее пределах.

Сегодня, как правильно заключил В. В. Шаблюстый, его положение включено в механизмы защиты интересов международного сообщества, они обеспечивают реагирования национальных правоохранительных органов на преступную деятельность международного, транснационального и международного характера [1, с. 59].

В контексте решения задач данного исследования, в частности тех, которые связаны с совершенствованием правового механизма предотвращения коррупционных и других преступлений в сфере исполнения наказаний, важное место занимает сравнительно-правовой метод познания зарубежного опыта в сфере исполнения наказаний, учитывая, что нельзя внедрить в повседневную жизнь украинского общества либеральные Европейские ценности без оптимизации, в том числе, деятельности Государственной уголовно-исправительной службы (далее - ГУИС) Украины [2, с. 7], а также то критическое состояние, что сложилось в настоящем в уголовно-исполнительной деятельности нашей страны, в том числе обусловленного высоким уровнем преступности среди

персонала органов и учреждений исполнения наказаний.

Таким образом, налицо сложная прикладная проблема, которая должна быть решена, в том числе и на теоретическом уровне.

Исходя из этого, главной задачей данной научной статьи является разработка научно обоснованных мероприятий, направленных на предотвращение совершения уголовных преступлений, включая коррупционного характера в сфере исполнения наказаний, а также на устранение, блокирование, нейтрализацию и т.д. детерминант, которые их вызывают и обуславливают.

Актуальность темы. Результаты изучения научной литературы свидетельствуют о том, что достаточно активно разработкой данной проблематики занимаются ученые уголовно-исполнительного направления. К таким, в частности, можно отнести: К. А. Автухова, А. Н. Бандурко, В. И. Борисова, И. Г. Богатырева, В. В. Василевича, В. В. Голину, Б. Н. Головкина, А. М. Джужу, Т. А. Денисову, С. Ф. Денисова, В. И. Женунтия, В. Я. Конопельского, И. М. Коптуна, Н. А. Линенко, О. М. Литвинова, В. А. Меркулова, А. В. Савченко, А. Х. Степанюка, В. М. Трубникова, С. Я. Фаренюка, И. С. Яковец и др.

Цель статьи. Наряду с этим, до сих пор на доктринальном уровне вопрос об особенностях, применении зарубежного опыта, касающегося деятельности по предотвращению коррупционных и другим преступлениям, совершаемым в сфере исполнения наказаний изучено недостаточно, что и стало решающим при определении цели этой научной статьи.

Изложение основного материала. Как показали результаты данного исследования, взгляды

ученых на данную проблематику разные. Так, М. Б. Панасюк убежден, что сегодня Украина является одной из самых коррумпированных и беднейших стран мира, но при разработке собственной пенитенциарной политики почему-то пытается слепо следовать методам, которые в свое время не приносили желаемого результата в самых богатых странах мира [3, с. 144].

В свою очередь Г. И. Шнайдер доказывает в своих работах, что в современных методах исполнения наказаний в разных странах применяются различные модели: здесь и модели, построенные на специальном обращении, и модели справедливости (юстиции), и модели ресоциализации в различных возможных комбинациях [4, с. 391].

Учитывая полярность научных мнений по указанной проблематике, в данной статье вопросы зарубежного опыта, связанного с предотвращением коррупционных и других преступлений в сфере исполнения наказаний было осуществлено по четырем основным направлениям, а именно - путем изучения такой практики:

а) в странах ЕС, учитывая, что в апреле 2014 Украина, приняла Закон Украины «О приведении условий отбывания наказания осужденными к лишению свободы к европейским стандартам»;

б) в государствах Азии, что обусловлено особой религиозной основой ресоциализационных программ, которые реализуются в органах и учреждениях исполнения наказаний, а также необходимостью введения капелланов в штатные структуры ГУИС Украины [5, с. 412-414];

в) на американском континенте, в первую очередь, положительной практикой дея-



тельности в сфере исполнения наказаний США, как наиболее показательном в этом смысле государства [6, с. 133-135];

г) в бывших республиках Советского Союза, учитывая наличие общих признаков и продолжительность периода функционирования в едином правовом пространстве [7, с. 602-604].

Как в связи с этим метко заметил Е. С. Назимко, идея использования сравнительного метода в уголовно-правовых исследованиях базируется на том, что, в частности, этим отраслям права присущи временные и пространственные относительно устойчивые различия [8, с. 21]. Именно продолжительность во времени и повторяемость, по мнению О. М. Литвинова, определенных уголовно-правовых явлений с возможной их трансформацией, побуждает криминалистов к поиску и разработке наиболее оптимальных моделей уголовно-правовых институтов, норм и т.д. [9, с. 61].

Указанные и другие теоретические подходы и составили методологическое основание для разработки вопросов, касающихся содержания зарубежной уголовно-исполнительной и предупредительной деятельности в отношении персонала и органов учреждений исполнения наказаний. При этом, стоит отметить, что за рубежом есть как общие с Украиной элементы правового механизма, так и отличные, а именно:

1. Если в нашем государстве на протяжении 26 лет ее независимости, внедрялись на законодательном уровне и практике уголовно-исполнительные основы, то в других странах, в частности, ЕС - пенитенциарное законодательство и пенитенциарная деятельность [10, с. 82-85]. В то же время, в большинстве бывших республик Советского Союза сохранились

те же подходы, что до сих пор являются приоритетными для Украины [11, с. 65-69]. Наличие в США смертной казни, по этому признаку, относит деятельность персонала органов и учреждений исполнения наказаний ко второй (постсоветских государств), а не к первой группе субъектов уголовно-исполнительного процесса [12, с. 136-139]. Как по этому поводу правильно сделала вывод Н. Г. Калашник, рассматривая вопрос о месте ГУИС Украины в системе власти современной Украины, необходимо отметить, что наше государство уже более двух десятилетий преодолевает последствия милитаризованной философии казни в исполнении уголовных наказаний. Большинство реформ не дали успешного результата именно из-за игнорирования этих двух факторов изменений [13, с. 48-50], что, несомненно, стоит учесть при проведении современных видоизменений (начались с мая 2016) в сфере исполнения наказаний.

Важной в этом контексте является оценка этого явления А. Г. Фроловой, по мнению которой, на сегодняшний день доказанным и несомненным является тот факт, что первоначальные фундаментальные основы уголовно-исполнительной политики закладываются в избранных обществом концепциях уголовного наказания, закрепленных в правовой политике государства в сфере борьбы с преступностью и уголовном законодательстве [14, с. 235]. Все это, конечно, отражается на содержании уголовно-исполнительной и предупредительной деятельности в отношении персонала органов и учреждений исполнения наказаний, а главное - на организации отбора, подготовки и повышении квалификации этих лиц в дальнейшей работе в сфере исполнения наказаний,

а в конечном итоге - на уровне предупреждения преступлений и правонарушений, совершаемых указанными субъектами.

2. В Украине, в отличие от стран ЕС, отсутствуют ряд наказаний, которые являются альтернативными лишению свободы. Так, в резолюции Совета Европы № 76 от 9 марта 1976 «О некоторых мерах наказания, альтернативных лишению свободы» предложено применять к осужденным следующие наказания: а) ввести такое из них, как изъятие водительских прав вместе с конфискацией, как альтернативы замены приговора, связанного с лишением свободы; б) рассмотреть объем мер наказания, в которых просто указывать, что лицо признано виновным, но не применять существенного наказания к осужденному [15, с. 60].

Как показало изучение зарубежной практики исполнения наказаний, есть другие альтернативы лишению свободы. В частности, в Англии и Уэльсе осужденный может получить так называемую «лицензию на обустройство», которая позволяет ему освободиться из тюрьмы на несколько дней для того, чтобы заняться организацией своей жизни после окончания срока отбывания наказания [16, с. 52]. В Канаде более 40 лет применяется система «дневного условно-досрочного освобождения» с тем, чтобы подготовить осужденного к выходу на свободу. Таким лицам разрешается каждый день выходить из тюрьмы для посещения школы, прохождения профессиональной подготовки или продолжения работы. При этом, вечером осужденные обязаны вернуться в тюрьму [16, с. 52]. В Швеции осужденные, имеющие хорошее поведение могут рассчитывать на 3-х дневный отпуск [16, с. 52].



Как установлено в ходе данного исследования, в зарубежной практике встречаются и другие положительные аспекты, и опыт деятельности в сфере исполнения наказаний [2, с. 62-88], что, несомненно, и определяет социально-правовые потребности и условия отбора на работу в органы и учреждения исполнения наказаний соответствующих категорий персонала, а также закладывает дополнительные меры основы по недопущению совершения со стороны этих лиц коррупционных и других преступлений и правонарушений.

3. Как в Украине, так и за рубежом одной из ключевых проблем является недостаточность выделения из бюджета государства соответствующих финансовых ресурсов на содержание органов и учреждений исполнения наказаний, выступает одной из детерминант совершения преступлений со стороны их персонала.

По результатам изучения обозначенной проблематики, И. В. Пивовар также обратил внимание на следующие моменты:

а) для всех стран, в том числе развитых, бюджетное финансирование пенитенциарных учреждений находится в прямой зависимости от состояния общего экономического развития государства [17, с. 64].

В Российской Федерации, в связи с этим, в ч. 4 ст. 3 УИК закрепили положение о том, что рекомендации (декларации) международных организаций по вопросам исполнения наказаний и обращения с осужденными реализуются в уголовно-исполнительном законодательстве страны при наличии необходимых экономических и социальных возможностей.

Исходя из этого, аналогичные предложения о дополнении УИК Украины такой нор-

мой права можно встретить и в научной литературе нашего государства [18, с. 43], что не отвечает, в целом, требованиям международно-правовых актов в сфере исполнения наказаний и не может быть реализовано в нашем государстве именно из этих соображений. Противоречит ли это также, международно-правовым обязательствам Украины как члена соответствующих международных организаций;

б) при циклических прогнозируемых колебаниях экономической системы (от подъемов к рецессии (от лат. *recession* - спад производства или уменьшение темпов его роста [19, с. 503])) необходимо правильно определить приоритеты бюджетных инвестиций в правоохранительную систему в целом и пенитенциарную, в частности, предпочитая на соответствующих этапах финансированию мер профилактики преступности, исправления и ресоциализации осужденных, реконструкции имеющихся тюремных заведений, или построении новых современных тюрем и т.д. [17, с. 64];

в) имеющийся зарубежный опыт может служить для Украины дополнительным аргументом применения программно-целевого метода финансирования при планировании расходов на нужды уголовно-исполнительной службы и предотвращения коррупционных и других преступлений и правонарушений со стороны персонала [17, с. 64].

4. Как в Украине, так и за рубежом есть свои особенности организации работы с персоналом органов и учреждений исполнения наказаний, которые следует учитывать при подборе, подготовке и повышении квалификации этих лиц, а также при организации предупредительной деятельности. В частности,

Служба тюрем Уэльса входит в систему МВД, как, собственно, и Служба пробации [20, с. 76]. В свою очередь, Служба Заключение Польши относится к милитаризованной и вооруженной аполитичной формации, подчиненной Министерству юстиции [21, с. 78-81]. В Швейцарии, на работу в систему исполнения наказаний принимаются гражданские лица с любым образованием, даже на уровне средней школы, однако с обязательным профессиональным опытом не менее 3-х лет, независимо от сферы его приобретения, а в Норвегии - не менее одного года стажа работы, поскольку по принятом среди специалистов мнением, будущий пенитенциарий должен иметь определенный социальный опыт, чтобы правильно понимать собственную профессиональную мотивацию и требования уголовно-исполнительной службы к его личности [10, с. 82-83].

5. Другие схожие и отличительные элементы отечественной и зарубежной сферы исполнения наказаний и борьбы с преступностью, связанные с содержанием уголовно-исполнительной и предупредительной деятельности персонала органов и учреждений исполнения наказаний, которые могут служить правовой основой как совершенствование правового механизма по этим вопросам, так и в целом для видоизменения уровня эффективности и результативности предотвращения коррупционных и других преступлений со стороны указанных субъектов уголовно-исполнительных правоотношений.

Если обобщить результаты проведенного исследования по обозначенной проблематике, то стоит обратить внимание на ряд следующих содержательных и положительных моментов,



которые сложились в зарубежной практике по обозначенной проблематике. В частности, управление пенитенциарными учреждениями во Франции осуществляется Министерством юстиции. При этом, основным таким учреждением является тюрьма. В этом государстве тюрьмы делятся на центральные (для осужденных к наказанию в виде лишения свободы на срок свыше одного года) и местные, что и определяет особенности организации работы с персоналом этих учреждений, а также порядок их отбора, подготовки и повышения квалификации и предупредительной деятельности, в целом [22, с. 91].

Интересной и, одновременно, оригинальной по содержанию является так называемая «марочная система» отбывания наказания в виде лишения свободы, которая была в свое время разработана шотландским офицером А. Меконниги, а сегодня достаточно эффективно применяется в Шотландии, США, Австралии и некоторых других странах мира [23, с. 109-111]. Сущность и ее направленность, в определенной степени, совпадают с содержанием прогрессивной системы исполнения наказания и заключается в том, что персонал тюрем за добросовестное поведение и отношение к труду, выдает для осужденных марки (баллы), которые в дальнейшем влияют на смягчение режима содержания этих лиц в указанных учреждениях [23, с. 110]. В таком же контексте сконструирована прогрессивная система исполнения наказаний и в Ирландии [24, с. 111-114]. С точки зрения решения проблем бюджетного финансирования органов и учреждений исполнения наказаний, поучителен опыт Великобритании по привлечению дополнительных ассигнований в сфере уголовно-

исполнительной и предупредительной деятельности [25, с. 161-164]. К таким мерам можно отнести следующие:

а) для экономии бюджетных расходов и частичной компенсации средств бюджета из осужденных взимается плата за предоставленные им услуги администрацией тюрем, в частности, это оплата за телефонные звонки, аренду телевизора, канцелярские товары, книги, при средней заработной плате 10 фунтов стерлингов в неделю - из работающих лиц, и 1,8 фунтов стерлингов - для неработающих осужденных [25, с. 162]. В действующем УИК Украины по этому поводу указано, что лица, отбывающие наказание в исправительных колониях, из численного им заработка, пенсий и иного дохода возмещают коммунально-бытовые и другие предоставленные услуги (ч. 1 ст. 121). Однако, ни о перечне платных услуг, ни о порядке их предоставления и оплаты в Кодексе речь не идет, что является недопустимым, учитывая содержание предупредительной деятельности и существующих правовых основ деятельности персонала органов и учреждений исполнения наказаний, которая должна определяться только на основании закона (ч. 2 ст. 19 п. 14 ст. 92 Конституции Украины, ст. 5 УИК Украины, ст. 2 Закона Украины «О Государственной уголовно-исполнительной службе»; др.) и содержания предотвращения коррупции среди этой категории субъектов;

б) сокращение численности осужденных к лишению свободы и заключенных под стражу. По этому пути, начиная с 2014 года пошла и Украина, количество осужденных к лишению свободы в которой сократилось почти в 4 раза;

в) изменение порядка предоставления бесплатной правовой

помощи обвиняемым в совершении преступлений (согласно действующему законодательству Украины и существующей практике, количество таких лиц в нашей стране растет ежегодно [26, с. 490-493])

г) передача тюрем под управление частного сектора.

В этом контексте, полезен опыт Великобритании - единственной в Европе страны, практикующей привлечения частных компаний к управлению тюрьмами, а также частно-государственное партнерство по строительству новых СИЗО и тюрем [25, с. 162-163].

Указанный подход имеет своих сторонников и в Украине, которые убеждены, что частные тюрьмы являются эффективным, с точки зрения экономики, средством для содержания осужденных, так как в них значительно меньше затраты на содержание этих лиц, они увеличивают государственный бюджет, платя налоги, создают новые рабочие места для населения, т. д. [27, с. 597].

В свою очередь (и эту позицию можно поддержать), О. В. Демчук и И. В. Пивовар, отрицая экономический подход к решению проблем в сфере исполнения наказаний, приводят следующие аргументы: по выводам экспертов, частные тюрьмы сегодня, по сути, стали способом рабства в современном мире [25, с. 163]. Более того, как справедливо по этому поводу заметил В. Ретюнский, если конечно тюрьма - это место отбывания наказания и исправление осужденного, то частная - это прежде всего бизнес на людях, использования трудовых сил человека для получения прибыли, а речь об исправлении и ресоциализации осужденных вообще не ведется.

К тому же, британские эксперты уверены, что именно



«приватизация тюремного рынка», является причиной снижения заработной платы тюремным работникам, качества профессиональной подготовки, а также сокращение их количества в целом (с 27 тыс. 650 офицеров - в 2010 году до 19 тыс. 325 в 2013 году). При этом, по данным общественной организации Великобритании, в результате сокращения штатной численности персонала тюрем, на треть увеличилось число конфликтов между осужденными (на 23%), а количество самоубийств этих лиц превысила 6-летний минимум [28].

Выводы. Исходя из полученных результатов исследования, следует признать, что несмотря на ряд положительных моментов, имеющих место в зарубежной практике по вопросам предотвращения коррупционных и других преступлений, совершаемых в сфере исполнения наказаний Украины не стоит «слепо» копировать чужой опыт, ведь механический его перенос на украинскую систему исполнения наказаний, в лучшем случае будет выглядеть «фарсом», а в худшем - социальной и бюджетной катастрофами, поскольку уголовно-исполнительная система не приспособлена к радикальным изменениям, а сокращение средств на ее финансирование приведет к ее ликвидации вообще [25, с. 163].

Список использованной литературы

1. Шаблистий В.В. Безпековий вимір кримінального права України: людино-центристське дослідження: монограф. / В.В. Шаблистий. Дніпропетровськ: Дніпропетр. держ. ун-т внутр. Справ; Ліра ЛТД, 2015. 420 с.
2. Богатирьов І. Г. Порівняльне кримінально-виконавче право: навч. посіб. / за заг. ред. І. Г. Богатирьова. Київ : Ін-т кримінально-виконавчої служби, 2013. 140 с.
3. Панасюк М.Б. Проблеми реабілітації ув'язнених: західний досвід // Проблеми пенітенціарної теорії і практики. 2001. № 6. С. 144-157.
4. Шнайдер Г.Й. Кримінологія: Пер. с нем. / Под общ. ред. и с предисл. Л.О. Иванова. Москва: Издательская группа «Прогресс»-«Универсал», 1994. 504с.
5. Крупник Л.О. Капеланська діяльність в пенітенціарних закладах України. *Кримінально-виконавча політика України та Європейського союзу: розвиток та інтеграція*: зб. матеріалів міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 27 листоп. 2015 р.). Київ: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. С. 412-415.
6. Березовська О.М. Виникнення та функціонування пенітенціарної системи США. *Зарубіжний досвід функціонування пенітенціарних систем: сторінки історії та виклики сьогодення*: матеріали круглого столу (м. Київ, 14 травня 2015 р.) / відп. ред. О.В. Сокальська. Київ: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. С. 133-135.
7. Петраш О.Л. Пенітенціарні системи в пострадянських країнах. *Зарубіжний досвід функціонування пенітенціарних систем: сторінки історії та виклики сьогодення*: матеріали круглого столу (м. Київ, 14 травня 2015 р.) / відп. ред. О.В. Сокальська. Київ: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. С. 602-604.
8. Назимко Є.С. Зарубіжний досвід кримінально-правової регламентації інституту покарання неповнолітніх: монографія / Є.С. Назимко. Київ: КНТ, 2015. 368 с.
9. Литвинов А. Н. Особенности уголовно-правовой регламентации назначения наказания за неоконченное преступление по законодательству зарубежных стран / А. Н. Литвинов, Е. С. Назимко / Право. ua. 2014. № 1. С. 152-161. Режим доступа: http://nbuv.gov.ua/UJRN/pravo_2014_1_27.
10. Сахнік О.В. Практика та гуманістична спрямованість професійної підготовки пенітенціарного персоналу зарубіжних країн. *Зарубіжний досвід функціонування пенітенціарних систем: сторінки історії та виклики сьогодення*: матеріали круглого столу (м. Київ, 14 травня 2015 р.) / відп. ред. О.В. Сокальська. Київ: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. С. 82-85.
11. Марук Р.П. Кошти підприємств виправних установ як джерело фінансування пенітенціарної системи Киргизької Республіки. *Зарубіжний досвід функціонування пенітенціарних систем: сторінки історії та виклики сьогодення*: матеріали круглого столу (м. Київ, 14 травня 2015 р.) / відп. ред. О.В. Сокальська. Київ: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. С. 65-69
12. Манько Ю.В. Смертна кара в США та Україні: порівняльне дослідження. *Зарубіжний досвід функціонування пенітенціарних систем: сторінки історії та виклики сьогодення*: матеріали круглого столу (м. Київ, 14 травня 2015 р.) / відп. ред. О.В. Сокальська. Київ: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. С. 136-139.
13. Калашник Н.Г., Колб О.Г. Положення про спостережні комісії: навч. посібник. Луцьк: ПП Іванюк В.П., 2006. 258 с.
14. Фролова О.Г. Концепції покарання і кримінально-виконавча політика держави. *Кримінально-виконавча політика України та Європейського союзу: розвиток та інтеграція*: зб. матеріалів міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 27 листоп. 2015 р.). Київ: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. С. 235-239.
15. О некоторых мерах наказания, альтернативных лишению свободы: резолюция (76) 10 Комитета Министров Совета Европы от 9 марта 1976 г. / Аспект: Інформ. бюл. Донецьк: Донецький Меморіал, 2003. № 1. С. 60.
16. Условно-досрочное освобождение и другие виды условного освобождения / Аспект: Інформ. бюл. Донецьк: Донецький Меморіал, 2002. № 2. С. 49-60.
17. Пивовар І.В. Бюджетне фінансування пенітенціарної системи Іспанії: стан та недоліки. *Зарубіжний досвід функціонування пенітенціарних систем: сторінки історії та виклики сьогодення*: матеріали круглого столу (м. Київ, 14 травня 2015 р.) / відп. ред. О.В. Сокальська. Київ: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. С. 136-139.



та виклики сьогодення: матеріали круглого столу (м. Київ, 14 травня 2015 р.) / відп. ред. О.В. Сокальська. Київ: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. С. 60-64.

18. Колб І.О. Забезпечення особистої безпеки засуджених у виправних колоніях: дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / І.О. Колб. Київ: НАВС, 2014. 292 с.

19. Булько А.Н. Большой словарь иностранных слов 35 тысяч слов. Изд. 3-е, испр., перераб. Москва: Мартин, 2010. 704 с.

20. Дука О.А. Особливості підготовки пенітенціарних кадрів в Англії та Уельсі. *Зарубіжний досвід функціонування пенітенціарних систем: сторінки історії та виклики сьогодення*: матеріали круглого столу (м. Київ, 14 травня 2015 р.) / відп. ред. О.В. Сокальська. Київ: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. С. 76-78.

21. Дубчак Л.М. Організаційні засади функціонування Служби ув'язнення Польщі. *Зарубіжний досвід функціонування пенітенціарних систем: сторінки історії та виклики сьогодення*: матеріали круглого столу (м. Київ, 14 травня 2015 р.) / відп. ред. О.В. Сокальська. Київ: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. С. 78-81.

22. Шкарупа К.В. Впровадження зарубіжного досвіду функціонування пенітенціарних систем Швейцарії, Норвегії, Великобританії та Франції. *Зарубіжний досвід функціонування пенітенціарних систем: сторінки історії та виклики сьогодення*: матеріали круглого столу (м. Київ, 14 травня 2015 р.) / відп. ред. О.В. Сокальська. Київ: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. С. 90-92.

23. Волик К.Ф. Марочна система відбування покарання у виді позбавлення волі. *Зарубіжний досвід функціонування пенітенціарних систем: сторінки історії та виклики сьогодення*: матеріали круглого столу (м. Київ, 14 травня 2015 р.) / відп. ред. О.В. Сокальська. Київ: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. С. 109-111.

24. Бунчук В.Є. Ірландська прогресивна система. *Зарубіжний досвід функціонування пенітенціарних систем: сторінки історії*

та виклики сьогодення: матеріали круглого столу (м. Київ, 14 травня 2015 р.) / відп. ред. О.В. Сокальська. Київ: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. С. 111-114.

25. Демчук О.В. Зарубіжний досвід проведення пенітенціарної фінансової реформи (на прикладі Великобританії). *Зарубіжний досвід функціонування пенітенціарних систем: сторінки історії та виклики сьогодення*: матеріали круглого столу (м. Київ, 14 травня 2015 р.) / відп. ред. О.В. Сокальська. Київ: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. С. 161-164.

26. Валькова Є.В. Безоплатна правова допомога у кримінальному процесі: реалії сьогодення. *Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності*: тези Всеукр. наук.-практ. конф. (Хмельницький, 3 березня 2017 року). Хмельницький: Вид-во НАДПСУ, 2017. С. 490-493.

27. Мельниченко І.П. До питання ефективності функціонування приватних в'язниць: на прикладі США. *Кримінально-виконавча політика України та Європейського союзу: розвиток та інтеграція*: зб. матеріалів міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 27 листоп. 2015 р.). Київ: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. С. 595-597.

28. Ретюнський В. О ситуации в пенитенциарной системе Великобритании: справка / Посольство Российской Федерации в Великобритании: Электронный ресурс. Режим доступа: <https://www.oprj.ru/jiles/2014dok/ONK-Velikobritaniya15122014.pdf>.

университета имени академика Степана Демьянчука; Колб Александр Григорьевич - доктор юридических наук, профессор, академик Национальной академии наук высшего образования, профессор кафедры уголовного права и процесса Национального университета «Львовская политехника»;

INFORMATION ABOUT THE AUTORS

Andrey Vladimirovich BOROVIK

Candidate of Juridical Sciences, Docent, Corresponding Member of Academy of Economic Sciences of Ukraine, Professor at the Department of Criminal Law and Justice of International University of Economics and Humanities named after academician Stepan Demianchuk; aborovychok@gmail.com
Kolb Aleksandr Grigoryevich - Doctor of Juridical Sciences, Professor, Academician of the Nationale Higher Education Academy of Sciences of Ukraine, Professor at the Department of Criminal Law and Procedure of National University "Lviv Polytechnic"; lesya5@meta.ua

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРАХ

Андрей Владимирович БОРОВИК

кандидат юридических наук, доцент, член-корреспондент Академии экономических наук Украины, профессор кафедры уголовного права и правосудия Международного экономико-гуманитарного



УДК 347.457

КРЕДИТНЫЙ ДОГОВОР И ПОТРЕБИТЕЛЬСКИЙ КРЕДИТ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА

Владимир ГАВРИЛОВ

кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры гражданского права Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Саратовская государственная юридическая академия»

На основе анализа гражданского законодательства Российской Федерации и Республики Молдова рассматриваются проблемы правового регулирования кредитного договора в целом, а также потребительского кредита. Проводится сравнение норм, касающихся кредитного договора, в ГК РФ, ГК РМ, ФГК и ГГУ. Анализируются спорные вопросы, касающиеся определения кредитного договора, оценки кредитоспособности заемщика, неустойки в случае досрочного возврата кредита и некоторые другие. Предлагаются способы решения рассмотренных проблем путем дополнения и внесения изменений в законодательство Российской Федерации.

Ключевые слова: кредит, кредитный договор, потребительский кредит, кредитор, заемщик.

CREDIT CONTRACT AND CONSUMER CREDIT UNDER THE LEGISLATION OF RUSSIAN FEDERATION AND THE REPUBLIC OF MOLDOVA

Vladimir GAVRILOV

Candidate of Sciences in Jurisprudence, Associate Professor,
Professor of the Department of Civil Law of Saratov State Law Academy

Based on the analysis of civil legislation of Russian Federation and the Republic of Moldova, the problems of the legal regulation of a credit contract in general and consumer credit. Comparison of rules connected with a credit contract in Civil Code of the Russian Federation and the Republic of Moldova, the Napoleonic Code and the BGB. The controversial issues of definition of credit contract, creditworthiness assessment, penalty in case of early repayment of credit and some others are analyzed. Ways to solve the problems considered by supplementing and amending the legislation of the Russian Federation are proposed.

Keywords: credit, credit contract, consumer credit, creditor, credit user.

ACORD DE ÎMPRUMUT ȘI CREDIT DE CONSUM ÎN CONFORMITATE CU LEGILE FEDERAȚIEI RUSE ȘI ALE REPUBLICII MOLDOVA

Pe baza unei analize a legislației civile a Federației Ruse și a Republicii Moldova, sunt luate în considerare problemele reglementării legale a contractului de împrumut în ansamblul său, precum și împrumuturile pentru consumatori. O comparație a normelor referitoare la contractul de împrumut din Codul civil al Federației Ruse și Codul Civil al Republicii Moldova, FGK și GGU. Sunt analizate probleme controversate cu privire la definirea unui contract de împrumut, evaluând bonitatea împrumutatului, penalitatea în cazul rambursării anticipate a împrumutului și altele. Metodele de soluționare a problemelor luate în considerare sunt propuse prin completarea și modificarea legislației Federației Ruse.

Cuvinte cheie: împrumut, contract de împrumut, împrumut de consum, creditor, împrumutat.

Кредитный договор – это один из наиболее используемых гражданско-правовых договоров на сегодняшний день. Банковский кредит играет немаловажную роль в развитии современных экономических отношений и влиянии на государственную политику. Доходы населения Российской Федерации существенно снижаются, особо это наблюдается в течение последних шести лет, что объясняет повы-

шенную потребность граждан в заключении договора кредита. С 2018 по 2019 год количество выданных кредитов выросло на 13 процентов [11]. Это свидетельствует о значимости института кредитования, в частности потребительского, и обуславливает необходимость в его финансовом, а также правовом регулировании.

Целью данной работы является определение актуальных проблем кредитного договора в це-

лом и потребительского кредита по законодательству Российской Федерации и Республики Молдова, а также предложение путей их решений.

В качестве методологической базы исследования были использованы формально-юридический, сравнительно-правовой, логический, статистический методы, а также метод системного анализа. В роли теоретической основы исследования выступали:



нормативно-правовые акты, различная учебная литература, научные статьи, а также электронные ресурсы системы «Интернет».

Согласно статье 819 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) по кредитному договору банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуются предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты за пользование ею, а также предусмотренные кредитным договором иные платежи, в том числе связанные с предоставлением кредита [2]. Данный договор представляет собой обособленный вид договора займа. Следовательно, к отношениям, которые регулируются договором кредита, применяются и нормы займа. Так как как минимум одна из сторон, а именно – кредитор – является юридическим лицом, поэтому обязательным требованием договора является его письменная форма. В законе прямо прописано, что в случае нарушения правила о письменной форме кредитный договор становится недействительным, а именно ничтожным, т.е. применяются правила п. 2 ст. 162 ГК РФ [1]. В ГК РФ указаны случаи, когда возможен отказ от предоставления или получения кредита. Кредитор реализует данное право при условии, что существуют реальные обстоятельства, указывающие на некредитоспособность контрагента. Помимо этого, кредитор может отказаться от дальнейшего кредитования в случае несоблюдения предусмотренной договором обязанности целевого использования денежных средств. В свою очередь, заемщик также обладает правом отказа от получения кредита, при этом данному праву корреспондирует обязанность своевременного уведомления другой стороны.

В ГК РФ предусмотрены два вида кредитных договоров: то-

варный и коммерческий. Первым существенным условием товарного кредита (как и в любом договоре) является предмет договора – *вещь*, обладающая родовыми признаками. В части определения условий о вещах применяются правила о договоре купли-продажи.

Под коммерческим кредитом понимается соглашение, предполагающее предоставление кредита, в том числе в виде аванса, предварительной оплаты, отсрочки и рассрочки оплаты товаров, работ или услуг, в силу которого денежные средства *или иные вещи*, имеющие родовые признаки, передаются в собственность контрагенту [2].

На наш взгляд, российский законодатель допустил существенную ошибку. Закрепив в ГК РФ, как в головном законе, регулирующем гражданско-правовые отношения, только два вида кредита, он указал на то, что предметом обоих договоров может являться вещь, однако не отразил это в основном определении кредитного договора. Такое же упущение было допущено в Федеральном законе «О потребительском кредите (займе)» (далее – ФЗ) [3], хотя потребительский кредит также может быть и товарным, и коммерческим. Следовательно, представляется целесообразным, определить предмет кредитного договора в ГК РФ как «денежные средства (иные вещи)». С учетом данных изменений считаем правильным изложить определение кредитного договора в следующей редакции: «Кредитный договор – соглашение, в силу которого одна сторона (кредитор в лице банка или иной кредитной организации) обязуется предоставить денежные средства или иные вещи (кредит) другой стороне (заемщику) ... , а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму (иную вещь) и уплатить проценты за пользование ею...»

На наш взгляд, ГК РФ не отражает все виды кредитных дого-

воров, которые закреплены в других нормативно-правовых актах и применяются на практике. Кроме вышеперечисленных, существуют также целевой, потребительский и ипотечный кредитные договоры, поэтому представляется разумным внести их в ГК РФ.

Отношения, которые возникают при предоставлении потребительского кредита, получили должное законодательное урегулирование в России в 2013 году с принятием ФЗ [3]. Согласно статье 3 указанного Закона потребительский кредит (заем) – денежные средства, предоставленные кредитором заемщику на основании кредитного договора, договора займа, в том числе с использованием электронных средств платежа, в целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, в том числе с лимитом кредитования. Также данная группа отношений регулируется Законом «О защите прав потребителей» [4].

Несмотря на то, что данный ФЗ урегулировал многие стороны кредитных отношений, в нем, тем не менее, остались некоторые неясности. Так, например, статья 5 ФЗ закрепила такую структуру договора, которая делит условия на общие и индивидуальные [10, с. 89]. Это обусловлено тем, что ФЗ относит данный договор к договору присоединения. Существует такое общее условие, как обязательность размещения информации о праве заемщика запретить кредитору уступать третьим лицам права (требования), при этом, сама возможность является одним из индивидуальных условий. Неясность возникает при постановке вопроса: кого законодатель относит к третьим лицам? При такой формулировке круг третьих лиц становится максимально широким, что позволяет включить в него даже лиц без лицензии на осуществление банковской деятельности [9, с. 54].

В данной статье существует еще одно положение, которое, по нашему мнению, требует уточне-



ния. Подпункт 2 пункта 4 гласит, что одним из общих условий договора потребительского кредита является наличие обязательных требований кредитора к заемщику, при неисполнении которых может возникнуть основание для отказа в предоставлении потребительского кредита. В соответствии с пунктом 5 статьи 7 ФЗ, кредитор имеет право отказать заемщику в заключении договора без объяснения причин, если законом не установлено иное. Исходя из этого, считаем целесообразным составить примерный перечень обстоятельств, которые являются препятствиями для предоставления кредита, и включить его в ФЗ. Таким образом, данный перечень будет иметь превентивное значение, а кредитор окажется в большей степени защищен от возможных исков об обжаловании необоснованных отказов в предоставлении кредита. Однако и для заемщиков данный перечень может быть полезен, поскольку они смогут соотнести свои реальные возможности с требованием закона. Итак, как в ГК РФ, так и в ФЗ имеется ряд положений, которые требуют изменений.

Интересным представляется закрепление кредитных отношений во Французском Гражданском кодексе (далее – ФГК) [6] и Германском гражданском уложении (далее – ГГУ) [7]. В отличие от ГК РФ, данные нормативно-правовые акты не содержат понятия «кредитный договор». Так, ФГК не различает договор займа и кредитный договор – они являются синонимами. Однако стоит отметить, что наиболее близким к российскому кредитному договору выступает договор потребительского займа, или заем вещей, пользование которыми приводит к их потреблению. Подобным образом регулирует кредитные отношения и ГГУ, закрепляя лишь договор займа. При этом важным уточнением является то, что, согласно ГК РФ, по общему правилу к кредитному договору применяются положения договора

займа, что выражает явное сходство между тремя нормативно-правовыми актами.

Отношения, возникающие в сфере потребительского кредитования в РФ, регулируются ГК РФ и уже упоминавшимся ФЗ «О потребительском кредите (займе)», в Молдове – Гражданским Кодексом Республики Молдова (далее – ГК РМ) [5] и Законом Республики Молдова «О кредитных договорах с потребителями» [8] соответственно. Перечисленные нормативно-правовые акты имеют как схожие, так и отличительные черты, что вполне естественно. Близость норм обусловлена историческим развитием обеих стран, так как Республика Молдова с девятнадцатого века под различными названиями входила в состав Российской империи и СССР. Объективно сложившиеся близкие правовые школы сформировали и родственные взгляды на регулирование общественных отношений юристов. Именно поэтому пришедшие к обеим странам в последнем десятилетии прошлого века капиталистические отношения встретили схожие подходы к их отражению в законах.

Прежде всего стоит сказать, что законодатель в Молдове более детально регулирует данную группу отношений и отводит под нее 10 статей в Гражданском Кодексе, в то время как в российском законе для это выделено всего 4 статьи общего содержания, и 2 статьи посвящены подвидам договора кредита. К общим положениям относится, во-первых, определение договора кредита. В двух кодексах определения в некоторой части схожи, так как суть договора заключается в том, что одна сторона передает денежные средства контрагенту с условием возврата, уплаты процентов и иных обязательных платежей. Во-вторых, оба закона относят договор кредита к виду договора займа, а, следовательно, позволяют применять нормы о договоре займа к рассматриваемому до-

говору. В-третьих, российский и молдавский законодатели придерживаются одной позиции в аспекте определения формы договора кредита – в обоих кодексах она указана как обязательная письменная. Форма договора представляет собой способ согласованного волеизъявления сторон, следовательно, имеет большое значение при заключении кредитного договора. Более того, совпадают еще и основные признаки российского и молдавского договоров: взаимность, консенсуальность, возмездность.

Несмотря на вышеперечисленные общие черты, кодексы двух государств обладают весьма обширным перечнем отличных друг от друга черт. Первое различие заметно уже в определении договора кредита: в ГК РФ указано, кто может быть кредитором – банк или кредитная организация, в то время как в ГК РМ не раскрывается, кто может выступать на стороне кредитора. Что касается обязательной письменной формы двух договоров, то и здесь имеется некоторое расхождение. В отличие от российского закона, молдавский не содержит нормы о том, что несоблюдение требования об обязательной письменной форме влечет ничтожность договора. Следовательно, ГК РФ создает дополнительные гарантии исполнения договора для обеих сторон.

Однако стоит отметить, что во многих положениях молдавский кодекс содержит более детальную и подробную характеристику договора кредита. Например, статья 1764 ГК РМ регулирует проценты по договору кредита, разграничивая их два вида: твердые и плавающие. В российском кодексе нет отдельной статьи, посвященной процентам по кредитному договору, более того, законодатель не определяет четкого названия видов процентов, а указывает лишь в статье 9 ФЗ, что их величина может быть постоянной или меняющейся. Кодекс РМ в статье 1765 раскрывает такое



понятие, как комиссионные – это плата за услуги, оказанные в связи с использованием кредита [5]. Вынесение данного положения в отдельную статью показывает его значимость в системе кредитных отношений в Молдове.

Следующим весьма существенным отличием двух законов является статья 1767 ГК РМ, где регламентируются гарантии возврата кредита. Закон разграничивает понятие имущественные и индивидуальные гарантии, более того наделяет кредитора дополнительным правом в данной сфере, а именно правом устанавливать факультативные гарантии возврата кредита, если он считает, что имеющиеся на данный момент гарантии недостаточны. В ГК РФ также присутствуют нормы о гарантиях возврата кредита, а конкретно - о гарантиях исполнения договора, но они нашли свое закрепление не в параграфе 2 главы 42 под названием «Кредит», а в Части первой ГК: в общих положениях о договоре [1]. Представляется, что перечисление отдельных случаев в особенной части закона является более удобной для применения на практике, поскольку тщательная регламентация позволяет с большей долей вероятности избежать спорных правовых вопросов.

Стоит упомянуть о возможности отказа от исполнения договора кредита. ГК РМ в статье 1768 детально раскрывает возможные случаи, а также конкретизирует права и обязанности сторон в данной ситуации. ГК РФ раскрывает данные положения в статье 821. Сравнивая содержание двух указанных статей, мы видим, что молдавский законодатель подходит к трактовке данных положений более подробно. Так, закон регламентирует, что основанием отказа кредитора от исполнения договора кредита является нарушение заемщиком или третьим лицом взятых на себя обязанностей предоставления гарантий возврата кредита.

Помимо этого, молдавский кодекс закрепляет дополнительную обязанность заемщика в случае его отказа от исполнения договора кредита – уплата вознаграждения кредитору (комиссионные за неиспользование). Стоящим внимания является положение ГК РМ (пункт 4 статьи 1786), в котором указывается на обязанность отказывающейся стороны уведомить другую сторону в течение разумного до наступления момента исполнения обязанностей, определенных договором. Еще одно отличие двух законов заключается в том, что ГК РМ содержит положения о расторжении договора кредита в специализированной главе, а в ГК РФ данный вопрос урегулирован общими положениями о договоре (в Части первой). Позиция молдавского законодателя представляется более верной. Молдавский законодатель придерживается этого пути и в вопросах, касающихся ответственности кредитора и заемщика.

Представляется интересным положение молдавского ГК, устанавливающее, что в случае досрочного возврата кредита необходимо возместить убытки кредитору. Российский законодатель подобной нормы не установил. На принцип установления обязанности возмещения убытков за досрочное погашение кредита существует две точки зрения. Первая состоит в том, что наличие данного положения имеет свои положительные черты как для кредиторов, так и для заемщиков. Существует такое понятие, как линейка банковских продуктов – это полный спектр банковских услуг, предоставляемых банком своим клиентам. Формируя ее, банки составляют долгосрочный план своей финансовой деятельности, поэтому внезапно появившиеся свободные денежные средства в результате досрочного погашения кредита в течение определенного времени не находят своего применения. К тому же,

банк лишается возможности получить финансовую выгоду от уплаты заемщиком процентов по кредиту. Следовательно, обязанность возмещения убытков является средством обеспечения защищенности от непредвиденных расходов, а именно позволяет избежать реального ущерба и упущенной выгоды. Помимо этого, при присоединении одного банка к другому, последнему выгодно иметь уверенность в том, что прибыль будет стабильна. Это находит свое объяснение в том, что при отсутствии данной обязанности случаев такого присоединения менее крупных банков к более крупным было бы меньше, следовательно, не рос бы экономический потенциал последних. Для заемщиков преимущество заключается в том, что благодаря естественной инфляции окончательно выплаченная сумма по долгосрочному кредиту может оказаться меньше при определенных условиях.

Приверженцы второй точки зрения считают, что имеются и некоторые недостатки существования обязанности возместить убытки при досрочном погашении кредита. Учитывая финансовое состояние большинства граждан РФ, можно утверждать, что данная мера ответственности лишает их возможности сократить свои расходы, появляющиеся, в том числе, из-за выплаты части процентов, которых не было бы вследствие досрочного исполнения обязанности. Это является свидетельством того, что российский законодатель принял во внимание реально сложившуюся экономическую ситуацию в стране и не установил в императивном порядке данную норму даже с учетом ее очевидных плюсов для кредитора.

Несмотря на то, что Федеральный закон «О потребительском кредите (займе)» схож с Законом Республики Молдова «О кредитных договорах с потребителями», оба закона имеют много отличий. Первая отличительная черта вид-



на в названиях самих нормативно-правовых актов. Российский законодатель в пункте 1 статьи 1 закрепил за потребителями право получать потребительский кредит не только по кредитному договору, но и по договору займа, вследствие чего отразил данную особенность в названии закона [3]. Молдавский законодатель подобную формулировку не использует. Следующей отличительной особенностью являются отношения, к которым применимы данные законы. Закон Молдовы не распространяется на 10 видов договоров, в то время как Закон РФ указывает лишь на те отношения, которые возникают в результате предоставления потребительского кредита (займа), обязательства заемщика по которому обеспечивает ипотека.

Закон Молдовы в статье 22 закрепляет кредитование счета (овердрафт) по умолчанию. В российском законе подобной статьи нет – кредитование счета регулируется статьей 850 ГК РФ, которая в пункте 2 указывает на то, что правила о кредите и займе распространяются и на кредитование счета. На наш взгляд, Молдавский законодатель подошел к регламентированию данных отношений грамотнее, выделив отдельную статью в данном законе.

Несмотря на то, что Закон Молдовы содержит практически в 2 раза больше статей, чем российский, законодатель РФ все же уделил особое внимание некоторым наиболее актуальным отношениям, что показывает соответствие Закона реалиям. Так, например, Закон регулирует особенности условий договора потребительского кредита (займа) без обеспечения, заключенного на срок, не превышающий пятнадцати дней, на сумму, не превышающую 10 000 рублей, а также передачу электронного средства платежа при выдаче потребительского кредита с использованием электронного средства платежа. Это, несо-

мненно, отражает интересы современного потребителя.

Обобщая вышесказанное, можно сделать вполне логичный вывод о том, что нормативно-правовое регулирование отношений, возникающих вследствие заключения договора кредита, в том числе потребительского кредита, в обоих государствах имеет как сходные, так и различные черты, сложившиеся вследствие исторического развития. Конечно, институт кредитования требует дальнейшего развития в обеих странах. Обеспечить это можно, позаимствовав положительный опыт у других государств, а именно адаптацией ряда положений и подходов, которые есть в законодательстве РФ и Республики Молдовы соответственно.

Список использованной литературы и источников

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32, ст. 3301; СЗ РФ. 2019. № 51 (часть I), ст. 7482.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26 января 1996 № 14-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 5, ст. 410; СЗ РФ. 2019. №12, ст. 1224.
3. Федеральный закон от 21 декабря 2013 № 353-ФЗ (ред. от 02.08.2019) «О потребительском кредите (займе)» (с изм. и доп., вступ. в силу с 30.01.2020) // СЗ РФ. 2013. № 51, ст. 6673; СЗ РФ. 2019. №31, ст. 4430.
4. Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 (ред. от 18.07.2019) «О защите прав потребителей» // «Ведомости СНД и ВС РФ», 09.04.1992, N 15, ст. 766; «Российская газета», № 158, 22.07.2019.
5. Гражданский кодекс Республики Молдова (Книга третья. Обязательства) от 6 июня 2002 года № 1107-XV (с изм. и доп. по состоянию на 15.11.2018 г.).
6. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) от 21.03.1804 (с изм. и доп. по состоянию на 01.09.2011) Гражданский кодекс

Франции (Кодекс Наполеона). - М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 4 - 592.

7. Гражданское уложение Германии (ГГУ) от 18.08.1896 (ред. От 02.01.2002) (с изм. и доп. по 31.03.2013) Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению. - 4-е изд., перераб. - М.: Инфотропик Медиа, 2015. С. VIII - XIX, 1 - 715.

8. Закон Республики Молдова от 12 июля 2013 года № 202 «О кредитных договорах с потребителями».

9. Казакова Е.Б. Потребительское кредитование: состояние, проблемы и пути развития // Lex russica (Русский закон). 2016. №7. С. 48-58.

10. Хмелева Т.И. Потребительское кредитование: вопросы теории и практики // Вестник Саратовской государственной юридической академии. - Саратов: ФГБОУ ВПО «Сарат. гос. юр. акад.», 2015, № 3 (104). С. 87-92.

11. Наталья Еремина. Расплата будет страшной: россияне опять набрали кредитов. [Электронный ресурс]. Дата обращения: 21.02.2020. URL: <https://www.gazeta.ru/business/2019/05/23/12372007.shtml>

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Владимир Николаевич
ГАВРИЛОВ,
кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры гражданского права Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Саратовская государственная юридическая академия»;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Vladimir Nikolayevich
GAVRILOV,
Candidate of Sciences in Jurisprudence, Associate Professor, Professor of the Department of Civil Law of Saratov State Law Academy;
vladimirrgavrilov@rambler.ru



УДК 343.122 (477)

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ СОВРЕМЕННЫХ ТЕЛЕКОММУНИКАЦИОННЫХ И ДРУГИХ ТЕХНОЛОГИЙ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ

Александр ЗАГУМЁННЫЙ

адъюнкт Харьковского национального университета внутренних дел

Александр ЮХНО

доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой
уголовного процесса и организации досудебного расследования
Харьковского национального университета внутренних дел

В статье исследовано теоретическое и прикладное применение современных технологий, компьютерной техники и автоматизированных систем данных при проведении следственных (розыскных) действий в уголовном производстве в Украине. Исследованы имеющиеся научные точки зрения по вопросам применения современных технологий при досудебном расследовании и материалы правоприменительной деятельности, по которым высказаны научные позиции авторов. По результатам исследования выявлены некоторые проблемные вопросы в действующем национальном законодательстве и исследован положительный опыт законодательств некоторых зарубежных стран на основании чего внесены определённые предложения и рекомендации по усовершенствованию отдельных положений уголовного процессуального законодательства и практики его применения, а также международных правовых актов.

Ключевые слова: досудебное расследование, современные технологии, следственные действия, компьютерная техника, прикладное использование, международный опыт, национальные законы, участники процесса, научная позиция.

USE OF MODERN TELECOMMUNICATIONS AND OTHER TECHNOLOGIES IN CONDUCTING INVESTIGATIVE ACTIONS

Aleksandr ZAHUMENNIY

Postgraduate of Kharkov National University of Internal Affairs

Aleksandr YUKHNO

Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Criminal Procedure and Organization of Pre-trial Investigation of Kharkov National University of Internal Affairs

The article shows the theoretical and possible application of modern technologies, computer equipment and automated data systems in conducting investigative (search) actions in criminal proceedings. The available scientific points of view on the use of modern technologies in pre-trial investigation and materials of law enforcement activity on which there are scientific positions of the authors are investigated. The results of the analysis revealed some problematic issues in existing national legislation and investigated the positive aspect of the legislations of some foreign countries on the basis of what made certain proposals and recommendations on improvement of separate provisions of criminal procedural legislation and practice of application of international legal acts and experience of foreign countries in Ukraine.

Keywords: pre-trial investigation, modern technologies, investigative actions, computer equipment, applied use, international experience, national laws, participants in the process, scientific position.

UTILIZAREA TELECOMUNICAȚILOR MODERNE ȘI A ALTOR TEHNOLOGII ÎN TIMPUL ACȚIUNILOR DE INVESTIGARE

Articolul explorează aplicarea teoretică și aplicată a tehnologiilor moderne, tehnologiei computerizate și sistemelor de date automatizate în timpul acțiunilor de investigare (căutare) în procedurile penale din Ucraina. Sunt cercetate punctele de vedere științifice existente privind aplicarea tehnologiilor moderne în investigarea pre-proces și în materialele de aplicare a legii, pe baza cărora sunt exprimate pozițiile științifice ale autorilor. Pe baza rezultatelor studiului, unele probleme au fost identificate în legislația națională actuală și a fost examinată experiența pozitivă a legislației unor țări străine, pe baza căreia au fost făcute anumite sugestii și recomandări pentru îmbunătățirea anumitor dispoziții din dreptul și procedurile penale ale aplicării sale, precum și a actelor juridice internaționale.

Cuvinte-cheie: investigație pre-proces, tehnologie modernă, acțiuni de investigare, tehnologie computerizată, utilizare aplicată, experiență internațională, legi naționale, participanți la proces, poziție științifică.



Постановка проблемы. Развитие и усовершенствование глобальных информационно телекоммуникационных сетей и других систем получило широкое распространение во всем мире. Использование современных разнообразных информационных технологий во всех сферах государства и общества, в том числе и в вопросах правоохранительной сферы, с обеспечением при этом информационной безопасности приобретают все большую актуальность. На сегодняшний день невозможно себе представить функционирование той или иной системы, будь-то правоохранительных органов и судебной системы, транспорта или финансового сектора, без широкого использования современной информационной инфраструктуры. Следует акцентировать внимание на том, что информационные процессы являются важным условием управления, которое будет эффективным лишь на основе надежного приема, хранения, переработки и передачи информации во взаимодействии управляемой системы с внешней средой. Из этого следует, что организация информационной инфраструктуры государства имеет стратегическое значение, и она должна быть не только современной и обеспечивать все его возрастающие потребности в информационном обмене, но и иметь защиту от различного рода негативных воздействий. На сегодня обстановка в информационной сфере Украины продолжает оставаться сложной. С одной стороны, увеличивается количество преступлений с применением ИТ-технологий и совершенствуются способы и тактика действий киберпреступников, вырастает число вредоносных вирусных программ, которые все больше внедряются в современные технологии, появляются новые, более изощренные виды

хакерских атак на информационную инфраструктуру государственных, коммерческих организаций и на физических лиц. С другой стороны не отработаны государственные и иные системы по их противодействию, наблюдается отставание правовой базы от интенсивного развития и внедрения информационных систем в образующиеся отношения, в том числе в сфере уголовных и уголовно процессуальных. В связи с вышеизложенным, остаются неисследованными целые пласты поднятых вопросов, в том числе их теоретическое и прикладное разрешение относительно использования современных технологий, в частности компьютерной техники, средств мобильной связи и автоматизированных систем с целью их эффективного использования при проведении следственных (розыскных) действий в уголовном производстве по расследованию конкретных преступлений.

Актуальность темы исследования. Динамика состояния преступности свидетельствует о том, что количество преступлений с использованием современных телекоммуникационных и других технологий все больше увеличивается, и если до 2010 года она составляла до 15% от всех совершенных, то в настоящее время более 40%. Так, межведомственным научно-исследовательским центром борьбы с организованной преступностью было проведено анкетирование оперативных сотрудников по вопросам поиска и фиксации данных о преступлениях в сфере высоких технологиях, согласно результатам которого только по одному факту совершения преступления из 20 совершенных, сообщается в полицию [1, с. 5]. Такая тенденция наблюдается и в отдельных зарубежных странах. Так, согласно исследованиям компании в сфере кибербезопасности

Hejavec group только 10-15% таких преступлений попадает в официальную статистику [2, с. 8]. Однако, методики расследования таких видов преступлений в полном объеме не разработаны, имеющиеся учеты и техническая оснащенность правоохранительных органов остается недостаточной, что влияет на качество и эффективность расследования преступлений, результаты которых вызывают общественный резонанс. Учитывая существующие тенденции, следует обозначить, что одним из важных условий повышения уровня противодействия и расследование преступлений, являются всесторонние и рациональные исследования и использование современных достижений научно-технического прогресса в уголовном производстве, а также законодательное закрепление этого процесса.

Состояние исследования проблемы. Вопросы использования современных технологий при проведении следственных (розыскных) действий, но в большей мере расследование киберпреступлений затрагивались такими учеными как: Ю. В. Гаврилин, В. О. Голубев, В. Е. Козлов, В. В. Крилов, В. О. Мещеряков, Л. П. Паламарчук, В. Ю. Рогозин, О. А. Самойленко, В. П. Бахин, В. В. Бирюков, Р. А. Калюжный, М. А. Погорецкий, М. В. Сальтевский, В. Ю. Шепитько, А. А. Южно и другие. В тоже время большая часть исследований проведена в диссертациях с ограниченным доступом, что относится к сфере оперативно-розыскной деятельности. Не смотря на то, что поднятая тема затрагивалась многими учеными, постоянное и интенсивное развитие информационных технологий, а также их использование при совершении преступлений обуславливает необходимость дальнейших концептуальных теоретических



и прикладных исследований в данной сфере, наработок соответствующих методик их выявления, раскрытия и расследования. Многие вопросы не учтены в исследованиях, которые закреплены после 2012 года в 580 изменениях и дополнениях в положениях действующего УПК Украины.

Целью и задачей статьи является исследование теоретических вопросов и практики использования современных технологий при проведении следственных (розыскных) действий, а также формулирование предложений по их усовершенствованию в криминальном процессе и в других отраслях права.

Изложение основного материала. Прежде чем перейти к вопросу исследования теоретических основ и практики использования современных телекоммуникационных и других технологий при проведении следственных (розыскных) действий, необходимо раскрыть значение термина «современные информационные технологии». Научные исследования свидетельствуют о том, что технологические революции на протяжении исторического развития человечества осуществили значительное влияние на общество. Таким образом можно констатировать то обстоятельство, что технологические революции непосредственно повлияли на мировую культуру и социальную динамику, тем самым привели к значительным социокультурным изменениям. Главным, что отличает эти технические революции от других, которые уже произошли в истории человечества, это появление принципиально новых технологий, которые получили название «высокие технологии» - Hi-Tech. Исследование высоких информационных технологий в рамках цикла юридических наук проводится в основном сквозь призму исследования проблем

противодействия преступности в этой сфере. Однако учеными не достаточно внимания уделено определению самого понятия высоких (современных) технологий и их функциональной сущности. Следует согласиться с концепцией Милана Желены а именно его научной позиции согласно которой следует придерживаться инструментального подхода к технологиям и определять их с позиции того, что они являются по своей сущности инструментом достижения поставленных целей и получения необходимых результатов. Следует поддержать его в том, что любую технологию можно разделить на несколько составных частей, и это даст возможность понять её структуру. К таким частям относится: аппаратное обеспечение – это физическая структура или логическая схема, установка или оборудование, которое состоит из механизмов и приборов; программное обеспечение – это набор правил, принципов, алгоритмов, которые необходимы, чтобы использовать аппаратное обеспечение для использования поставленных задач; интеллектуальное обеспечение – это цель, причина, обоснование разработки и внедрение аппаратного и программного обеспечения определенным образом. Данные компоненты связаны между собой по принципу совместных детерминант и круговых связей и образуют ядро технологий. Но, с его слов, существует еще один важный аспект технологий – это сеть поддержки, которая содержит в себе физические, организационные, административные и культурные структуры [3, с. 81]. Следует остановиться также и на значении термина «информационные технологии», потому что позиции ученых по этому поводу несколько разделились. Так, А. В. Горбачев использует термин «информационные технологии», понимает под ним совокупность

взаимосвязанных высокотехнологичных устройств, приемов и способов, которые позволяют использовать информацию в раз- мере, необходимом для полноценного развития как общества в целом, так и его отдельных составляющих, с рациональным использованием имеющихся средств и времени [4, с. 157], что мы поддерживаем, поскольку это в полной мере относится к оперативному в управленческом смысле их использованию в ходе досудебного расследования, модернизируя их под конкретные методики расследования отдельных видов преступлений, а также для реализации целей и задач конкретного уголовного производства. В свою очередь А. К. Айламазян и Е. В. Стась в своих научных работах используют термин «новые информационные технологии», под которыми они понимают совокупность методов и средств реализации информационных процессов в различных сферах человеческой деятельности, то есть способы реализации информационной деятельности [5, с. 31]. В тоже время, отдельные исследователи определяют информационные технологии как совокупность методов и способов получения, обработки, представления (передачу) информации, направленной на изменение ее состояния, свойств, форм, содержания и осуществление их в интересах пользователей [6, с. 46].

Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод о том, что термин «современные информационные технологии» воспринимается человеком и относится как раз к моменту восприятия данного срока реципиента, то есть к «дню сегодняшнему». Это обусловлено как значением термина «современный», который указывает на настоящее, то есть непосредственный момент во времени, и значение терми-



на «информация», который хотя и не указывает на конкретный момент времени, но вызывает в обществе XXI века впечатление чего-то «современного» и «связанного с электроникой, или вычислительной техникой». Таким образом, следует сделать вывод о том, что в современном понимании, информационные технологии - это система приемов, методов и способов обработки информации, которая происходит на основе заранее определенного для каждого конкретного случая алгоритма действий, с обязательным использованием аппаратных средств и программного обеспечения, которые обладают высокой степенью стандартизации и конвергенции. В более широком смысле, современные информационные технологии - это система приемов и методов получения, обработки и использования информации, которая происходит на основе заранее определенного для каждого конкретного случая алгоритма действий, с использованием тех инструментов и средств, которые характерны и современны для отдельно взятого исторического периода времени. То есть для средних веков были свои информационные технологии, а для двадцать первого столетия - свои, однако тесно связанные с вычислительной техникой и автоматизированными системами различной направленности. Следует отметить, что зарубежные ученые достаточно активно изучают влияние технологических достижений на трансформацию преступности. Появилось даже отдельное направление научных исследований, которые получили название «виртуальная криминология». Уголовный процессуальный кодекс (далее - УПК) Украины, не содержит перечня или определения тех или иных технических средств, которые законодательно обязательные или

рекомендуемые к использованию во время проведения следственных (розыскных) действий, и не показывает отдельные аспекты процессуального оформления по результатам их проведения, что вызывает необходимость разработки предложений и рекомендаций по их реализации в уголовном процессе, и особенно в уголовном производстве. Это связано с тем, что уголовное право, как и уголовное законодательство Украины предполагает обращение к отсылочным нормативно-правовым актам при расследовании уголовных правонарушений с целью конкретизации нарушенных общественно-правовых отношений, детализации незаконных действий или бездействий лиц их совершивших и дачи правовой оценки таковым. В последнее время для органов досудебного расследования создаются различные ведомственные автоматизированные специальные информационные системы, аналогичные программно-технические продукты, направленные на оптимизацию работы по раскрытию, расследованию и предупреждению преступлений [7, с. 117]. Речь идет о различного рода автоматизированных, экспертных и консультативных системах искусственного интеллекта, информационно-аналитических системах обработки статистической информации и др. [8, с. 194-202], к которым отдельные ученые относят: 1) автоматизированные банки данных (АБД); 2) автоматизированные информационно-поисковые системы (АИПС); 3) автоматизированные рабочие места (АРМ); 4) программно-аппаратные комплексы (ПАК); 5) программно-технические комплексы (ПТК); 6) системы автоматизированного принятия решения (САПР); 7) системы поддержки принятия решения (СППР); 8) системы

поддержки судебной экспертизы (СПСЕ) [9, с. 90] и другие.

В уголовном производстве возникают определенные сложности относительно правильности изъятия той или иной информации, источником которых являются телекоммуникационные, информационные и другие сети. Сегодня учебными заведениями системы МВД Украины рассматриваются предложения по усовершенствованию действующего уголовного процессуального законодательства в этом и другом направлениях. По нашему мнению следует законодательно закрепить такие положения в УПК Украины и в частности в законопроекте «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины по имплементации положений Конвенции «О компьютерных преступлениях» и повышении эффективности в сфере борьбы с киберпреступностью. Так, законопроектом предлагается ввести новое положение об обеспечении уголовного производства, в частности «Главу 15-1. Срочное сохранение информации». Считаем, что это не будет способствовать однозначному пониманию и надлежащему правоприменению использование в КПК Украины термина «срочное». Во избежание юридической неопределенности усматривается уместным рассмотреть вопрос об изменении названия «срочное хранение информации» на «безотлагательное хранения информации», что будет более корректно отвечать терминологии действующего УПК Украины. Кроме этого, в проект как субъект срочного хранения информации определен собственник, владелец или держатель такой информации. По нашему мнению, таких субъектов необходимо унифицировать с теми, которые уже предусмотрены в действующем УПК Украины, чтобы не допустить произ-



вольной трактовки указанных положений. Например, в положении части 1 статьи 159, части 1 статьи 167 УПК Украины указанный субъект именуется как «лицо, во владении которой». Следует также обратить внимание на положение части 3 статьи 166-1 законопроекта, в котором предлагается вручение постановления прокурора владельцу или держателю информации в соответствии с требованиями Закона Украины «Об электронных документах и электронном документообороте». В то же время, на сегодня порядок уведомления о принятом процессуальное решение предусмотрен главами 6 и 11 действующего УПК Украины. Поэтому предложенные законодателем изменения противоречат существующему в УПК Украины порядку. Указанные предложения, при необходимости, должны вноситься в соответствующие главы УПК Украины. Также следует отметить, что с практической точки зрения более весомое значение имеет не «срочное» сохранение информации, содержащейся в предметах и документах, а ее извлечение. Ведь промедление с изъятием такой информации может привести к ее повреждению, искажению, изменению или вообще ее потери в качестве вещественного доказательства, что непременно повлияет на объективность и полноту результатов предварительного расследования, а также установление всех обстоятельств совершенного уголовного преступления. В связи с этим, по нашему убеждению, законодателю необходимо рассмотреть вопрос о возможном закреплении права следователя, прокурора провести временный доступ к вещам и документам, без вынесения постановления следственного судьи. Проектом Закона предложено пункт второй части второй статьи 40 УПК Украины изложить в

следующей редакции: «2) проводить следственные (розыскные) действия, негласные следственные (розыскные) действия и иные процессуальные действия, связанные с мерами обеспечения уголовного производства, в случаях, установленных настоящим Кодексом». Считаем такое предложение лишним из-за того, что пунктами 5, 9 части 2 статьи 40 действующей редакции УПК Украины уже раскрыты соответствующие полномочия следователя в уголовном производстве в полном объеме: «5) обращаться по согласованию с прокурором к следственному судье с ходатайствами о применении мер обеспечения уголовного производства, проведения следственных (розыскных) действий и негласных следственных (розыскных) действий; 9) осуществлять иные полномочия, предусмотренные настоящим Кодексом». Таким образом, накопление одних и тех же по содержанию уголовных процессуальных норм приведет к необоснованному их дублированию. Кроме этого, законодателем предлагается часть вторую статьи 93 УПК Украины изложить в следующей редакции: «2. Сторона обвинения осуществляет сбор доказательств путем проведения следственных (розыскных) действий и негласных следственных (розыскных) действий, истребования и получения, в том числе путем копирования, хранения, от органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений и организаций, должностных и физических лиц вещей, документов, сведений, заключений экспертов, выводов ревизий и актов проверок, проведения иных процессуальных действий, предусмотренных настоящим Кодексом». В то же время, законодатель соответствующим правом не наделяют сторону защиты, что противоречит принципу состязательности

сторон и диспозитивности. В связи с этим, считаем целесообразным соответствующие изменения внести в положения части третьей статьи 93 УПК Украины. Часть вторую статьи 93 УПК Украины по нашему мнению следует изложить в следующей редакции: «2. Сторона обвинения осуществляет сбор доказательств путем проведения следственных (розыскных) действий и негласных следственных (розыскных) действий, истребования и получения в том числе путем копирования, сохранения от органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий всех форм собственности, учреждений и организаций, должностных и физических лиц вещей, документов, сведений, заключений экспертов, выводов ревизий и актов проверок, проведения иных процессуальных действий, предусмотренных настоящим Кодексом». По нашему мнению к этому законопроекту следует дополнить часть вторую статьи 264 УПК Украины дополнительным абзацем вторым следующего содержания: «Не требует разрешения следственного судьи получение сведений из электронных информационных систем или ее части, доступ к которым ограничивается ее собственником, владельцем или держателем или связан с преодолением системы логической защиты, однако предоставляется по добровольному согласию владельца или держателя». Следует надеяться, что принятие этих и других предложений в действующий УПК Украины поднимет эффективность расследования исследованных категорий правонарушений.

Выводы: В ходе исследования установлена определенная терминологическая особенность присущая наименованиям современных телекоммуникационных и других современных техно-



логий, их детализации, которые используются в уголовном производстве и уголовном процессе Украины. Наиболее характерными из них являются : автоматизированные рабочие места, что предполагает собой локальный или сетевой доступ к базам данных, однако в процессе досудебного расследования следователем может быть использовано несколько таких баз, с различными доступами к ним, что усложняет документооборот и эффективность проведения следственных действий. Кроме этого, необходимо приведение автоматизированных баз данных к единой системе и универсализации доступа к ним. Требуется систематизация и постоянное пополнение данных которые находятся в социальных сетях и других виртуальных источниках информации, в целях их использования при выявлении, раскрытии и расследовании преступлений в исследуемой сфере. Установлено, что среди ученых нет единообразного понимания сущности отдельных исследованных терминов. Эта тенденция просматривается и на уровне законодателя, что в целом негативно влияет на правоприменительную деятельность и требует внесения соответствующих уточнений и изменений в действующий УПК Украины. На основании результатов исследования, личного практического опыта, авторами представлены определенные предложения и рекомендации необходимые для законодательного закрепления. Большинство следователей не имеет представления о современных телекоммуникационных технологиях которые можно использовать при расследовании преступлений, что является одним из основных препятствий быстрого расследования, особенно тяжких, особо тяжких и резонансных преступлений. Для повышения эффективности

деятельности следователей необходимо усовершенствовать имеющуюся систему повышения квалификации следователей по получению ними дополнительных знаний относительно функционирования автоматизированных и других систем, новейших достижений науки и техники и выяснения того, какие из них целесообразно использовать в правоприменительной деятельности.

Список использованной литературы:

1. Про результати анкетування працівників експертних установ МВС України з окремих питань визначення шляхів удосконалення протидії організованим злочинності у сфері інформаційних технологій та особливостей розслідування комп'ютерних злочинів, вчинених із використанням мережі Інтернет : анал. довідка від 17 листоп. 2009 р. № 289 / К. В. Тітуніна. - К. : Міжвід. наук. - дослід. центр з проблем б-би з орг. злочинністю при РНБО України, 2009. - 21 с.
2. 2019 Official Annual Cybercrime Report 2019. - P. 5. - December.
3. Желены М. Управление высокими технологиями. Информационные технологии в бизнесе: Энциклопедия. СПб., 2002. С.81.
4. Горбачов А. Електронна інформація як доказ при розслідуванні злочинів у сфері комп'ютерних технологій. *Комп'ютерна преступность и кибертерроризм* : сб. науч. ст. Запорожье, 2005. Вып. 3. С. 157.
5. Айламазян А. К. , Стась Е.В. Информатика и теория развития. Москва. Наука. 1989. С. 31.
6. Советов Б. Я., Цехановский В.В. Информационные технологии. Москва. 2003. С. 46.
7. Ковалев С.А. Использование программного обеспечения поддержки процесса расследования по преступлениям в сфере компьютерной информации. Использование современных информационных технологий и проблемы информационной безопасности в деятельности правоохранительных органов: меж-

вуз. темат. сб. науч. тр. Калининград : Калининград. юрид. ин-т МВД России. 2009. С. 117.

8. Шепітько В.Ю., Білоус В.В., Керик Л.І. Роль інформаційних технологій в підвищенні якості слідчої діяльності. Питання боротьби зі злочинністю: Зб. наук. праць. Вип. 17. Харків.: Кроссроуд. 2009. С. 252-264.

9. Білоус В. В. Роль інформаційних технологій у реформуванні кримінально-процесуального законодавства. Криміналістика 21 століття: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 25-26 листоп. 2010 р. Харків.: Право, 2010. С. 90-92.

10. Шепітько В. Ю., Авдєєва Г.К. Інформаційні технології в криміналістиці та слідчій діяльності. Питання боротьби зі злочинністю. 2010. № 19. С. 194 - 202.

11. Уголовный процессуальный кодекс Украины [Электронный ресурс]. – Режим доступ : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРАХ

Александр Александрович
ЗАГУМЕННЫЙ
адъюнкт Харьковского
национального университета
внутренних дел;
Александр Александрович
ЮХНО,
доктор юридических наук,
профессор, заведующий
кафедрой уголовного процесса
и организации досудебного
расследования Харьковского
национального университета
внутренних дел;

INFORMATION ABOUT AUTHORS

Aleksandr Aleksandrovich
ZHUMENNIY,
Postgraduate of Kharkov National
University of Internal Affairs;
Aleksandr Aleksandrovich
YUKHNO,
Doctor of Law, Professor, Head
of the Department of Criminal
Procedure and Organization of
Pre-trial Investigation of Kharkov
National University of Internal
Affairs;
u-kafedra@ukr.net



УДК 341.62

СООТНОШЕНИЕ ОБСЛЕДОВАНИЕ И ПРИМИРЕНИЯ, КАК СРЕДСТВ МИРНОГО РАЗРЕШЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ СПОРОВ И СПОСОБОВ ИХ РЕАЛИЗАЦИИ

Артем ИВАНОВ

аспирант кафедры права Европейского Союза
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

В статье проводится исследование возникновения международной согласительной процедуры, как дальнейшего этапа развития международной следственной процедуры. Проанализировано соотношение следственной и согласительной процедур, а также роль процедуры обследования в качестве составляющей части примирения. Рассматривается вопрос о разграничении средств мирного разрешения споров и способов их реализации.

Ключевые слова: следственная процедура, согласительная процедура, обследование, примирение, средства мирного разрешения международных споров, следственные комиссии, согласительные комиссии.

CORRELATION OF INQUIRY AND CONCILIATION AS MEANS OF PEACEFUL SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES AND METHODS FOR THEIR IMPLEMENTATION

Artem IVANOV

Postgraduate Student of the Department of European Union Law of the Yaroslav Mudryi National Law University

The article studies the emergence of the international conciliation procedure as a further stage in the development of the international investigative procedure. The correlation of investigative and conciliation procedures, as well as the role of the inquiry as an integral part of conciliation, is analyzed. The question of delimiting the means of peaceful settlement of disputes and methods for their implementation is being considered.

Keywords: investigative procedure, conciliation procedure, inquiry, conciliation, peaceful means of settlement of international disputes, inquiry commissions, conciliation commissions.

CORELAREA ANCHETEI ȘI CONCILIEREA CA MIJLOC DE SOLUȚIONARE PAȘNICĂ A LITIGIILOR INTERNAȚIONALE ȘI A METODELOR DE PUNERE ÎN APLICARE A ACESTORA

Articolul studiază apariția procedurii de conciliere internațională ca o etapă suplimentară în dezvoltarea procedurii de investigare internațională. Se analizează corelația procedurilor de investigare și de conciliere, precum și rolul anchetei ca parte integrantă a concilierii. Se examinează problema delimitării mijloacelor de soluționare pașnică a disputelor și metodelor de implementare a acestora.

Cuvinte-cheie: procedură de investigare, procedură de conciliere, anchetă, conciliere, mijloace pașnice de soluționare a litigiilor internaționale, comisii de anchetă, comisii de conciliere.

Постановка проблемы. В современном международном праве общепринятым является понятие «мирных средств разрешения международных споров». Международно-правовые акты и доктрина международного права к средствам разрешения споров относит переговоры, добрые услуги, посредничество, обследование, примирение, международные судебный и арбитражный процессы.

Международные следственную и согласительную процедуры принято считать самостоятельными средствами разреше-

ния споров. Однако, положения ряда международных актов предусматривают обследование только в качестве составной части согласительной процедуры. (Общий Акт о мирном разрешении международных споров 1928 г., Европейская конвенция о мирном разрешении споров 1957 г.). Некоторые специалисты по международному праву в своих трудах объединяют международные следственную и согласительную процедуры в одном разделе. Так, Анисимов Л.Н., Мовчан А.П., Яновский М.В., исследуя средства мир-

ного разрешения споров в качестве одного из них, выделяют «смешанные комиссии», разновидностями которых являются следственные и согласительные комиссии [1, 2, 3].

Таким образом, в некоторых случаях возникают сложности с разграничением международных следственной и согласительной процедуры. Кроме этого, следует также обратить внимание на распространённую в доктрине тенденцию к уподоблению понятий «обследование», «примирение», «следственные комиссии», «согласительные комиссии».



Актуальность темы исследования. На сегодняшний день вопрос соотношения процедуры международного обсле­дования и согласительной процедуры в украинской доктрине международного права практически не исследован. Более того, в доктрине встречаются случаи отождествления средств разрешения международных споров и способов их реализации. Это приводит к проблеме разграничения таких средств и механизмов их осуществления.

Состояние исследования проблемы. Тематикой мирных средств разрешения международных споров и, в частности, процедур обсле­дования и примирения занимались такие ученые-международники, как Абашидзе А.Х., Анисимов Л.Н., ван Бовен Т., Кривчикова Э.С., Ладыженский А.М., Мериллс Д., Мовчан А.П., Пушмин Э.А., Рамшаран Б., Солнцев А.М., Яновский М.В. и другие.

Целью и задачей статьи является исследование вопроса о соотношении международных следственной и согласительной процедур. Кроме этого, статья призвана разграничить понятия «средство» мирного разрешения спора и «способ» его реализации.

Изложение основного материала. В положениях международно-правовых актов отсутствует толкование понятия «мирных средств разрешения международных споров» («peaceful means»). Ладыженский А.М. и Блищенко И.М. приводят такое определение: «Мирные средства разрешения споров - это международно-правовые способы и средства урегулирования разногласий между субъектами международного права в соответствии с основными принципами современного международного права без использования принуждения в любой форме с

целью поддержки и укрепления мира, развития мирных отношений» [5, с. 23].

Пушмин Э.А., анализируя данное определение, обращает внимание на присутствующую в нем тавтологию и отождествление средств и способов урегулирования международных споров, которые, по его мнению, являются понятиями различными по объему и содержанию. Он отмечает, что средства разрешения международных споров представляют собой самостоятельные международно-правовые институты. Реализуются эти средства с помощью конкретных способов. Такими способами выступают, например, осуществление добрых услуг и посредничества государствами или международными органами; следственной или согласительной процедуры - соответствующими комиссиями или пограничными представителями; международный арбитражный и судебный процессы - постоянными учреждениями или судами *ad hoc* и т.д. [6, с. 36]. Пушмин Э.А. определяет средства разрешения споров, как закрепленную в международно-правовых нормах, основанную на общем запрете использования силы или угрозы ею и обязанности субъектов международного права по мирному разрешению международных споров, исторически сложившуюся систему институтов мирного урегулирования разногласий, которые используются в соответствии с основными принципами международного права и справедливости [6, с. 38].

Первыми международными договорами, закрепившими систему мирных средств разрешения международных споров являются Гаагские конвенции о мирном разрешении международных споров 1899 и 1907 гг. С целью разрешить спор, государства должны были обращаться

к добрым услугам (*good offices*), посредничеству (*mediation*), международным следственным комиссиям (*international commissions of inquiry*) и международному арбитражу (*international arbitration*). Необходимо отметить, что фактически определяя перечень мирных средств разрешения споров, Конвенции не используют термин «средства», никак их не называя [7, 8].

С самого начала объем компетенции международный следственных комиссий был значительно шире, чем предполагали нормы указанных Конвенций. Комиссии сосредоточили свое внимание не только на вопросах факта, но и права (Комиссия по «Тубантии» 1916 г.) [9], а также устанавливали индивидуальную ответственность за нарушение международного права (Гулльская следственная комиссия 1904 г.) [10]. Кроме того, практика пошла по пути наделения международных следственных комиссий компетенцией по решению вопросов относительно процедуры и условий разрешения международных споров. Впервые такое положение было закреплено договором между США и Великобританией 1909 г. о пограничных водах между США и Канадой, который предусматривал создание Комиссии, задачей которой будет не только «расследовать и отразить факты и обстоятельства», но и предлагать «такие выводы и рекомендации», которые могут быть уместными. Похожие положения нашли свое отражение в договорах, заключенных в 1911 г. Соединенными Штатами с Францией и Великобританией (Договоры Тафта) [6, с. 86-87].

Наделение международных следственных комиссий расширенной компетенцией по предоставлению рекомендаций, направленных на разрешение международного спора, заложи-



ло основу для развития нового средства разрешения международных споров, известного как согласительная процедура, или примирение, которая фактически является следующим этапом в развитии международных следственных комиссий. Пушмин Э.А. высказывает мнение, что «следственные комиссии, по сути, стали превращаться в согласительные, не теряя, однако, вначале своего прежнего качества. С созданием Лиги Наций эта тенденция становится все более заметной, и следственная процедура все чаще сочетается с согласительной, а в дальнейшем совмещение задач согласительной и следственной процедур приобретает характер организованной системы» [6, с. 81].

Действительно, в период деятельности Лиги Наций согласительная процедура получила значительный импульс для своего развития. Соглашение между Францией и Швейцарией, заключенное в 1925 г., определявшее функции постоянных согласительных комиссий, стало образцом для последующих договоров в этой сфере [12, с. 65]. В 1928 г. резолюцией Ассамблеи Лиги Наций был принят Общий Акт о мирном разрешении международных споров. В нем было предусмотрено обращение к согласительной процедуре, судебному или арбитражному разбирательству. Следственная процедура не была определена в качестве самостоятельного средства разрешения споров, она представляла собой составную часть согласительной процедуры. Во многом нормы Общего акта касательно организации и деятельности согласительных комиссий повторяли положения Гаагских конвенций 1899 и 1907 в отношении следственной процедуры [13].

Согласно ст. 15 Акта, задача согласительной комиссии заклю-

чается в выяснении спорных вопросов, сборе с этой целью путем проведения расследования (by means of enquiry) или другими путями всех необходимых материалов и стараниях привести стороны к соглашению. Деятельность согласительной комиссии, связанная с проведением расследования основывалась на положениях раздела III Гаагской конвенции 1907 г., посвященного регулированию деятельности следственных комиссий [13].

Кроме этого были расширены полномочия Международной следственной комиссии, созданной в соответствии с положениями статьи 4 Договора Гондра 1923 г. [14]. Принятая в 1929 г. Межамериканская генеральная конвенция о согласительной процедуре наделила Комиссию значительным объемом компетенции по осуществлению согласительной процедуры [15].

После Второй мировой войны органы, осуществлявшие международное расследование, начали возвращаться к своей первоначальной роли - установлению фактов. Этому значительно способствовала деятельность Организации Объединенных Наций. Статья 33 Устава ООН выделяет международную следственную и согласительную процедуры в качестве самостоятельных средств мирного разрешения международных споров [4]. ООН создает международные комиссии (в состав которых обычно входят лица, не являющиеся гражданами сторон спора) уполномоченные, как это часто бывает, не только на установление факта (проведение расследования), но и наделяющиеся широкой компетенцией по предоставлению выводов по вопросам права и рекомендаций по урегулированию спора или ситуации. ООН также использует процедуру международного обследования в сочетании с другими международными

механизмами разрешения споров. Ярким примером этого является Комиссия по Ираку 1991 г., которая имела своей задачей установление фактов, оценку убытков, определение компенсации и урегулирования спорных претензий [16].

Сочетание задачи установления факта с предоставлением ему правовой оценки, а также выработкой на этой основе соответствующих рекомендаций вызывает сложности с разграничением следственной и согласительной процедур, в частности, касательно вопроса о способах их реализации в рамках международных органов по разрешению споров.

Получив свое начало от расширения полномочий международных следственных комиссий, уже после Первой мировой войны согласительная процедура сформировалась в качестве самостоятельного средства разрешения споров. Этому способствовало ее закрепление в двух- и многосторонних международных договорах.

Задачи согласительной процедуры, на многостороннем уровне закрепленные в ст. 15 Общего акта 1928 г., заключались в двух аспектах: а) выяснении спорных вопросов и собрании с этой целью всех необходимых материалов; б) попытке привести стороны к соглашению. Более определенной стала роль комиссии в процессе согласования позиций сторон и урегулирования спора. Комиссии наделялись полномочиями сообщать сторонам, после рассмотрения дела, условия разрешения спора, представляемые ей подходящими, и назначать срок, в течение которого стороны должны высказаться. После окончания своей работы комиссия должна составлять протокол, который констатировал, в зависимости от обстоятельств, либо что Стороны пришли к решению



вопроса, либо что Стороны не могли быть приведены к соглашению. В случае урегулирования спора, протокол мог содержать условия такого урегулирования [13].

Анализируя природу согласительной процедуры, Мерриллс Д. отмечает существование различных подходов к ее пониманию. Согласно одному из них, согласительную процедуру можно рассматривать как своего рода институционализированные переговоры. Задача комиссии заключается в том, чтобы поощрять и структурировать диалог сторон, обеспечивая при этом любую помощь, которая может потребоваться для успешного его завершения. Этот подход исходит из того, что решение спора зависит от обеспечения согласия сторон и отражает сходство между примирением и посредничеством. Он ярко проявляется в работе Комиссии Чако 1929 г., Франко-сиамской комиссии 1947 г. и Комиссии по делу о Ян-Майен 1980 г. Другая точка зрения состоит в том, что примирение ближе к обследованию или арбитражу. Функция комиссии заключается в том, чтобы предоставлять информацию и консультации о преимуществах позиций сторон и предлагать урегулирование, которое соответствует тому, чего они заслуживают, а не тому, что они требуют. По мнению автора, этот подход, отражая историческую связь между согласительной процедурой и процедурой расширенного расследования, проявляется в работе Бельгийско-датской комиссии 1952 г. и согласительной процедуры, применяемой в деле о Восточно-Африканском сообществе [12, с. 72-73].

В доктрине распространено мнение, согласно которому согласительная процедура представляет собой совокупность обследования и посредничества,

своего рода гибрид этих двух средств мирного разрешения споров. По мнению Абашидзе А.Х. и Солнцева А.Н., примирение (согласительные комиссии), в отличие от обследования, предполагает не только выяснение фактических обстоятельств, но и выработку конкретных рекомендаций для сторон. Иными словами, примирение сочетает в себе установление фактов и посредничество [11, с. 59].

Положения ст. 9 Конвенции 1907 г. предусматривают, что международная следственная процедура заключается в установлении следственной комиссией вопросов факта путем проведения беспристрастного и добросовестного их расследования [8]. По мнению Пушмина Э.А. международная следственная процедура представляет собой такое международно-правовое средство мирного урегулирования, которое состоит в расследовании международным органом конкретных обстоятельств и фактических данных, лежащих в основе межгосударственного разногласия, и представлении соответствующих докладов спорящим государствам [6, с. 76].

Положения ст. 8 Конвенции 1907 г. предусматривают использование посредничества путем передачи спора на рассмотрение государств-посредников, которые являются представителями сторон и, взаимодействуя между собой, прилагают все свои усилия с целью разрешения конфликта [8]. Задачей посредничества, как считает Пушмин Э.А., является не столько окончательное решение всех спорных вопросов, сколько общее примирение сторон в споре, выработка основы соглашения, приемлемой для них. Это предполагает содействие сторонам во взаимном удовлетворении претензий [6, с. 72].

Проанализировав практику обращения к согласительной

процедуре, Мерриллс Д. приходит к выводу, что согласительные комиссии со временем играют все более активную роль по приведению сторон к согласию. Свидетельством этого является деятельность Франко-сиамской комиссии 1947 г. и Итало-швейцарской комиссии 1956 г. Так, обычной практикой является предоставление комиссией сторонам определенного периода для решения вопроса о том, принимают ли они предложения комиссии. Если так, - комиссия составляет соглашение, фиксирующее факт примирения, и определяет условия урегулирования спора [12, с. 75-76].

Учитывая вышеизложенное, важным является решение вопроса о том, является ли следственная процедура и посредничество равнозначными элементами международной согласительной процедуры, или один из них преобладает над другим.

Согласительная процедура является понятием более широким, чем следственная. Ее функции не ограничиваются расследованием и установлением фактических обстоятельств, лежащих в основе спора, а заключаются, главным образом, в предложении сторонам возможных вариантов решения спорного вопроса. Основной задачей согласительной комиссии является выработка основы для соглашения между сторонами. Пушмин Э.А. ссылается на мнение Оппенгейма Л., который отметил: «от функций следственных комиссий, согласительная процедура отличается тем, что, в то время как основной целью указанных комиссий является расследование фактических обстоятельств дела в надежде, что, коль скоро это затруднение будет устранено, спорящие стороны смогут прийти к соглашению, главная задача согласительной процедуры заключается в том, чтобы привлечь к активному



участию в разрешении спора компетентную комиссию и с ее помощью добиться примирения сторон» [6, с. 91].

Исследуя деятельность Комиссии Чако 1929, Мерриллс Д. отмечает, что, будучи занятой значительную часть времени расследованием спорных фактических вопросов, она во многом похожа на следственную комиссию, однако проведение расследования является не единственной и даже не основной функцией комиссии, а просто способом подготовить почву для примирения сторон [12, с. 68].

Перед нами встает вопрос о том, является ли вообще проведение расследования обязательной составляющей международной согласительной процедуры.

Упомянутая выше статья 15 Общего акта 1928 г. Возлагает на комиссию обязанность собирать все необходимые материалы «... путем проведения расследования или другими путями». Использование в тексте статьи союза «или» говорит о том, что следственная процедура, которая осуществляется в рамках деятельности согласительной комиссии, не является единственным средством сбора информации, более того, она не обязательно должна быть использована. Если материалы, представленные комиссии, являются достаточными для урегулирования спора и приведения сторон к соглашению, она может не прибегать к использованию процедуры обследования из-за отсутствия необходимости в этом. Таким образом, полномочия комиссии по проведению расследования является лишь средством для достижения ее цели по примирению сторон и имеют факультативный характер [13].

Более того, Мерриллс Д. пришел к интересному выводу: «если станет очевидно, что разоблачение любого вопроса может

усложнить примирение, вряд ли будет проводиться его расследование». В качестве примера он приводит созданную в 1958 г. Франко-марокканскую согласительную комиссию для расследования перенаправления французскими властями воздушного судна с Бенем Беллой и четырьмя другими лидерами алжирского восстания из Марокко в Тунис. Марокко просила Комиссию разрешить допрос всех пассажиров судна, но получила отказ на том основании, что «получение этих доказательств могло бы, по мнению Комиссии, привести к ухудшению франко-марокканских отношений и, таким образом, нанести ущерб цели миссии, доверенной Комиссии двумя правительствами [12, с. 73].

Указанное выше иллюстрирует, что согласительная процедура, как средство мирного разрешения международных споров, имеет своей основной задачей согласование позиций сторон спора и приведение их к соглашению. Для достижения этой цели органы, осуществляющие примирение, могут использовать различные средства и способы сбора информации, а следственная процедура является лишь одним из них. В любом случае, при обращении к процедуре обследования в рамках согласительной, она должна осуществляться в соответствии с положениями действующих международно-правовых актов, регламентирующих осуществление международной следственной процедуры

Выводы. Необходимо разграничивать понятия «средство разрешения спора» и «способ» его реализации. Процедура обследования, как средство мирного разрешения международных споров, заключается в проведении расследования и установлении на его основе фактических обстоятельств дела. Способом реализации международной

следственной процедуры являются, как правило, международные следственные комиссии. Гагские Конвенции впервые закрепили процедуру обследования и установили способ ее реализации - международные следственные комиссии, наделенные полномочиями по чисто установлению фактов.

Практика расширения полномочий следственных комиссий привела к формированию такого средства мирного разрешения споров как согласительная процедура, основным способом осуществления которой стало рассмотрение спора в рамках согласительной комиссии. Оно прошло становления от расширенного расследования к задаче по согласованию позиций сторон спора и приведению их к заключению соглашения. Задача по примирению стала превалировать над задачей по установлению факта. Она предусматривает активное поведение органа, осуществляющего согласительную процедуру. В то время как следственные комиссии, установив фактические (а иногда и правовые) обстоятельства спора, готовят доклад и завершают свою работу, согласительные комиссии продолжают свою деятельность, прилагая усилия для разработки соглашения и окончательного урегулирования спора. Более того, процедура обследования не является обязательной составляющей примирения.

Роль процедуры обследования и компетенция органов, которые ее осуществляют, в механизме решения международных споров в рамках международных организаций имеют свои особенности. Органы, создаваемые уполномоченными органами ООН, для проведения расследования часто наделяются компетенцией по предоставлению рекомендаций по разрешению конфликта. Однако, такие рекомендации



направлены главным образом самой организации, и обеспечение их реализации зависит от действий ее органов. Таким образом следственные комиссии не осуществляют активной деятельности после представления своего доклада. Функции по дальнейшему урегулированию спора или ситуации возлагаются на организацию, деятельность которой направлена, в том числе, на примирение сторон. Поэтому, нельзя считать комиссии, обязательным и основным элементом деятельности которых является проведение расследования, такими, что имеют согласительный характер.

Итак, процедура международного обследования, как самостоятельное средство мирного разрешения споров, может быть реализована в рамках различных международных органов. Такими органами могут быть следственные или согласительные комиссии, международные организации, в рамках которых существует механизм урегулирования споров, другие международные органы, деятельность которых направлена на разрешение спора.

Список использованной литературы

1. Анисимов Л. Н. Международно-правовые средства разрешения межгосударственных споров (конфликтов). Ленинград, 1975. 164 с.
2. Мовчан А. П. Мирные средства разрешения международных споров. Москва, 1957. 30 с.
3. Яновский М. В. Мирные средства разрешения международных споров. Ташкент, 1957. 44 с.
4. Устав Организации Объединенных Наций и Статут Международного Суда от 26.06.1945 г. // База данных «Законодательство Украины». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010 (дата обращения: 25.01.2020).
5. Ладыженский А. М., Блищенко И. П. Мирные средства разрешения споров между государствами. Москва, 1962. 175 с.
6. Пушмин Э. А. Мирное разрешение международных споров (международно-правовые вопросы). Москва, 1974. 176 с.
7. Convention (I) for the pacific settlement of international disputes, 29 July 1899 // Lillian Goldman Law Library. URL: http://avalon.law.yale.edu/19th_century/hague01.asp (дата обращения: 18.01.2020).
8. Конвенция о мирном урегулировании международных споров от 18 октября 1907 г. // База данных «Законодательство Украины». URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_938 (дата обращения: 18.01.2020).
9. International commission of inquiry . Report concerning the loss of the dutch teamer “Tubantia” by the international commission of inquiry at the Hague. // World Courts. URL: http://www.worldcourts.com/ici/eng/decisions/1922.02.27_tubantia.htm (дата обращения: 18.01.2020).
10. International commissions of inquiry . Incident in the north sea (the Dogger bank case), Report. // World Courts. URL: http://www.worldcourts.com/ici/eng/decisions/1905.02.26_doggerbank.htm (дата обращения: 18.01.2020).
11. Абашидзе А. Х., Солнцев А. М. Мирное разрешение международных споров: современные проблемы: монография. Второе издание. Москва, 2012. 307 с.
12. Merrills J.G. International Dispute Settlement. Fourth edition. Cambridge, 2012. 387 p.
13. Общий акт о мирном разрешении международных споров от 26 сентября 1928 с поправками, внесенными Генеральной Ассамблеей ООН от 28 апреля 1949 г. // База данных «Законодательство Украины». / URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_f68 (дата обращения: 20.01.2020).
14. Avoidance or prevention of conflicts between american states (gondra treaty), 03 may 1923. // Library of Congress. URL: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0413.pdf> (дата обращения: 21.01.2020).
15. General convention of Inter-american conciliation, 05 January 1929. // Library of Congress. URL: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0745.pdf> (дата обращения: 21.01.2020).
16. Доклад Генерального секретаря, представленный во исполнение пункта 19 резолюции 687 (1991) Совета Безопасности S/22559. // United Nations digital library. URL: https://digitallibrary.un.org/record/114005/files/S_22559-RU.pdf (дата обращения: 21.01.2020).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ
Артем Геннадьевич ИВАНОВ
аспирант кафедры права
Европейского Союза
Национального юридического
университета имени Ярослава
Мудрого;

INFORMATION ABOUT THE
AUTHOR
Artem Gennadyevich IVANOV
Postgraduate Student of the
Department of European Union
Law of the Yaroslav Mudryi
National Law University;
ArtIvanov@ukr.net



УДК 338.431: 334.7

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СУБЪЕКТОВ АГРОБИЗНЕСА В СФЕРЕ РЕАЛИЗАЦИИ СЕЛЬСКОХОЗЯЙСТВЕННОЙ ПРОДУКЦИИ

Анна КОРНИЕНКО

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры земельного и аграрного права
Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого

Статья посвящена выяснению особенностей правового режима деятельности субъектов агробизнеса в сфере реализации сельскохозяйственной продукции. Констатируется, что в Украине правовой режим деятельности субъектов агробизнеса в сфере реализации сельскохозяйственной продукции не установлен, как на уровне отдельных территорий, так и по кругу субъектов. Предложена классификация субъектов агробизнеса в сфере реализации сельскохозяйственной продукции в зависимости от: 1) цели: субъекты оптовой и розничной торговли сельскохозяйственной продукции; 2) объекта реализации сельскохозяйственной продукции: субъекты реализации растениеводства, животноводства, аквакультуры и др.; 3) вида деятельности: специализированные субъекты реализации сельскохозяйственной продукции и обычные сельскохозяйственные товаропроизводители; 4) сферы реализации: субъекты внутренней торговли и внешней торговли сельскохозяйственной продукцией.

Ключевые слова: агробизнес, субъект хозяйствования, сельскохозяйственная продукция, деятельность, торговля, правовой режим, рынок.

LEGAL MODE OF ACTIVITY OF A SUBJECT OF AGRICULTURE IN THE FIELD OF IMPLEMENTATION OF AGRICULTURAL PRODUCTS

Anna KORNIYENKO

Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of Land and Agricultural Law Department
of Yaroslav Mudryi National Law University

The article is devoted to the identification of the legal status peculiarities of agricultural business entities in the field of agricultural products sales. It has been found that in Ukraine the legal status of agricultural business entities in the field of agricultural products sales has not been established, either at the level of individual territories nor in the range of entities. In the field of agricultural products sales there is provided the agrobusiness entities classification which depends upon: 1) the purpose: entities of wholesale and retail trade in agricultural products; 2) the object of agricultural products sales: entities of the crop, animal, aquaculture products sales, etc.; 3) the type of the activity: specialized agricultural business entities and ordinary agricultural commodity producers; 4) the areas of products sale: subjects of the domestic trade and the external one in agricultural products sales.

Keywords: agribusiness, economic entity, agricultural products, activity, trade, legal regime, market.

REGIMUL JURIDIC AL ACTIVITĂȚILOR SUBIECȚILOR AGROALIMENTARI ÎN DOMENIUL DE IMPLEMENTARE A PRODUSELOR AGRICOLE

Articolul este dedicat elucidării particularităților regimului juridic al activităților subiecților agroalimentari în domeniul produselor agricole. Se precizează că în Ucraina nu se stabilește regimul juridic de activitate al subiecților agroindustriali în domeniul produselor agricole, atât la nivelul teritoriilor individuale, cât și în gama de subiecți. Clasificarea entităților agricole în domeniul produselor agricole este propusă în funcție de: 1) scopul: subiecții comerțului cu ridicata și cu amănuntul de produse agricole; 2) obiecte de vânzare a produselor agricole: subiecte de vânzare de culturi, animale, acvacultură etc.; 3) tip de activitate: subiecte specializate de vânzare a produselor agricole și producători agricoli obișnuiți; 4) Domenii de vânzare: subiecte ale comerțului intern și comerțului exterior cu produse agricole.

Cuvinte-cheie: agroindustrie, entitate economică, produse agricole, activitate, comerț, regim juridic, piață.

Постановка проблеми. Планцюг агробізнесу охоплює всі стадії виробництва – починаючи від виготовлення та закінчуючи реалізацією сільськогосподарської продукції. Ринок сільськогосподарської продукції є елементом інфраструктури аг-

робізнесу, при цьому його роль постійно зростає, оскільки до нього залучаються різні суб'єкти, такі як фермерські господарства, агрохолдинги, сільськогосподарські кооперативи, оптові ринки сільськогосподарської продукції ін. Постачанням сільськогоспо-

дарської продукції споживачам можуть займатися як суб'єкти, що її безпосередньо виробляють, так і посередники. Крім того, суб'єкти агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції відрізняються як за метою діяльності, так і організаційно-



правовою формою. Це потребує окремого дослідження.

Актуальність теми дослідження. Наявність суб'єктів агробізнесу, що беруть участь у правовідносинах з реалізації сільськогосподарської продукції, зумовлює необхідність визначення та систематизації їх особливостей для розробки класифікації правового режиму їх діяльності. Потреба такої систематизації природно пов'язано із становленням агробізнесу, як самостійної правової категорії у межах аграрного права.

Стан дослідження. На рівні юридичної науки до цього питання звертались Т. В. Курман [1], С. І. Марченко [2], І. О. Прогляда [3], Я. О. Самсонова [4] та ін. Незважаючи на здобутки дослідників у цій сфері, тематика правового режиму суб'єктів агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції залишається лише частково розкритою. Викладене зумовлює нагальну потребу комплексного вивчення правового режиму діяльності суб'єктів агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції.

Мета та завдання дослідження. Виявити особливості, з'ясувати суть правового режиму діяльності суб'єктів агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції. Відповідно до мети поставлено такі завдання: визначити зміст правового режиму суб'єктів агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції; здійснити класифікацію суб'єктів агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції.

Виклад основного матеріалу. Правовий режим визначає порядок правового регулювання, який забезпечується через особливе поєднання залучених для його здійснення засобів, способів, методів та типів правового регулювання [5, с. 215]. Це загальний підхід до цього складного правового явища, що, зокрема,

встановлює як тип, спосіб правового регулювання, так і визначає статус суб'єкта, режим його майна відповідних правовідносинах (ст. 133 Господарського кодексу України визначає основу правового режиму майна суб'єктів господарювання [6]). Розмірковуючи про спеціальний правовий режим господарювання, О. Р. Зельдіна підкреслює, що він спрямований на встановлення особливого порядку організації та здійснення господарської діяльності на певній території, у певній галузі економіки, що відрізняється від загального режиму господарської діяльності, передбаченого законодавством [7, с. 5]. На думку Л. Н. Таран, спеціальний правовий режим являє собою особливий порядок правового регулювання певних суспільних відносин, який встановлюється щодо певного кола суб'єктів або сфери їх діяльності, з урахуванням пільг та обмежень, який закладається у співвідношенні приватних та публічних інтересів [8, с. 86]. Аналіз та узагальнення різних поглядів на правовий режим, спеціальний правовий режим господарювання дає підстави для висновку про те, що під правовим режимом діяльності суб'єктів агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції слід розуміти порядок правового регулювання правовідносин організації та здійснення діяльності з реалізації сільськогосподарської продукції, із урахуванням території, циклічності, маркетингового періоду діяльності, виду сільськогосподарської продукції, правового статусу суб'єкта агробізнесу для задоволення приватних і публічних інтересів у сфері споживання сільськогосподарської продукції.

Виходячи з того, що правовий режим, перш за все, залежить від різновиду суб'єктів агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції, та визначивши особливості їх діяльності, зробимо спробу їх класифікувати.

В економічній літературі суб'єкти ринку сільськогосподарської продукції поділяються на такі групи: суб'єкти зберігання та переробки сільськогосподарської продукції (заготівельні підприємства, елеватори, бази та склади зберігання продукції, переробні підприємства); суб'єкти позабіржового ринку (виставки та ярмарки аграрної продукції, магазини роздрібною торгівлі (супермаркети), роздрібні продавці за напрямками спеціалізації та видами продукції); спеціалізовані суб'єкти продажу сільськогосподарської продукції (аукціони, біржі, агроторгові доми, оптові ярмарки); суб'єкти виробництва сільськогосподарської продукції; споживачі сільськогосподарської продукції [9, с. 22]. С. І. Марченко аргументовано стверджує, що суб'єктами товарного сільськогосподарського виробництва є сільськогосподарські товаровиробники [2, с. 8]. Наведений підхід, вочевидь, є широким, бо охоплює всіх суб'єктів правовідносин у сфері агробізнесу. На нашу думку, доцільно виокремлювати суб'єктів з точки зору функціонування ланцюга агробізнесу, зокрема, у галузі реалізації сільськогосподарської продукції. Законом України «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції» передбачено здійснення оптової та роздрібною торгівлі сільськогосподарською продукцією [10]. Залежно від цього суб'єкти агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції поділяються на дві групи: суб'єкти оптової торгівлі сільськогосподарською продукцією та суб'єкти роздрібною торгівлі сільськогосподарською продукцією. І. О. Прогляда справедливо виокремлює такі форми оптової торгівлі на аграрному ринку: оптові ринки сільськогосподарської продукції, виставки і ярмарки, аграрні біржі, агроторгові доми, аукціони живої худоби і птиці [3, с. 9]. Отже, суб'єкти агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції поділяються на такі групи: суб'єкти зберігання та переробки сільськогосподарської продукції (заготівельні підприємства, елеватори, бази та склади зберігання продукції, переробні підприємства); суб'єкти позабіржового ринку (виставки та ярмарки аграрної продукції, магазини роздрібною торгівлі (супермаркети), роздрібні продавці за напрямками спеціалізації та видами продукції); спеціалізовані суб'єкти продажу сільськогосподарської продукції (аукціони, біржі, агроторгові доми, оптові ярмарки); суб'єкти виробництва сільськогосподарської продукції; споживачі сільськогосподарської продукції [9, с. 22]. С. І. Марченко аргументовано стверджує, що суб'єктами товарного сільськогосподарського виробництва є сільськогосподарські товаровиробники [2, с. 8]. Наведений підхід, вочевидь, є широким, бо охоплює всіх суб'єктів правовідносин у сфері агробізнесу. На нашу думку, доцільно виокремлювати суб'єктів з точки зору функціонування ланцюга агробізнесу, зокрема, у галузі реалізації сільськогосподарської продукції. Законом України «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції» передбачено здійснення оптової та роздрібною торгівлі сільськогосподарською продукцією [10]. Залежно від цього суб'єкти агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції поділяються на дві групи: суб'єкти оптової торгівлі сільськогосподарською продукцією та суб'єкти роздрібною торгівлі сільськогосподарською продукцією. І. О. Прогляда справедливо виокремлює такі форми оптової торгівлі на аграрному ринку: оптові ринки сільськогосподарської продукції, виставки і ярмарки, аграрні біржі, агроторгові доми, аукціони живої худоби і птиці [3, с. 9]. Отже, суб'єкти агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції поділяються на такі групи: суб'єкти зберігання та переробки сільськогосподарської продукції (заготівельні підприємства, елеватори, бази та склади зберігання продукції, переробні підприємства); суб'єкти позабіржового ринку (виставки та ярмарки аграрної продукції, магазини роздрібною торгівлі (супермаркети), роздрібні продавці за напрямками спеціалізації та видами продукції); спеціалізовані суб'єкти продажу сільськогосподарської продукції (аукціони, біржі, агроторгові доми, оптові ярмарки); суб'єкти виробництва сільськогосподарської продукції; споживачі сільськогосподарської продукції [9, с. 22]. С. І. Марченко аргументовано стверджує, що суб'єктами товарного сільськогосподарського виробництва є сільськогосподарські товаровиробники [2, с. 8]. Наведений підхід, вочевидь, є широким, бо охоплює всіх суб'єктів правовідносин у сфері агробізнесу. На нашу думку, доцільно виокремлювати суб'єктів з точки зору функціонування ланцюга агробізнесу, зокрема, у галузі реалізації сільськогосподарської продукції.



лізації сільськогосподарської продукції можуть бути як виробниками сільськогосподарської продукції, що пропонують власний продукт на споживчому ринку, так і виступати посередниками між виробником та споживачем сільськогосподарської продукції. Останні суб'єкти є учасниками аграрних правовідносин, незважаючи на те, що безпосередньо не беруть участь у виробництві аграрної продукції [11, с. 115]. Безумовно, слід окремо, визначити суб'єктів агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції, що здійснюють реалізацію продукції на внутрішньому та зовнішньому ринку. При цьому доведення продукції від виробника до споживача може опосередковуватись одним прямим договором (проста структура договірних зв'язків) або декількома такими договорами (складна структура договірних зв'язків) [4, с. 81].

Узагальнюючи наведене, пропонуємо таку класифікацію суб'єктів агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції залежно від: 1) мети: суб'єкти оптової та роздрібною торгівлі сільськогосподарської продукції; 2) об'єкта реалізації сільськогосподарської продукції: суб'єкти реалізації рослинництва, тваринництва, аквакультури та ін.; 3) виду діяльності: спеціалізовані суб'єкти реалізації сільськогосподарської продукції та звичайні сільськогосподарські товаровиробники; 4) сфери реалізації: суб'єкти внутрішньої торгівлі та зовнішньої торгівлі сільськогосподарською продукцією. Залежно від класифікаційних ознак визначається і правовий режим діяльності суб'єктів, тож, зважаючи на це, звернемось до його характеристики.

Правовий режим діяльності суб'єктів оптової та роздрібною торгівлі сільськогосподарської продукції визначається з урахуванням обсягу продажу та на-

явності кінцевого споживача (особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника [12]). Суб'єкти роздрібною торгівлі сільськогосподарської продукції здійснюють продаж сільськогосподарської продукції населенню через роздрібну торгову мережу у формі формального та неформального (продаж громадянами, які офіційно не зареєстровані відповідно до закону як підприємці та здійснюють торгівлю споживчими товарами у непристосованих для цього місцях [13]) роздрібною ринку. Суб'єктами роздрібною ринку сільськогосподарської продукції можуть бути: сільськогосподарські товаровиробники (сільськогосподарські кооперативи, господарські товариства та ін.), фермерські господарства, особисті селянські господарства, окремі громадяни. Вони можуть здійснювати організовану та неорганізовану (одноразову, стихійну) реалізацію сільськогосподарської продукції.

Суб'єкти оптової торгівлі сільськогосподарської продукції мають на меті здійснити продаж продукції, без урахування статусу контрагента – чи це кінцевий споживач або інший посередник ринку сільськогосподарської продукції. В Указі Президента України «Про заходи щодо забезпечення формування та функціонування аграрного ринку» визначено наступні суб'єкти оптової торгівлі сільськогосподарської продукції: торгові дома, оптово-роздрібні магазини фірмовою торгівлі підприємств, оптові продовольчі ринки, постійно діючі ярмарки-виставки, аукціони, товарні біржі [14]. Послуги з укладання договорів щодо сільськогосподарської продукції надаються аграрними біржами, оптовими ринками сільськогосподарської продукції.

Варто підкреслити, що українські товарні біржі можна віднести до бірж закритого типу, що робить їх недоступними багатьом дрібним товаровиробникам (фермерським господарствам, невеликим підприємствам з переробки сільськогосподарської продукції, виробництва товарів масового споживання тощо) [15, с. 130]. Тенденція до звуження суб'єктів щодо утворення оптових ринків сільськогосподарської продукції визначено й у Порядку набуття юридичною особою статусу оптового ринку сільськогосподарської продукції, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 11 лютого 2010 р. № 141, оскільки статус оптового ринку сільськогосподарської продукції надається юридичній особі на конкурсній основі [16]. З цього приводу варто підтримати думку О. Батигіної, що законодавець встановлює можливість обмеження кількості оптових ринків сільськогосподарської продукції не на засадах конкуренції, оскільки дозвіл про надання або вмотивовану відмову у наданні юридичній особі статусу оптового ринку сільськогосподарської продукції надає центральний орган виконавчої влади з питань аграрної політики [17, с. 163]. Наведене вказує, що встановлення законодавцем правил організації та здійснення діяльності суб'єктів реалізації сільськогосподарської продукції створює умови для виникнення спеціального правового режиму діяльності цих суб'єктів.

Поділ суб'єктів агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції залежно від сфери реалізації на суб'єкти внутрішньої та зовнішньої торгівлі цієї продукції врегульовано спеціалізованими нормативними актами. Так, Законом України «Про зерно та ринок зерна в Україні» визначено забезпечення експорту та імпорту зерна, що здійснюється державним агентом із забезпечення експорту



та імпорту зерна [18]. Експорт, імпорт продукції передбачено і Законом України «Про молоко та молочні продукти» [19]. Зовнішньоекономічні операції підлягають, зокрема, ліцензуванню щодо експорту товарів, що запроваджується в Україні в разі: значного порушення рівноваги щодо певних товарів на внутрішньому ринку, що мають вагоме значення для життєдіяльності в Україні, особливо сільськогосподарської продукції, продуктів рибальства, продукції харчової промисловості (ст. 16 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність») [20]. Отже, суб'єкти агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції мають різний правовий режим, який залежить від сфери реалізації продукції.

Як справедливо зазначає Т. В. Курман, здійснення реалізації сільськогосподарської продукції на зовнішньому ринку може стати як базисом успішного бізнесу, так і формування антикризових економічних державних програм. З урахуванням того, що за сучасних соціально-економічних умов для успішного функціонування цієї галузі необхідна державна підтримка аграрних товаровиробників [1, с. 97]. Вбачається, що передумовою ефективною реалізації сільськогосподарської продукції як на внутрішньому так і зовнішньому ринку є встановлення спеціального правового режиму. Його відсутність призводить до таких негативних ситуацій, що виникли, наприклад, навколо ПАТ «Державна продовольчо-зернова корпорація України», яка у 2013–2014 р. продавала зерно сумнівним офшорним компаніям, а ті з нею не розраховувалися. При цьому завантажені кораблі доправляли товар імпортерам, покупці розраховувалися з офшорами, але жоден долар не рахунки ДПЗКУ не надходив [21]. Підсумовуючи, слід наголосити, що для успішної реалізації сільськогосподарської продукції суб'єктами

агробізнесу необхідно розробити спеціальний правовий режим для сільськогосподарських товаровиробників з метою нарощування експортного потенціалу, забезпечення балансу імпорту та експорту, відкриття нових ринків збуту сільськогосподарської продукції.

На підставі проведеного дослідження можна визначити, що правовий режим діяльності суб'єктів агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції – це порядок правового регулювання правовідносин організації та здійснення діяльності з реалізації сільськогосподарської продукції, з урахуванням території, циклічності, маркетингового періоду діяльності, виду сільськогосподарської продукції, правового статусу суб'єкта агробізнесу для задоволення приватних і публічних інтересів у сфері споживання сільськогосподарської продукції.

В Україні правовий режим діяльності суб'єктів агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції як на рівні окремих територій, так і за колом суб'єктів не визначений. Такий стан правового регулювання може мати негативні наслідки для подальшого розвитку експортно-імпортних операцій щодо реалізації сільськогосподарської продукції. Запропоновано класифікацію суб'єктів агробізнесу у сфері реалізації сільськогосподарської продукції залежно від: 1) мети: суб'єкти оптової та роздрібною торгівлі сільськогосподарської продукції; 2) об'єкта реалізації сільськогосподарської продукції: суб'єкти реалізації рослинництва, тваринництва, аквакультури та ін.; 3) виду діяльності: спеціалізовані суб'єкти реалізації сільськогосподарської продукції та звичайні сільськогосподарські товаровиробники; 4) сфери реалізації: суб'єкти внутрішньої торгівлі та зовнішньої торгівлі сільськогосподарською продукцією.

Список використаних джерел

1. Курман Т. В. До питання про правове регулювання державної підтримки аграрних товаровиробників. *Проблеми законності*. 2008. Вип. 97. С. 97–101.
2. Марченко С. І. Організаційно-правові питання товарного сільськогосподарського виробництва в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06. Київ: Нац. юрид. ун-т ім. Т. Шевченка. 2008. 17 с.
3. Прогляда І. О. Правові засади діяльності оптових ринків сільськогосподарської продукції в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06. Харків: Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. 2014. 20 с.
4. Самсонова Я. О. Правові засади виробництва й реалізації виноградної продукції в Україні: монографія. Харків: С.А.М., 2012. 176 с.
5. Загальна теорія держави і права: підруч. для студентів юрид. спеціальностей вищих навч. закл. / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін.; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. Харків: Право, 2002. 432 с.
6. Господарський кодекс України: Закон України від 16 січ. 2003 р. № 436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>.
7. Зельдіна О. Р. Теоретичні аспекти спеціального режиму господарювання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.04. Донецьк: НАН України; Ін-т екон.-прав. дослідж. 2007. 35 с.
8. Таран Л. В. Специальный правовой режим предпринимательской деятельности в свободных экономических зонах Украины (комплексное исследование). Харьков: Изд.СПД ФО-П Вапнярчук Н. М., 2004. 256 с.
9. Дудар Т. Г., Дудар В. Т. Формування ринку конкурентоспроможної агропродовольчої продукції: теорія, методика, перспективи: монографія. Тернопіль: Економічна думка, 2009. 246 с.
10. Про оптові ринки сільськогосподарської продукції: Закон України від 25 червня 2009 р. № 1561-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1561-17>.
11. Аграрне право: підручник / В. М. Корнієнко, Г. С. Корнієнко, І. М. Кульчій та ін.; за заг. ред. професора А. М. Ставківи. Харків: Право, 2018. 416 с.
12. Про затвердження Технічного регламенту енергетичного маркування телевізорів: постанова Кабінету Міністрів України від 24 трав. 2017 р. № 359. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/359-2017-%D0%BF>.
13. Методика визначення обсягів продажу споживчих товарів належно за усіма каналами реалізації та обороту роздрібною торгівлю: наказ Держкомстату від



14 січ. 2005р. № 15. URL: https://ukrstat.org/uk/metod_polog/metod_doc/2006/481/metod.htm.

14. Про заходи щодо забезпечення формування та функціонування аграрного ринку: Указ Президента України від 6 черв. 2000 р. № 767/2000. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/767/2000>

15. Благоразумова О., Спашенко Г. Порівняльна характеристика суб'єктів підприємництва у сфері організації торговельних процесів. *Торгівля і ринок України: темат. зб. наук. пр. 2013. № 36. С. 127–139.*

16. Про затвердження Порядку набуття юридичною особою статусу оптового ринку сільськогосподарської продукції: постанова Кабінету Міністрів України від 11 лют. 2010 р. № 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/141-2010-%D0%BF#Text>.

17. Багигіна О. Особливості правового регулювання оптових ринків сільськогосподарської продукції в Україні. *Вісник Національної академії правових наук України. 2012. № 3. С. 159–167.*

18. Про зерно та ринок зерна в Україні: Закон України від 4 лип. 2002 р. № 37-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/37-15>.

19. Про молоко та молочні продукти: Закон України від 24 черв. 2004 р. № 1870-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1870-15>.

20. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16 квіт. 1991 р. № 959-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/959-12>.

21. Ляхович О. Торгівля через офшорні зони: раціональна необхідність чи перепона для розвитку України? URL: <https://commons.com.ua/ru/torgivlya-cherez-ofshorni-zoni-ratsionalna-neobhidnist-chi-perepona-dlya-rozvitku-ukrayini/>.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ
 Анна Сергеевна КОРНИЕНКО,
 кандидат юридических наук,
 доцент, доцент кафедры
 земельного и аграрного права
 Национального юридического
 университета имени Ярослава
 Мудрого;

**INFORMATION ABOUT THE
 AUTHOR**
 Anna Sergeyevna
 KORNIYENKO, Candidate
 of Legal Sciences, Associate
 Professor of Land and Agricultural
 Law Department of Yaroslav
 Mudryi National Law University;
 gannakor@ukr.net

УДК 340 – 33

МОШЕННИЧЕСТВО С ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ БАНКОМАТОВ И БАНКОВСКИХ ПЛАТЕЖНЫХ КАРТОЧЕК

Юлия КУЗЬМЕНКО

доктор педагогических наук, доцент,
 профессор кафедры административного права и административного
 процесса Херсонского факультета Одесского государственного уни-
 верситета внутренних дел

Статья посвящена вопросу противодействия преступным манипуляциям с банкоматами и банковскими платежными карточками, поскольку данный вид мошенничества в банковской сфере влечет за собой крайне негативные последствия в виде торможения распространение безналичной формы оплаты, которая является залогом развития глобальной финансовой системы. Описаны характеристики самых распространенных видов мошеннических схем, таких как «траппинг», «скимминг», «шимминг», «фантом», «шаттер», «трешинг», «фарминг», «фишинг». Представлены основные меры безопасности клиентам банков, которые должны соблюдаться в целях сохранения своих счетов от незаконного завладения или хищения денежных средств.

Ключевые слова: мошенничество, банковская платежная карта, банкомат, преступные схемы, меры безопасности.

FRAUD WITH USING OF ATMs AND BANK PAYMENT CARDS

Yuliya KUZMENKO

PhD., Assistant Professor, Professor,
 of Kherson Faculty of Odesa State University of Internal Affairs

The article is devoted to the issue of combating criminal manipulation of ATMs and bank payment cards, as this type of fraud in the banking sector has extremely negative consequences in the form of braking the spread of cashless form of payment, which is the key to the development of the global financial system. There are described the characteristics of the most common types of fraudulent schemes, such as “trapping”, “skimming”, “shimming”, “phantom”, “shutter”, “trashing”, “farming”, “phishing”. Also, there are presented the basic security measures to bank customers, which must be followed in order to preserve their accounts from illegal seizure or theft of funds.

Keywords: fraud, bank payment card, ATM, criminal schemes, security measure.

FRĂUDĂ CU UTILIZAREA ATM-urilor ȘI CARDURILOR BANCARE

Articolul este dedicat problemei combaterii manipulărilor penale cu bancomatele și cardurile de plată bancare, deoarece acest tip de fraudă în sectorul bancar atrage consecințe extrem de negative sub forma inhibării răspândirii plăților fără numerar, care este cheia dezvoltării sistemului financiar global. Sunt descrise caracteristicile celor mai obișnuite tipuri de scheme frauduloase, cum ar fi „captarea”, „zgârietura”, „creșterea”, „fantomă”, „obturatorul”, „curățarea”, „agricultura”, „phishingul”. Măsurile de securitate de bază sunt prezentate clienților băncilor, care trebuie să le respecte pentru a-și păstra conturile de confiscarea ilegală sau furtul de fonduri.

Cuvinte-cheie: fraudă, card bancar de plată, bancomat, scheme criminale, măsuri de securitate.



Постановка и актуальность проблемы. Современный уровень развития научно-технической сферы, вместе со всеми благами, которые они обеспечили, обеспечил появление новых самых разнообразных способов нарушения установленных законом норм, в том числе и банковской деятельности. Как показывает статистика правоохранительных органов в Украине прослеживается стремительный рост количества преступлений в банковской сфере с использованием платежных карточек, потому что основной проблемой выступает латентность совершенных действий. Банковские учреждения терпят существенный вред также вследствие действий с платежными карточками, а именно такие операции, которые не были согласованы с непосредственными пользователями платежных карт. Поэтому одной из стратегических задач банковской системы для ее эффективной работы в целом является максимально возможное страхование всех ее участников от противоправных посягательств. Безопасность банковской системы является неотъемлемым условием продуктивного функционирования экономики страны, а также гарантией экономической безопасности. Поэтому данные вопросы очень актуальны для современного поиска решения данных проблем.

Состояние исследования. Отдельные аспекты данной темы исследовались многими учеными, такими как М. Садченко, А. Ключко, О. Дудоров, В. Навроцкий, С. Чернявский, В. Пивоваров, О. Олейничук т.д. Несмотря на большое количество подобных исследований, стремительное развитие новых технологий актуализирует данные вопросы.

Целью и задачей статьи является исследование вопроса поиска мер защиты от мошенничества с банкоматами и банковски-

ми платежными карточками.

Изложение основного материала. Проанализируем в научном дискурсе формулировку таких понятий как «мошенничество», «банковская платежная карта».

В соответствии с Уголовным кодексом Украины мошенничество – это завладение чужим имуществом или приобретение права на имущество путем обмана или злоупотребления доверием. Способы совершения мошенничества – обман и злоупотребление доверием. Обман как способ мошеннического завладения чужим имуществом или приобретение права на такое имущество состоит в сообщении потерпевшему ложных сведений или сокрытие определенных сведений, сообщения которых имеет существенное значение для поведения потерпевшего, с целью введения в заблуждение. Злоупотребление доверием заключается в недобросовестном использовании доверия со стороны потерпевшего.

Банковская платежная карта – это персонифицированная пластиковая карточка с магнитной полосой или чип-модулем, которая является ключом доступа к управлению банковским счетом и предоставляет ее владельцу возможность безналичной оплаты товаров или услуг в различных торговых и сервисных предприятиях, принимающих карты к оплате, получать наличные в отделениях банков и в банкоматах, а также пользоваться другими дополнительными услугами и определенными преимуществами [5, с. 43]. Сегодня правовым полем охвачены все направления банковской деятельности, что способствует максимальной защите прав и интересов как клиентов, так и самих банковских учреждений [2, с. 102].

Банковские карточки являются основным элементом электронных банковских систем, все более

активно вытесняя традиционные чековые книжки и наличные. Та особенность, что карта содержит определенную информацию, которая нужна для доступа к банковскому счету, осуществления расчетов за товары и услуги, а также снятия наличных, позволяет ей служить простым и прогрессивным средством в организации безналичных расчетов и одновременно быть привлекательным объектом для мошеннических операций со стороны преступников [1, с. 92].

По данным Украинской межбанковской ассоциации членов платежных систем ЕМА за 2019 год мошенникам в банковской сфере с использованием платежных карточек удалось «добыть» почти 362 млн гривен. Это в полтора раза больше, чем в 2018 году. На первом месте в 2019 году оказались так называемые «мошеннические сайты», которые способны обманом склонить человека потратить деньги на несуществующие материальные блага или услуги. В ЕМА насчитали более 300 подобных сайтов. Кроме того, участились физические атаки (когда их взрывают, ломают, выпиливают и т.п.) на банкоматы – 77 официально выявленных инцидентов, для сравнения в 2018 году таких случаев насчитано всего 20 [3].

На данный момент правоохранительным органам известно широкий круг видов мошенничества с банковскими картами и банкоматами: «скимминг», «траппинг», «фантом», «шаттер», «шимминг», «трешинг», «фарминг», «фишинг» и другие. По сути выбор преступником определенного способа не влияет в целом на квалификацию его действий с точки зрения уголовного права, вместе с тем преступники придумывают все новые способы использования современных технологий для достижения своих целей.

Один из вышеупомянутых



способов мошенничества с платежными картами является «скимминг». Для этого преступники устанавливают на банкоматы специальные устройства – скиммеры, которые считывают номер карточки и PIN-код. После чего карта дублируется и деньги могут поменять своего владельца за секунды. Еще один вариант – прикрепление на банкомат миниатюрной видеокамеры, которая снимает введение PIN-кода, делает запись в модуль памяти или же передает его дистанционно на компьютер преступника.

Следующим способом совершения мошеннических действий является «траппинг». Специальным устройством блокируется окно подачи карты так, чтобы она застряла в банкомате. Злоумышленник предварительно подглядывает PIN-код, а затем сочувствует и рекомендует срочно идти и звонить в банк или сервисную службу. Только владелец уходит, преступник извлекает карту, освобождает окно банкомата и снимает деньги [5].

«Фантом» – это вид мошенничества с помощью непосредственно банкомата. Нередки также случаи полной замены банкомата. С виду обычный банкомат может оказаться муляжом, оборудованным специальными устройствами для считывания информации. На фантом-банкомате все запросы, поля ввода данных отображаются в точном соответствии с настоящим. Однако в конце всех операций, деньги не будут выданы пользователю платежной карты, что по факту их отсутствия в банкомате. Таким образом мошенник получает всю цифровую информацию для следующих преступных шагов.

Также одним из видов мошенничества с банкоматом является способ «шаттер». Деньги воруются из банкоматов. Денежные купюры упираются в установлен-

ную мошенником накладку, банкомат же выполнит и завершит соответствующие операции, но клиент денег не получит. Когда же он отходит от банкомата с намерением позвонить в свой банк, то аферист, который следит за ситуацией неподалеку снимает накладку к которой прилипли все деньги.

«Шимминг» – незаконное снятие денег с помощью тонкой пленки, похожей на скотч. Такая пленка наклеивается на клавиатуру, а затем из нее считывается необходимая информация. Необычная клавиатура банкомата не вызывает никаких подозрений у пользователей, что значительно облегчает задачу преступникам [6, с. 148].

Как показывает практика в мошенничестве с непосредственно платежными карточками можно выделить три вида:

1) «Трешинг» – форма мошенничества, которая заключается в том, что так называемые трэшеры ищут в разных источниках в том числе и мусоре неразорвавшиеся чеки-слипы, бухгалтерскую документацию, содержащую конфиденциальную информацию о платежных картах для дальнейшей перепродажи. В такой ситуации очень важно измельчить документ перед тем, как он окажется на свалке для предотвращения считывания вышеупомянутой информации [4].

2) «Фарминг» – во время нахождения на сайте, на компьютер жертвы устанавливается вирус. Во время посещения сайта интернет-банкинга, вирус переадресовывает и направляет все действия к фиктивному сайту, который внешне очень схож с настоящим. После введенная клиентом информация фиксируется и используется для дальнейших мошеннических действий.

3) «Фишинг» – это вид мошенничества, который применяется с целью получения у пользователя

банковской платежной карточки информации о реквизитах карты путем использования поддельных сайтов, введение в заблуждение и др.

Именно реквизиты платежной карточки, выведывают мошенники, занимающиеся фишингом: 1. Номер карточки. 2. Дата выпуска / завершения действия карты. 3. Код CVV2. 4. Написание фамилии и имени клиента латыни. 5. ПИН-код.

Способов фишинга множество, вот самые распространенные из них:

- письмо на электронную почту с уведомлением о выигрыше (в лотерею, бонус, игре) и просьба прислать реквизиты карты для зачисления денежного приза;

- письмо от фальш-банка с просьбой прислать реквизиты карты для ее подтверждения, разблокировки и т. п.;

- использование мошеннических интернет-сайтов (Интернет-магазинов). Это могут быть копии оригинальных интернет-сайтов компаний или другие сайты, на которых обычно предлагается приобрести какую-то вещь по очень низкой (акционной) цене с использованием банковской платежной карточки;

- использование всплывающих окон, не имеющих отношения к сайту;

- перенаправление на мошеннические сайты с помощью модификации ссылок;

- телефонные звонки из фальш-банка или других коммунальных, контролируемых, правоохранительных органов с просьбой подтвердить реквизиты карты в связи с подозрением мошеннических операций, наличия несуществующей задолженности и тому подобное;

- кража данных с компьютера с помощью вредоносного программного обеспечения (вирусы, программы удаленного доступа и т. д.) [4].



Для борьбы и противодействия преступным действиям в банковской сфере в Украине в 1999 году украинскими банками и членами платежной системы Europay International была создана Ассоциация «ЕМА», с 2004 года Украинская межбанковская ассоциация членов платежных систем «ЕМА». Эта структура взаимодействует с членами международных платежных систем и других систем, использующих платежные карточки, электронные средства платежей и работают по общепринятым международным или отраслевым стандартам [1, с. 93].

Изучив самые распространенные виды мошенничества, выделим рекомендации по безопасному пользованию банкомата и банковской платежной карточки. Это станет одним из шагов предотвращения мошеннических схем и махинаций для обеспечения безопасности денежных средств от незаконного завладения:

1. При условии получения телефонного звонка, когда представляются работником банка, мобильным оператором связи и говорят, что с вашими счетами возникла проблема, необходимо положить трубку. Нельзя выполнять их USSD-команды на телефонные просьбы сотрудников банка. Необходимо сделать звонок в свой банк или оператору мобильной связи за официальным номером, и убедиться, что это не обманное действие.

2. Если вы получили телефонный звонок от вашего знакомого, родственника, друга или приходит смс-сообщение с просьбой о перерасчете денег на лечение члена семьи, или перевода для других целей следует также положить трубку и перезвонить лично. Поскольку мошенники могут перехватить этот номер, и как результат у вас на экране высветится номер телефона знакомого вам человека. Ни при каких условиях

нельзя переводить средства по требованию работника банка на любые указанные им расчетные счета.

3. Нельзя переходить по ссылкам в смс-сообщениях якобы от вашего банка, мобильного оператора или другого государственно-го учреждения.

4. Рекомендуется, как профилактическая мера, привязать свою платежную карту к номеру телефона, которым вы не пользуетесь для совершения звонков. Этот шаг позволит свести к минимуму шансы мошенников подобраться к вашим счетам через номер телефона.

5. Если возникли сомнения, то Вы можете проверить подозрительные для вас сайты, номера телефонов и номера банковских карточек на сайте киберполиции или в черном списке Ассоциации ЕМА.

6. Необходимо хранить отдельно платежные карточки и записанные их пароли, паспорт и идентификационный код. Нельзя оставлять документы без присмотра в машине, на работе, в общественных местах.

7. С целью контроля проводок по вашей карточке целесообразно заказать в банке опцию SMS-сообщения о состоянии вашего банковского счета и всех операциях (поступления и снятия денег).

8. Обязательно проверьте, что после осуществления оплаты покупок вам вернули вашу карту.

9. После получения платежной карты в банковском учреждении на ее обратной стороне необходимо создать образец своей подписи.

10. Перед началом работы с банкоматом визуально осмотрите его. Если возникли сомнения по изменению внешнего вида картоприемника лучше не вставлять вашу карточку. Позвоните в банк и сообщите о своих подозрениях. Особое внимание уделяйте лиш-

ним предметам у экрана – они могут маскировать скрытую камеру.

11. Не сообщайте и не позволяйте никому подсматривать ваш PIN-код. Прикрывайте клавиатуру руками во время набора PIN-кода.

12. Экстренную связь с банком делайте через официальный номер, он указан на обратной стороне карты или сайте банковского учреждения. Целесообразно его записать в свою телефонную книгу.

Нами был предложен список мер по обеспечению безопасности при пользовании банкоматами и банковскими платежными карточками, соблюдение этих рекомендаций сохранит от мошеннических схем завладения вашими деньгами.

Выводы. Таким образом можно сделать вывод, что мошеннические схемы и манипуляции в банковской сфере с каждым годом все больше совершенствуются, тем самым подрывая стабильность и экономическую безопасность страны. Мошенничество с банкоматами и банковскими платежными карточками влекут за собой негативные последствия в виде торможения распространение безналичной формы оплаты, которая является залогом развития глобальной финансовой системы. Поэтому приоритетом в предотвращении и противодействии таким преступным деяниям является максимальное информирование населения о существующих рисках и мерах безопасности пользования платежными инструментами.

Современными видами мошеннических схем с банкоматами и банковскими платежными карточками есть «траппинг», «скимминг», «шимминг», «фантом», «шаттер», «трешинг», «фарминг» и «фишинг». Они могут угрожать практически каждому участнику банковской системы, поэтому нами описаны основные меры



безопасности, направленные на сохранение счетов от незаконного завладения или хищения денежных средств.

Список использованной литературы

1. Олійничук О. Банківські картки як об'єкт шахрайства: стан і протидія явищу. *Актуальні проблеми правознавства*. 2017. №1. С. 91–94.

2. Кузьменко Ю. В. Банківська діяльність в Україні: правовий аспект. *Юридичний бюлетень*. 2018. Вип. 7. Ч. 2. С. 98–102.

3. Ліга Новини. Обманом втягнути з жертви «фінансову» інформацію і переобладнання банкоматів. URL: <https://ua-news.liga.net/economics/articles/u-2019-mushahrai-vkrali-z-nashih-kartok-362-mln-grn-chotiri-sposobi-yak-voni-tse-zrobili>

4. Незалежна асоціація банків України. URL: <http://anticyber.com.ua/index.php>

5. Пиріг С. О. Платіжні системи: навч. посіб. Київ: ЦУЛ, 2008. 239 с.

6. Стрелков Л. О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, обладнанням для їх виготовлення. *Юридична наука*. 2011. № 21. С. 145–151.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Юлия Васильевна
КУЗЬМЕНКО,
доктор педагогических наук,
доцент, профессор кафедры
административного права и
административного процесса
Херсонского факультета
Одесского университета
внутренних дел;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Yuliya Vasilyevna KUZMENKO,
PhD., Assistant Professor,
Professor of Kherson Faculty of
Odesa State University of Internal
Affairs;
lgeoekonomika@gmail.com

УДК: 347.9

АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ СУБЪЕКТОВ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ БЕСПЛАТНОЙ ПРАВОВОЙ ПОМОЩИ В УКРАИНЕ

МАГАРРАМЛИ Этибар Вали оглы

аспирант кафедры государственно-правовых дисциплин,
международного права и права Европейского Союза Харьковского
национального педагогического университета
имени Г. С. Сковороды

В статье автором на основании анализа совокупности нормативно-правовых актов, которые регулируют сферу предоставления бесплатной правовой помощи сделано вывод, что основными способами взаимодействия между субъектами предоставления бесплатных правовых услуг являются: совместное предоставление правовых услуг; обмен информацией и практическим опытом; содействие в получении различного вида правовых услуг; обеспечение защиты лиц пострадавших от домашнего насилия, вооруженного конфликта, военных действий; подготовка совместных докладов и отчетных документов; организация и проведение коммуникационных мероприятий; проведение конференций, семинаров, круглых столов, встреч; разработка и реализация совместных проектов и / или программ по совершенствованию и повышению эффективности функционирования системы предоставления бесплатной правовой помощи.

Ключевые слова: бесплатная правовая помощь, система субъектов, взаимодействие, органы государственной власти, правоохранительные органы, меморандум.

ADMINISTRATIVE LEGAL BASES OF INTERACTION OF SUBJECTS OF PROVIDING FREE LEGAL AID IN UKRAINE

MAGARRAMLI Etibar Vali oglu

Graduate Student of the Department of State Law Disciplines, International
Law and European Union Law H.S. Skovoroda Kharkiv National Pedagogical
University

Based on the analysis of the set of regulatory legal acts that govern the scope of the provision of free legal assistance, the author concludes that the main methods of interaction between the entities providing free legal services are: joint provision of legal services; exchange of information and practical experience; assistance in obtaining various types of legal services; ensuring the protection of persons affected by domestic violence, armed conflict, military operations; preparation of joint reports and reporting documents; organization and conduct of communication activities; holding conferences, seminars, round tables, meetings; development and implementation of joint projects and / or programs to improve and improve the functioning of the system of providing free legal assistance.

Keywords: free legal assistance, system of subjects, interaction, public authorities, law enforcement agencies, memorandum.

BAZE JURIDICE ADMINISTRATIVE DE INTERACȚIUNE A SUBIECȚILOR CARE FURNIZEAZĂ SERVICII JURIDICE GRATUITE ÎN UCRAINA

Pe baza analizei totalității actelor juridice care reglementează sfera furnizării de asistență juridică gratuită, autorul concluzionează că principalele metode de interacțiune între subiecții furnizării de servicii juridice gratuite sunt: furnizarea în comun de servicii juridice; schimb de informații și experiență practică; asistență în obținerea diverselor tipuri de servicii juridice; asigurarea protecției persoanelor afectate de violență în familie, conflict armat, operațiuni militare; pregătirea rapoartelor comune și a documentelor de raportare; organizarea și desfășurarea activităților de comunicare; organizarea de conferințe, seminarii, mese rotunde, întâlniri; dezvoltarea și implementarea de proiecte și / sau programe comune pentru îmbunătățirea funcționării sistemului de furnizare a asistenței juridice gratuite.

Cuvinte-cheie: asistență juridică gratuită, sistem de subiecți, interacțiune, autorități publice, agenții de aplicare a legii, memorandum.



Постановка проблемы. Построение и обеспечение функционирования эффективной системы предоставления бесплатной правовой помощи невозможно без активного взаимодействия конкретных субъектов, предоставляющих юридическую помощь (например, между органами местного самоуправления, предоставляющими правовые услуги на безвозмездной основе) как в ее пределах, так и вне их (например, специализированные учреждения, центры предоставления бесплатной правовой помощи и адвокаты, оказывающие правовые услуги на временной основе). Учитывая стратегическую важность создания разветвленной сети субъектов предоставления бесплатной правовой помощи для того, чтобы сделать последнюю максимально доступной для населения, заметим, что в таком контексте необходимо учитывать не только критерий доступности, который преимущественно связан с территориальным расположением таких учреждений их оснащением и материально-техническим обеспечением. В таком случае, актуальным остается вопрос относительно ее качества и оперативности предоставления правовых услуг, что в определенной степени зависит от процесса взаимодействия субъектов предоставления бесплатной правовой помощи, ведь даже квалифицированный адвокат не сможет предоставить отдельные правовые услуги, если уполномоченный сотрудник полиции не уведомит или несвоевременно сообщит о факте задержания или ареста лица. Такая процедура взаимодействия, как правило, представляет собой непрерывный процесс сотрудничества, направленного на получение общего результата – обеспечения прав и свобод личности. Со своей стороны со-

ответствующий процесс требует высокой организации и основательного правового обеспечения. Заметим, что последнее представляет собой основу для дальнейшей практической реализации форм взаимодействия в рамках и за пределами системы субъектов предоставления бесплатной правовой помощи, а потому требует глубокого исследования с целью формирования объективного понимания процесса взаимодействия между указанными субъектами, их компетенцией и направлениями.

Актуальность темы исследования подтверждается степенью нераскрытости на теоретическом уровне различных аспектов взаимодействия субъектов предоставления правовой помощи населению, в том числе административно-правового обеспечения, что в свою очередь усложняет практическую реализацию такого взаимодействия и негативно отражается на качестве предоставляемых бесплатных правовых услуг.

Степень разработки проблемы. Не смотря на то, что теоретическая основа взаимодействия субъектов предоставления правовой помощи имеет прикладное значение, в части повышения эффективности такой деятельности, данная тема остается за пределами внимания ученых, поэтому в основу характеристики элементов административно-правового обеспечения были положены выводы, сделанные на основе анализа нормативно-правовых актов. Получению выводов исследование предшествовало выяснение содержания понятия «административно-правовое обеспечение» на основании работ таких ученых как: О. М. Гумин, О. М. Дручек, И. О. Иерусалимова, О. Е. Костюченко, М. Н. Марченко, Е. В. Пряхин, Е. Ф. Шкробець.

Целью и задачей статьи является раскрытие содержания административно-правового обеспечения взаимодействия субъектов предоставления бесплатной правовой помощи в Украине, что станет основой для определения основных способов соответствующего взаимодействия между субъектами, которые предоставляют бесплатные правовые услуги, а также с иными субъектами, к основным задачам которых такая деятельность не отнесена.

Изложение основного материала. Прежде чем рассматривать взаимодействие субъектов предоставления бесплатной правовой помощи, мы считаем необходимым выяснить сущность таких категорий как «правовое обеспечение» и «административно-правовое обеспечение», что позволит в перспективе рассмотреть очерченный аспект в сфере взаимодействия субъектов предоставления бесплатной правовой помощи в двух направлениях: внутреннем и внешнем.

Основой понятия «правовое обеспечение» является слово «обеспечение» этимологическое значение, которого сводится к следующему: предоставление всего возможного и/или необходимого [1, с. 375]; «создать надежные условия для осуществления чего-либо; гарантировать что-то; защищать, охранять кого, что-нибудь от опасности» [1, с. 281]. Связывая приведенное толкование со сферой права, отметим, что буквально правовое обеспечение можно понимать, как всестороннюю и полную законодательную регламентацию определенной отрасли или направления деятельности [2, с. 35], в том числе взаимодействия субъектов предоставления бесплатной правовой помощи в Украине. Такой точки зрения придерживаются и ряд ученых, в частности О. Е. Костюченко рас-



смаstrивает правовое обеспечение как «непрерывную деятельность субъектов права, в пределах их компетенции, по созданию правовых условий, всеми правовыми средствами по закреплению, реализации, обеспечению охраны и защиты прав и свобод лиц и их групп» [3, с. 15]. Более широкий подход к выяснению категории правового обеспечения использует М. Н. Марченко, поскольку рассматривает эту категорию не как деятельность, а как сферу, состоящую из «совокупности правил порядка управления, которую можно и нужно упорядочить с помощью норм права и правовых средств» [4, с. 457].

Отождествление административно-правового обеспечения с массивом норм данной отрасли права прослеживается в некоторых работах ученых-административистов. Например И. А. Иерусалимова описывает указанную категорию как «регулирование с помощью норм административного права общественных отношений, возникающих для и в процессе реализации прав и свобод человека и гражданина, влияние на них с помощью предусмотренных в законодательстве элементов» [5, с. 83]. О. М. Дручек предлагает понимать под ним «осуществление государством с помощью совокупности специального механизма упорядочения общественных отношений, их юридическое закрепление, охрану, реализацию и развитие» [6, с. 126].

Такие взгляды полностью соответствуют концепции ученых (О. М. Гумина и Е. В. Пряхина), которые, на основании анализа большого количества монографических исследований, предложили определять административное правовое обеспечение как «упорядочение общественных отношений уполномоченными на то государством органами, их

юридическое закрепление с помощью правовых норм, охрана, реализация и развитие» (в широком смысле) [7, с. 49]. Его основными элементами являются: объект и субъекты, норма права, административно-правовые отношения, средства и способы, методы и гарантии.

Попробуем дать характеристику элементам административно-правового обеспечения взаимодействия субъектов предоставления бесплатной правовой помощи. Основу административно-правового обеспечения взаимодействия субъектов предоставления бесплатной правовой помощи, прежде всего, составляют нормы административного права, регулирующие деятельность указанных субъектов в части их взаимодействия с другими субъектами. Переходя непосредственно к характеристике элементов административно-правового обеспечения взаимодействия субъектов предоставления бесплатной правовой помощи предлагаем определить его объект, которым в общем смысле является сфера предоставления бесплатной правовой помощи как первичной, так и вторичной. Такой вывод можно обосновать тем, что предоставление правовых услуг населению – это основная цель всех субъектов, и целью их взаимодействия между собой, то есть предоставление конкретных правовых услуг населению.

Субъектами такого административно-правового обеспечения является непосредственные субъекты предоставления бесплатной правовой помощи как в пределах их системы, так и за пределами, которые косвенно способствуют реализации прав лиц на получение бесплатных правовых услуг. Система субъектов предоставления бесплатной правовой помощи состоит из следующих элементов: обще-

ственных приемных по предоставлению бесплатной первичной правовой помощи; территориальных общин; сельских, поселковых, городских советов и исполнительных органов; старост; районных, районных в городах и областных советов, и других органов самоорганизации населения; специализированных учреждений по оказанию бесплатной правовой помощи; юридических лица частного права (непредпринимательских обществ, учреждений, частных предприятий и предприятий коллективной собственности, их обособленных подразделений, в частности филиалов и представительств) региональных и местных центров по предоставлению бесплатной вторичной правовой помощи; дистанционных и мобильных консультационных пунктов доступа к бесплатной правовой помощи; адвокатов с которыми заключен договор или контракт, и которые включены в Реестр адвокатов, предоставляющих бесплатную вторичную правовую помощь; физических лиц.

Между тем, другие субъекты, прежде всего органы государственной власти, хотя сами и не оказывают правовые услуги, но в рамках своей компетенции способствуют функционированию сферы юридической помощи, путем осуществления: нормотворческой деятельности (Верховная Рада Украины, Кабинет Министров Украины, Президент Украины); охраны и защиты прав и свобод граждан (Уполномоченный Верховной Рады Украины по правам человека [8]); правосудия (международные и национальные судебные учреждения); правоохранительной деятельности (правоохранительные органы, в частности полиция, прокуратура, Служба безопасности Украины). Следует отметить так же и то, что тема совершенствования



сотрудничества органов полиции и центров предоставления бесплатной вторичной правовой помощи является актуальным вопросом рабочих встреч указанных субъектов [9].

Еще одним из структурных элементов административно-правового обеспечения взаимодействия субъектов предоставления бесплатной правовой помощи являются соответствующие нормы административного права, которые содержатся в ряде нормативно-правовых актов, преимущественно подзаконного уровня, регулирующих деятельность указанных субъектов. Так, в п. 2.7. Типичного положения об учреждении по предоставлению бесплатной первичной правовой помощи (приказ Министерства юстиции Украины от 28.03.2012 № 483/5) указано, что: «для обеспечения эффективной работы Приемной руководитель органа по представлению заведующего привлекает работников органа, при котором создана Приемная, к компетенции которых относятся вопросы, затронутые лицом, обратившимся» [10].

В ст. 38-1 Закона Украины «Об органах местного самоуправления в Украине» [11] закреплена общую компетенцию органов местного самоуправления в сфере предоставления бесплатной правовой помощи, в том числе и в направлении взаимодействия с адвокатами, физическими и юридическими лицами частного права, которые предоставляют бесплатную первичную правовую помощь, местными органами исполнительной власти и территориальными органами центральных органов исполнительной власти, центры предоставления бесплатной вторичной правовой помощи. Кроме того органы местного самоуправления организуют семинары и конференции по вопросам бесплатной первичной правовой помощи,

требует тесного сотрудничества с научными учреждениями и специалистами практиками.

Согласно п. 6 Положения о центрах по предоставлению бесплатной вторичной правовой помощи: приказ Министерства юстиции Украины от 02.07.2012 № 967/5 «при исполнении функций по оказанию бесплатной правовой помощи центры взаимодействуют с судами, органами прокуратуры и другими правоохранительными органами, органами исполнительной власти, органами местного самоуправления, другими субъектами предоставления бесплатной правовой помощи, органами адвокатского самоуправления, общественными объединениями» [12], а также другими субъектами, осуществляющими мероприятия в сфере предотвращения и противодействия домашнему насилию в соответствии с нормами Закона Украины «О предотвращении и противодействии домашнему насилию». Так, 18 июля 2017 году была создана межведомственная рабочая группа по вопросам противодействия домашнему насилию (спецпроект «Создание системы комплексной социально-психологической поддержки семьям и лицам, пострадавшим от домашнего и гендерно-обусловленного насилия») членами которой стали представители различных органов: Национальной полиции Украины, местного центра по предоставлению бесплатной вторичной правовой помощи, социальной защиты населения, общественных организаций [13].

Положение о взаимодействии центров по предоставлению бесплатной вторичной правовой помощи закреплены в Законе Украины «О бесплатной правовой помощи»: «при исполнении функций по предоставлению бесплатной вторичной правовой помощи центры по предоставле-

нию бесплатной вторичной правовой помощи взаимодействуют с судами, органами прокуратуры и другими правоохранительными органами, органами исполнительной власти, органами местного самоуправления» [14] (п. 6). Примером такого взаимодействия может быть проведение в 2017 году круглого стола на тему «Взаимодействие системы бесплатной правовой помощи и адвокатуры», по инициативе Львовского областного центра по предоставлению бесплатной вторичной правовой помощи. Участие в работе круглого стола приняли «председатель Львовской краевой организации Ассоциации украинских юристов; заместитель председателя Совета адвокатов Львовской области; председатель квалификационно-дисциплинарной комиссии адвокатуры Львовской области; руководитель Львовского территориального отделения Общественной организации «Объединение адвокатов, предоставляющих бесплатную правовую помощь»; директор Львовского областного центра по предоставлению бесплатной вторичной правовой помощи, начальник отдела обеспечения качества правовой помощи» [15] и другие.

Выводы. Проведенный анализ дает основания говорить, что одним из ведущих средств регламентации взаимодействия между субъектами, осуществляющими юридическую помощь внутри системы, и за ее пределами является заключение специфических документов – меморандумов, в которых четко обозначены цели и способы такого взаимодействия, а также определены конкретные меры его реализации. Несмотря на значительное количество, нормативно-правовых актов и документов, содержащих положения о взаимодействии субъектов предоставления бесплатной правовой помощи в Украине, исходя



из требований по объему данной работы, мы не можем подробно осветить положение каждого из них, поэтому ограничимся представлением выводов, полученных в результате их оценки относительно способов такого взаимодействия. В следствие к перечню последних необходимо отнести: 1) совместное предоставление правовых услуг; 2) обмен информацией, в том числе аналитической и практическим опытом предоставления бесплатной правовой помощи; 3) содействие в получении различного вида правовых услуг; 4) обеспечение защиты лиц пострадавших от домашнего насилия, вооруженного конфликта, военных действий; 5) подготовка совместных докладов и отчетных документов; 6) организация и проведение коммуникационных мероприятий, направленных на информирование населения о порядке получения бесплатной правовой помощи; 7) проведение конференций, семинаров, круглых столов, встреч, направленных на повышение квалификационного уровня субъектов предоставления бесплатной правовой помощи и повышения качества предоставления правовых услуг; 8) разработка и реализация совместных проектов и/или программ по совершенствованию и повышению эффективности функционирования системы предоставления бесплатной правовой помощи.

Рассмотренные нами выше элементы административно-правового обеспечения взаимодействия субъектов предоставления бесплатной правовой помощи могут получить дальнейшую характеристику в пределах отдельного исследования.

Список использованной литературы

1. Бусел В. Т. Великий тлумачний словник сучасної української мови.

Київ; Ірпінь: Перун, 2005. 1728 с.

2. Шкребець Є. Ф. Адвокатура України: адміністративно-правове забезпечення діяльності на сучасному етапі : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2016. 220 с.

3. Костюченко О. Є. Визначення поняття «правове забезпечення». *Науковий вісник Національного університету державної податкової служби України*. 2015. № 1 (68). С. 11-16.

4. Марченко М. Н. Общая теория государства и права: академический курс: в 2 т. М.: Зерцало, 1998. Т. 2 «Теория права». 518 с.

5. Ієрусалімова І. О. Механізм адміністративно-правового забезпечення прав і свобод людини та громадянина: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2006. 205 с.

6. Дручек О. М. Поняття адміністративно-правового забезпечення прав, свобод та інтересів дитини органами внутрішніх справ України. *Форум права*. 2013. № 2. С. 123-128. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2013_2_22.pdf (дата звернення: 12.11.2019).

7. Гумін О. М., Пряхін Є. В. Адміністративно-правове забезпечення: поняття та структура. *Наше право*. 2014. № 4. С. 46-50.

8. Меморандум про співпрацю між Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини та Координаційним центром з надання правової допомоги від 25.05.2018 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/n0001715-18> (дата звернення: 16.11.2019).

9. У Полтаві обговорили взаємодію поліції та центрів надання безоплатної вторинної правової допомоги // Офіційний веб-сайт телеканалу «Центральний» (ТОВ «Студія Місто»). URL: <https://central-ua.tv/news/28627/> (дата звернення: 16.11.2019).

10. Про затвердження Типового положення про установу з надання безоплатної первинної правової допомоги: наказ Міністерства юстиції України від 28.03.2012 № 483/5. *Офіційний вісник України*. 2012. № 26. Ст. 1000.

11. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України 21.05.1997

№ 280/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 24. Ст. 170.

12. Про затвердження Положення про центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги: наказ Міністерства юстиції України від 02.07.2012 № 967/5. *Офіційний вісник України*. 2012. № 50. Ст. 2002.

13. Взаємодія задля подолання насильства // Офіційний веб-сайт Запорізького обласного центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги. URL: <https://zaporizhya.legalaid.gov.ua/ua/holovna/vzaiemodiia-zadlia-podolannia-nasyilstva> (дата звернення: 20.11.2019).

14. Про безоплатну правову допомогу: закон України від 02.06.2011 № 3460-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 51. Ст. 577.

15. Круглий стіл на тему «Взаємодія системи безоплатної правової допомоги та адвокатури» // Офіційний веб-сайт регіонального центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги у Львівській області. URL: <https://lviv.legalaid.gov.ua/ua/kruhlyi-stil-na-temu-vzaiemodiia-systemy-bezoplatnoi-pravovoiodopomohy-ta-advokatury> (дата звернення: 21.11.2019).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ
Магаррамли Этибар Вали оглы,
аспирант кафедры
государственно-правовых
дисциплин, международного
права и права Европейского
Союза Харьковского
национального педагогического
университета имени Г. С.
Сковороды;

INFORMATION ABOUT THE
AUTHOR
Magarramli Etibar Vali oglu,
Graduate Student of the
Department of State Law
Disciplines, International Law
and European Union Law H.S.
Skovoroda Kharkiv National
Pedagogical University;
dayanchetibar@gmail.com



УДК 341.63

УЧАСТИЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ ПУБЛИЧНОГО ПРАВА КАК СТОРОНЫ АРБИТРАЖНЫХ СОГЛАШЕНИЙ ПРИ РАЗРЕШЕНИИ СПОРОВ В МЕЖДУНАРОДНЫХ АРБИТРАЖАХ

Владимир НАГНИБЕДА

кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры международного и европейского права
Хмельницкого университета управления и права имени Леонида Юзькова

В статье исследуются вопросы участия юридических лиц публичного права в качестве стороны арбитражных соглашений по рассмотрению и разрешению споров. В частности, автор анализирует общие вопросы правового регулирования субъектного состава арбитражных соглашений на уровне международных соглашений. В свете международной практики и общепринятого подхода раскрывается содержание понятия «юридическое лицо публичного права», а также детально анализируются особенности участия таких лиц в разрешении международных коммерческих споров в арбитражах. А именно вопросы иммунитета государства, исчерпания средств правовой защиты, правовых ограничений участия государств в арбитражном праве разных стран и прочие.

Ключевые слова: правоприменение, арбитраж, арбитражное соглашение, юридическое лицо публичного права, государство, иммунитет.

PARTICIPATION OF LEGAL ENTITIES OF PUBLIC LAW AS PARTIES TO ARBITRATION AGREEMENTS IN RESOLUTION OF DISPUTES IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Vladimir NAGNYBEDA

PhD (Law), Associate Professor,
Assistant Professor of the Department of International and European Law
of Khmelnytskyi University of Management and Law after the name of Leonid Uzkov

The article examines the issues of participation of public legal entities as a party to arbitration agreements for the consideration and resolution of disputes. In particular, the author analyzes the general issues of legal regulation of the subject composition of arbitration agreements at the level of international agreements. In the light of international practice and the generally accepted approach, the content of the concept of «legal entity of public law» is disclosed, and the features of the participation of such persons in the resolution of international commercial disputes in arbitrations are analyzed in detail. Namely, the issues of state immunity, exhaustion of legal remedies, legal restrictions on the participation of states in the arbitration law of different countries and others.

Keywords: law enforcement, arbitration, arbitration agreement, legal entity of public law, state, immunity.

PARTICIPAREA ENTITĂȚILOR JURIDICE ALE DREPTULUI PUBLIC CA PĂRȚI LA ACORDURILE DE ARBITRAJ ÎN REZOLUȚIA DISPUTELOR ÎN ARBITRAJUL INTERNAȚIONAL

Articolul examinează problemele participării persoanelor juridice publice ca parte la acordurile de arbitraj pentru examinarea și soluționarea litigiilor. În special, autorul analizează problemele generale ale reglementării legale a componenței subiectului a acordurilor de arbitraj la nivelul acordurilor internaționale. În lumina practicilor internaționale și a abordării general acceptate, conținutul conceptului de «entitate juridică de drept public» este dezvăluit, iar caracteristicile participării acestor persoane la soluționarea litigiilor comerciale internaționale în arbitraj sunt analizate în detaliu. Anume, problema imunității statului, epuizarea căilor de atac legale, restricții legale la participarea statelor la legea arbitrajului din diferite țări și altele.

Cuvinte-cheie: executare, arbitraj, acord de arbitraj, entitate juridică de drept public, stat, imunitate.

Постановка проблемы. Как известно, главным основанием для формирования компетенции международно-го коммерческого арбитража на рассмотрение и разрешение спора является арбитражное соглашение, заключенное между

сторонами такого спора. Именно через призму вопросов о характере споров, которые передаются на рассмотрение и разрешение международного коммерческого арбитража, кто (какие субъекты) договорились о передаче таких споров в арбитраж и согласно

какому праву, на первом этапе правоприменения арбитрами оценивается собственная компетенция на рассмотрение и разрешение спора. Результатом такого анализа обычно является постановление состава арбитража о принятии дела к рассмотрению



или вынесение решения о наличии компетенции состава арбитража по решению конкретного спора, вынесенное в порядке *prima facie*.

Актуальность темы исследования. В теории и практике международного коммерческого арбитража большинство из этих аспектов охватываются понятием так называемой арбитрабельности, которая включает элементы предметной и субъектной правовой природы. И если предметная арбитрабельность достаточно живо обсуждается на страницах юридической литературы, то вопрос субъектного состава преимущественно находится вдали от дискуссий. Вместе с тем, именно в этих вопросах на практике достаточно часто возникают довольно неожиданные и порой непреодолимые проблемы, которые существенно влияют как на компетенцию арбитража, так и на возможность арбитражного решения быть приведенным к исполнению. Особенно этот вопрос актуален в случаях участия в арбитражном разбирательстве юридических лиц публичного права, в лице государственных или муниципальных органов, их должностных лиц, или же участия государственных или коммунальных предприятий. Целый ряд вопросов, начиная от права субъекта быть участником арбитражных соглашений, и, завершая исчерпанием национальных мер защиты возникает в связи со сказанным.

Состояние исследования. Обозначенные выше вопросы были предметом изучения в публикациях Л. Винокуровой, Т. Захарченко, П. Крупко, А. Крупчана, М. Мальского, Е. Перепелинской, Я. Петрова, К. Пилькова, Ю. Притыки, Т. Слипачук, Ю. Черных и прочих экспертов в отрасли международного арбитража. Несмотря на внимание, посвященное этому

вопросу указанными учеными, на данный момент все еще существует много неисследованных вопросов, связанных с участием юридических лиц публичного права как сторон арбитражных соглашений.

Целью и задачей статьи является определение практических аспектов правоприменения с которыми сталкиваются участники арбитражных разбирательств, в которых стороной является юридическое лицо публичного права и формулировка дальнейших направлений развития и научного исследования проблематики.

Изложение основного материала. Существующие на сегодня международные договоры, посвященные вопросам регулирования процедуры рассмотрения и разрешения споров международным коммерческим арбитражем, не ограничивают круг сторон арбитражных соглашений. Исследование основных международных документов в этой области, а именно Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее – Конвенция 1958 г.) [1] и Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. (далее – Европейская конвенция 1961 г.) [2], а также модельного акта – Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном арбитраже 1985 г. [3] позволяют сделать вывод, что состав сторон арбитражных соглашений, на основе которых базируется компетенция международных арбитражей не ограничивается лишь физическими и юридическими лицами (ст. I(1) Конвенции 1958 г., ст. I(1)(a) Европейской конвенции 1961 г.). Сторонами таких арбитражных соглашений могут быть также юридические лица публичного права (государства и их органы, другие публичные образования). Исходной нормой для их уча-

стия в арбитражных сделках является ст. I(1) Конвенции 1958 г., согласно которой государства участники Конвенции обязуются выполнять арбитражные решения, которые «возникают из разногласий между лицами, независимо от того это физические или юридические лица». Аналогичное положение содержится в ст. I(1)(a) Европейской конвенции 1961 г., по которому конвенция применяется к арбитражным соглашениям, заключенным с целью урегулирования споров, возникающих из международной торговли между физическими и юридическими лицами. Статья II(1) Конвенции 1961 г., которая называется «Право юридических лиц публичного права обращаться в арбитраж» предусматривает также, что «действительные» (англ. – «valid») арбитражные соглашения также могут заключать юридические лица, которые «в соответствии с применимым к ним правом являются «юридическими лицами публичного права».

Отметим, что вопрос участия юридических лиц публичного права как стороны арбитражных соглашений является достаточно непростым и многогранным, а потому в этом исследовании мы коснемся лишь отдельных вопросов, очертив общий спектр практических аспектов с которыми приходится на практике встречаться участникам арбитражного разбирательства и составу арбитража. Прежде всего следует выяснить, что нужно понимать под термином «юридическое лицо публичного права», который был привнесен в арбитражное правовое поле Европейской конвенцией 1961 г. Известный комментатор Европейской конвенции, судья Кассационного суда Франции Д. Хашер по этому поводу писал, что формулировка «юридическое лицо публичного права» должна толковаться широко



и включать не только публичные компании, но также государства и любые (их) публичные представительства («public agencies») [4]. Не затрагивая вопрос «международного» и «коммерческого» характера споров, и участия таких субъектов в их разрешении путем арбитража (согласно ст. I(1) Конвенции), отметим, что арбитражная практика вокруг этой статьи на сегодня формируется именно таким образом – путем широкого понимания. Однако такое проарбитражное расширенное толкование действия ст. II(1) и ее распространение на юридических лиц публичного права в практике, в т.ч. на государства, не решает все вопросы по существу. Ведь, во-первых, приведенная статья, при определении статуса содержит отсылки к «применяемому к таким лицам праву», а во-вторых, участниками Конвенции являются лишь 31 страна, соответственно во всех случаях участия в арбитражном соглашении страны, которая не является участником Конвенции, вопрос участия государства в таких соглашениях будет решаться в соответствии с национальным законодательством этого государства. Кроме этого, в тех случаях, когда участником арбитражного соглашения является страна-участник Конвенции не следует забывать, что при присоединении к Конвенции отдельные государства, а именно Бельгия и Латвия сделали оговорку в соответствии со ст. II(2) Конвенции, что также ограничивает действие ст. II(1) Конвенции [5].

Таким образом, участие государства как стороны арбитражного соглашения в подавляющем большинстве случаев является вопросом *sui generis* и требует самостоятельного анализа в рамках обстоятельств конкретного дела. Вместе с тем, на практике за последние годы отработаны общие рекомендации, которые

следует учитывать, оценивая способность юридических лиц публичного права быть участниками арбитражного соглашения и арбитражного разбирательства.

Во-первых, следует учитывать существующие сегодня подходы в зарубежной судебной и международной арбитражной практике в частности, что при отсутствии оговорок о другом, государство в коммерческих отношениях может быть стороной арбитражного соглашения и не действует как суверен. И хотя государства очень неохотно идут на то, чтобы отказаться от своего статуса *jure imperii* в пользу несвойственного для них *jure gestionis*, все же при решении коммерческих споров в современных судебных и арбитражных процессах с участием государства, большее значение имеет основание иска, а не публичный статус государства. Если иск возник из гражданских отношений, обе стороны рассматриваются как равные участники и ни одна из них не может ссылаться на свой «особый» статус. Такие заключения подтверждаются в т.ч. практикой Европейского суда по правам человека. В частности, в известном деле *König v. Germany* (2000) Суд отметил, «если дело касается спора между лицом и публичной властью, не имеет решающего значения, в каком статусе она выступала, как носитель гражданских прав или публичной власти. Соответственно, решающим для квалификации спора как спора о гражданских правах, является сам характер права, которое стало причиной спора ...» (§ 89-90) [6].

Во-вторых, большинство государств, заключая международные контракты и арбитражные оговорки, автоматически определяют арбитражную институцию, компетентную на разрешение споров. Значительная

часть таких сделок имеют инвестиционный характер и разрешение споров по ним передается на разрешение Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID). Другая часть контрактов содержат оговорки о передаче споров на рассмотрение и разрешение арбитражей *ad hoc* или ведущих арбитражных центров мира. Во всех приведенных случаях, государство самостоятельно и по собственному волеизъявлению приобретает права и обязанности по арбитражным соглашениям и дальнейшая ссылка на отсутствие полномочий в таких случаях обычно квалифицируется как недобросовестное поведение такого государства и злоупотребление правами, что в условиях глобальных финансовых рынков является чрезвычайно негативным фактором, поскольку подрывает индекс финансовой и инвестиционной привлекательности страны, и в дальнейшем затрудняет государству доступ к международным валютным займам. Тем не менее, следует отметить, что хотя абсолютное большинство контрактов, заключенных с участием государства предусматривают разрешение споров в порядке арбитража, проблема ссылки государства на свой иммунитет все же на сегодня существует. Как точно подметил известный специалист в области арбитража К. Хобер, проблема ссылки государств на свой иммунитет при разрешении споров в арбитраже напоминает «старое вино в новых бочках» [7, с. 930].

И несмотря на то, что мир находится в состоянии глобальных процессов и доступ к мировым финансовым, ресурсным, торговым рынкам является высококонкурентным, а репутация государства как надежного контрагента имеет большое значение, такие



«традиционные приемы защиты» государств при разрешении споров в арбитражах являются не единичными [8]. Ведь, как в инвестиционном арбитраже и при разрешении коммерческих споров, государства часто не чувствуют себя обязанными использовать подобные юрисдикционные возражения, ссылаясь на свою «incapacity». При этом основной вопрос, который на практике нужно будет установить путем доказывания сводится к следующему: отказывается государство от своего иммунитета (waiver), подписывая арбитражное соглашение? Этот вопрос актуален еще со времен известного дела *Birch Shipping Corporation v. Embassy of the United Republic of Tanzania* [9; 10], и сегодня продолжает быть предметом острых дискуссий в судебных и арбитражных процессах [11].

В-третьих, следует учитывать положения действующего права, что применяется к определению правосубъектности государства касательно возможности ее быть стороной арбитражных соглашений. Поскольку в разных государствах содержатся довольно разные по содержанию нормы по этому поводу.

Первую группу составляют государства, в которых существует прямой запрет на заключение арбитражных соглашений, в которых сторонами являются частное лицо с одной стороны, и государство, с другой (США, Иран, Латвия). В частности, согласно ст. 5(1)(2) Закона Латвии об арбитраже «арбитражный суд решает любые гражданско-правовые споры при условии, что стороны добровольно согласились и заключили арбитражное соглашение, за исключением следующих споров: в которых хотя бы одна, является Государством или органом местного самоуправления или решение арбитражного суда, которым могут

нарушаться права государства или органа местного самоуправления» [12].

Ко второй группе принадлежат государства, где отсутствует прямой запрет, но в законодательстве установлены определенные ограничения на заключение арбитражных соглашений государством и/или его органами. К примеру, согласно ст. 1676(3) Судебного кодекса Бельгии: «Без ущерба для специальных законов, юридические лица публичного права могут заключать арбитражные соглашения только в случае, если их объектом является урегулирование споров, связанных с контрактом. Условия, которые применяются к заключению контракта, который составляет предмет арбитражного разбирательства, также применяются к заключению арбитражного соглашения. Кроме того, юридические лица публичного права могут заключать арбитражные соглашения по всем вопросам, определенных законом или королевским указом, согласованным Советом Министров. Данный указ также может определять условия и правила, которых следует придерживаться относительно заключения такого соглашения» [13]. Похожие положения содержатся в законах об арбитраже Египта, Казахстана, Саудовской Аравии, Ливана. В Арбитражном кодексе Туниса содержатся ограничения по заключению арбитражных соглашений в форме компромисса (*Le compromis*), то есть по спорам, которые возникли, «если такой спор касается государства, государственных учреждений административного характера и местных органов власти, за исключением споров, возникающих из международных отчетов, экономических, коммерческих или финансовых отношений» [14].

К третьей группе относятся государства, в которых отсут-

ствуют какие-либо ограничения касательно их возможности быть сторонами арбитражных соглашений (Великобритания, Греция). В Алжире возможность государства быть стороной арбитражного соглашения не просто не ограничивается, а наоборот закреплена на законодательном уровне [15, с. 63].

Кроме того, следует отдельно выделить группу стран в судебной и арбитражной практике которых отрицается или не поддерживается право государства и его органов оспаривать в дальнейшем подписанное ими арбитражное соглашение о рассмотрении споров в международном коммерческом арбитраже со ссылкой на свое внутреннее законодательство (Франция, Италия, Греция, Египет, Марокко, Тунис) [16, с. 323-325].

В-четвертых, в связи с тем, что государство в международных торговых сделках действует через созданные им органы или предприятия и учреждения, часто возникают вопросы по определению субъекта, подписавшего арбитражное соглашение – собственно государство в лице правительства, отдельный государственный орган как самостоятельное юридическое лицо в лице его руководителя, или же созданные им предприятия или государственные учреждения как отдельные юридические лица в лице их руководителей. Самостоятельному исследованию в контексте этого должны подвергаться документы, подтверждающие полномочия на подписание арбитражных соглашений. Также к этой группе особенностей следует отнести вопрос о квалификации спора как «международного», в случае, когда он рассматривается между государством и юридическим лицом, конечными бенефициарными собственниками (контроллерами) которого являются



физические (юридические) лица резиденты этого же государства [17], в связи с чем возникает вопрос о возможности применения концепции «снятия корпоративной вуали» (piercing of corporate veil).

В-пятых, государства довольно часто ссылаются на невозможность участия в арбитражном разбирательстве в связи с тем, что не исчерпаны все внутренние средства защиты (Exhaustion of Local Remedies Concept – ELR). Сущность этой концепции заключается в закреплении на нормативном и/или договорном уровне правил, направленных гарантировать право государства на разрешение определенных споров (восстановление нарушенных прав), прежде всего, в рамках национальной правовой системы и ее юрисдикционных механизмов. В то время как обращение к любым региональным или международным судебным (широкого применения концепция ELR получила в практике ЕСПЧ и вообще в сфере защиты прав человека [18]) и арбитражным институтам становится возможным только при условии исчерпания внутренних средств защиты. Учитывая правовую природу международного коммерческого арбитража и практику участия государства в лице его органов в разрешении соответствующих коммерческих споров, ссылки на предостережение об ELR больше присущи разрешению инвестиционных споров, поскольку в них государство всегда выступает одной из сторон. При этом исследователями подчеркивается, что в международном инвестиционном праве без анализируемого правила обычно обходились, поскольку государства заключали инвестиционные соглашения, согласно которым давали предварительное согласие на разрешение споров

в порядке международного арбитража с иностранными инвесторами. Такая практика, в свою очередь, толковалась как право инвестора инициировать арбитражное разбирательство без предварительного обращения к национальным административным или судебным органам соответствующего государства, чему также способствовали полномочия арбитражных судов для решения вопроса о собственной юрисдикции и предоставления разрешения иностранным инвесторам на обход местных юрисдикционных механизмов. Несмотря на это в последние годы актуальность исследования проблематики применения государствами предостережения об ELR растет: отдельные государства, среди которых Аргентина, Индия, Румыния, Турция, ОАЭ и Уругвай вернули в текст соответствующих инвестиционных соглашений требование о необходимости предварительного исчерпания внутренних средств разрешения инвестиционных споров, побуждая к аналогичным действиям другие страны [19]. В практике разрешения инвестиционных споров с участием Украины такие возражения имели место в деле *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine* [20].

В-шестых, отдельного внимания заслуживают вопросы участия государства (его органов и государственных предприятий) и его правосубъектности в арбитражных соглашениях по разрешению споров, вытекающих из международных инвестиционных соглашений, где в частности, следует учитывать такие аспекты как: 1) необходимость обеспечения юридического основания, чтобы государство – участник рассмотрения безусловно и безотзывно отказывалось от иммунитета в отношении имущества, которое существует на данный момент и

будет существовать в будущем; 2) исключение и/или ограничения заявления и рассмотрения аргументов группы *forum non conveniens*; 3) обязательства по распространению отказа от иммунитета на все аспекты арбитражного разбирательства: подтверждение признания юридической силы решения и его обязательного для сторон характера, отсутствия возражений на этапе процедуры признания и приведения в исполнение, собственно относительно самого процесса исполнения (в т. ч. принудительного); 4) необходимость обеспечения решения государства о выделении соответствующих активов, достаточных для того, чтобы выполнить обязательства, вытекающие из арбитражного решения; 5) необходимость обеспечения выбора права при решении вопроса юрисдикции и другие вопросы [21].

Выводы. Подытоживая проведенное исследование, следует сделать вывод, что анализ арбитрабельности споров, которые передаются на рассмотрение и разрешение международного коммерческого арбитража по субъектному критерию является не менее важным, чем анализ по предметному критерию. Очерченный в этой статье круг вопросов, которые следует учитывать при решении спора, конечно, часто зависит от того, на каком этапе возникает вопрос правосубъектности юридических лиц публичного права на участие в арбитражных соглашениях и арбитражных разбирательствах. Вместе с тем, как показывает практика рассмотрения и разрешения международных коммерческих и инвестиционных споров с участием государств и государственных органов, юрисдикционные возражения, в частности касающиеся правосубъектности государства или



его органов на подписание арбитражного соглашения возникают уже на стадии принятия дела к рассмотрению и открытия производства.

Список использованной литературы

1. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). United Nations Organization. URL: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-convention/New-York-Convention-E.pdf>.
2. European Convention on International Commercial Arbitration. Geneva, 21 April 1961 Treaty Collection. United Nations Organization. URL: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf.
3. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (with amendments as adopted in 2006). The United Nations Commission on International Trade Law. URL: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.
4. Hascher D. T., Commentary on the European Convention on International Commercial Arbitration of 1961. Yearbook Commercial Arbitration. 2011. Vol. XXXVI. P.516. (Pp. 504-562). URL: https://www.arbitration-icca.org/media/4/49305067580462/media113534204360520hascher_commentary_on_the_european_convention_1961.pdf.
5. Status of the European Convention on International Commercial Arbitration (Geneva, 21 April 1961) : Declarations and Reservations. Notification. United Nations Organization. Treaty collection. URL: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=en#8.
6. Judgment of 28 June 1978: Case of König v. Germany: Apl. № 6232/73. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57512>.
7. Hóber K. Arbitration Involving States // Lawrence W. Newman, Richard D. Hill The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration 3rd ed. New York : Juris Publishing, 2014. 1079 p.
8. Judgment of June 8, 2011: Case of URL :Democratic Republic of the Congo v FG Hemisphere Associates. The Court of Final Appeal of the Hong Kong Special Administrative Region. URL: http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/congo_et_al_v_fg_hemisphere_associates_llc_facv_no_5-7_of_2010.pdf.
9. Judgment of November 18, 1980: Case of Birch Shipping Corporation v. Embassy of the United Republic of Tanzania. United States District Court, District of Columbia. URL: <http://www.uniset.ca/other/cs3/507FSupp311.html>
10. Lauterpacht E. International Law Reports. 1982. Vol. 63. P. 524-529.
11. Judgment of 14 December, 2011 : Case of Figueiredo Ferraz v. Republic of Peru. United States Court of Appeals, Second Circuit. https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/09-3925/09-3925.combined_opn-2011-12-14.html.
12. Latvian Arbitration Law as of November 28, 2014. URL: http://vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/Arbitration_Law.pdf.
13. Belgian Judicial Code as of October 10, 1967 (amended June 19, 2019). : URL: <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/1967/10/10/1967101057/justel>.
14. Tunisian Arbitration Code as of April 26, 1993 No. 93-42. Publications de l'Imprimerie Officielle de la République Tunisienne. URL: <https://www.droit-afrique.com/uploads/Tunisie-Code-2017-arbitrage.pdf>.
15. Arbitrability: International and Comparative Perspectives. Ed. by Mistelis Loukas A. and Brekoulakis L. Stavros. New York : Kluwer Law International, 2009. 408 p.
16. Fouchard P., Gaillard E. Goldman B. On International Commercial Arbitration. New York: Kluwer Law International, 1999. pp. xxxvii. 1280 p.
17. Award of June 29, 2007: Case of Tokios Tokelés v. Ukraine. International Centre for Settlement of Investment Disputes. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0866.pdf>.
18. D'Ascoli S., Scherr K. M. The Rule of Prior Exhaustion of Local Remedies in the International Law Doctrine and its Application in the Specific Context of Human Rights Protection. URL: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6701/LAW_2007_02.pdf.
19. Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law. IISD Best Practices Series - January 2017. URL: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf>
20. Award of September 15, 2003 : Case of Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine. International Centre for Settlement of Investment Disputes. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>.
21. Міжнародний інвестиційний арбітраж : деякі тенденції та досвід України. К. : Юстиніан, 2012. 312 с.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Владимир Иванович
НАГНИБЕДА,
кандидат юридических наук,
доцент, доцент кафедры
международного и европейского
права Хмельницкого
университета управления и
права имени Леонида Юзькова;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Vladimir Ivanovich
NAGNYBEDA,
Candidate of Science in Law,
Associated Professor, Assistant
Professor of the Department of
International and European Law
of Khmelnytskyi University of
Management and Law after the
name of Leonid Uzkov;
v.nagnybida@gmail.com



УДК 344.13

ИСТОРИКО-СРАВНИТЕЛЬНЫЙ ОЧЕРК УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НЕПОВИНОВЕНИЕ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ

Юрий ШАПОШНИКОВ

аспирант кафедры уголовного права №2

Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

В статье проводится анализ возникновения и дальнейшего усовершенствования уголовно-правовой нормы, предусматривающей ответственность за неповиновение военнослужащего приказам начальника. Осуществлен историко-сравнительный экскурс к памятникам военно-уголовного права, действовавшим на территории современной Украины.

Доказано, что развитие военно-уголовного законодательства в большей мере связано с усилением военного потенциала государства, что привело к возникновению потребностей в расширении своих территориальных границ.

Условием возникновения уголовно-правового запрета на невыполнение приказов начальника (неповиновения) явилось создание регулярной армии по европейскому образцу, основанной на принципе полного единоначалия командиров.

Ключевые слова: неповиновение, невыполнение приказа, порядок подчиненности, военнослужащий.

A HISTORICAL AND COMPARATIVE SKETCH OF CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR DISOBEDIENCE BY LAW OF UKRAINE

Yuri SHAPOSHNIKOV

Postgraduate Student of the Department of Criminal Law №2
of Yaroslav Mudryi National Law University

The article analyzes the occurrence and further improvement of the criminal law norm, which provides for liability for disobedience of the military serviceman to the orders of the chief. A historical and comparative excursion to the monuments of military criminal law, were operating in the territory of modern Ukraine, was carried out.

It is proved that the development of military criminal legislation is more related to the strengthening of the military potential of the state, which led to the emergence of needs to expand its territorial borders.

The prerequisite for a criminal law ban on failure to comply with the orders of the chief (disobedience) was the creation of a regular army on the European model, based on the principle of complete unity of command.

Keywords: disobedience, failure to comply with an order, subordination order, military man.

ANALIZA ISTORICĂ ȘI COMPARATIVĂ A LEGISLAȚIEI UCRAINEI PRIVIND NERESPECTAREA ORDINELOR

Articolul analizează apariția și îmbunătățirea ulterioară a normei de drept penal, care prevede răspunderea pentru nerespectarea militarului a ordinelor. A fost realizată o incursiune istorică și comparativă ale monumenteleor dreptului penal militar, care operează pe teritoriul Ucrainei moderne.

Este dovedit că dezvoltarea legislației penale militare este mai mult asociată cu întărirea potențialului militar al statului, ceea ce a dus la apariția unor nevoi de extindere a granițelor sale teritoriale.

Condiția necesară pentru interdicția legii penale pentru nerespectarea ordinelor șefului (neascultarea) a fost crearea unei armate regulate pe modelul european, bazată pe principiul unității complete a comenzii.

Cuvinte-cheie: neascultare, nerespectarea unei comenzi, ordin de subordonare, om militar.

Постановка проблемы. Анализ исторических памятников права дает возможность проследить развитие уголовного законодательства в сфере ответственности за неповиновение в своей историче-

ской ретроспективе, определить закономерность, периодизацию, генезис и перспективы дальнейшего развития. Изучение истории позволяет получить более полные и объективные данные о признаках и динамики законо-

дательного развития уголовно-правовой нормы, устанавливающей ответственность за весьма распространенное воинское преступление - неповиновение.

Актуальность темы исследования. Подтверждается



степенью нераскрытости темы в связи с небольшой численностью научных публикаций по данной проблематике.

Состояние исследования. Научным анализом вопросов уголовной ответственности за воинские преступления осуществлялись многими отечественными учеными. Среди них следует отметить П.П. Богущкий, В.П. Бодаевский, В.К. Грищук, М.И. Карпенко, М.И. Мельник, В.А. Навроцкий, М.И. Панов, М.И. Хавронюк, С.А. Харитонов, Г.И. Чангули.

Целью и задачей статьи является исследование возникновения и динамики развития правовой нормы, устанавливающей уголовную ответственность за умышленное невыполнение военным приказом начальника (неповиновение).

Изложение основного материала. Знание истории своей страны, ее правовых памятников дает возможность не только окунуться в глубь веков, но и понять исторические основания появления того или иного уголовно-правового запрета. История отечественного законодательства и отдельных его отраслей, включая и уголовное право, охватывает большой многовековой период, начиная с образования Киевской Руси, содержит богатый фактический материал, «она дает ключ к пониманию и оценке действующего права в целом и в частности». [1, 8]

Впервые норма, предусматривающая уголовную ответственность за невыполнение приказа, появилась в 1607 г. в «Уставе ратных, пушечных и других дел, касающихся до воинской науки». [2, 9] Все воинские преступления, предусмотренные данным Уставом, были разделены на две основные группы:

нарушение специальных обязанностей воинской службы и нарушение общеуголовные, но которые были связаны с выполнением обязанностей воинской службы. К первой группе были отнесены такие преступления, как: непослушание и невыполнение приказа; самовольное оставление службы; допуск к пушке и др. Ко второй группе общеуголовных преступлений были отнесены: разорение мельниц; ограбления церквей; разорение, грабеж населения и др. Непослушание и невыполнение приказа относились к категории менее важных преступлений, за которые было не предусмотрено конкретное наказание. [3, 7]

Совершенствование и развитие военно-уголовного законодательства связано с усилением военного потенциала государства, обусловленным потребностями ведения военных действий, направленных на расширение территориальных владений, получения выхода к морю. Эти процессы связаны с военными реформами Петра I, который начал создавать новую регулярную армию по западно-европейскому образцу. В основу ее была положена всеобщая воинская повинность, обучение и воспитание войск, централизованное руководство и единоначалие, жесточайшая воинская дисциплина. В качестве правового средства решения этих задач использовалось военно-уголовное законодательство. Первыми самостоятельным и достаточно полным военно-уголовным кодексом было Уложение фельдмаршала Б. Шереметьева 1702 г. «Уложение или право воинского поведения генералов, средних и малых чинов и рядовых солдат». В нем сохранился развернутый перечень преступлений в сфере уставных

взаимоотношений между военнослужащими. Преступления в сфере порядка воинской подчиненности и чинопочитание включали в себя составы невыполнение приказа, сопротивление начальнику, принуждение начальника к нарушению обязанностей военной службы, оскорбление начальника на словах и действием, угроза оружием начальнику, насильственные действия в отношении начальника, убийство начальника.

В период реформ Петра I была предпринята попытка кодификации военно-уголовных норм. 30 марта 1716 г. Петром I был утвержден «Воинский устав», состоящий из четырех частей. Составной его частью (часть II) был «Артикул воинский с кратким толкованием», который фактически представлял собой военно-уголовный кодекс. Через несколько лет (1720 г.) принимается «Морской устав», в основу которого было положено нормы «Артикула воинского», которые были изменены с учетом службы в военно-морском флоте. «Артикул воинский» был тщательно систематизированный и детализированный свод военно-уголовных норм и состоял из 209 артикулов (статей). Субъектами преступлений сначала признавались только военнослужащие, а затем Артикул был распространен и на гражданских лиц, главным образом из военного ведомства. [4, 266-285]

К числу преступлений в сфере порядка подчиненности и соблюдения воинской чести относились: а) невыполнение приказа (арт. 18, 27, 28, 50); б) обсуждение приказов начальника (арт. 29); в) бунт (арт. 137) г) сопротивление начальнику или иным лицам при исполнении обязанностей военной службы (арт. 24,



25, 26, 45, 46); д) принуждение к нарушению обязанностей военной службы (арт. 119) е) оскорбление начальника (арт. 21, 22, 25, 26); ж) угроза начальнику насильственными действиями (арт. 26, 36); з) насильственные действия в отношении начальника (арт. 24, 25, 26).

Анализ указанных выше многочисленных норм, охранявших установленный порядок подчиненности и воинской чести военнослужащих, позволяет сделать вывод о том, что случаи нарушения этого порядка в то время имели место довольно часто, и законодатель был вынужден не только нормативно оформить систему рассматриваемых преступлений, но и предусмотреть достаточно жесткие наказания за их совершение (казнь простая, казнь квалифицированная - четвертование, колесование, шпицрутены и др.). Военно-уголовное и уголовно-исполнительное законодательство петровского времени, как отмечает А. А. Толкаченко, было предназначено для достижения политических, военных и других целей любой ценой. [5, 21]

В 1812г. было издано Полевое уголовное уложение, что дополнило Воинский артикул и отменило действие ряда его разделов. Уложения систематизировало в себе воинские преступления, совершение которых возможно только в военное время, поэтому его нормы действовали только во время войны, в мирное же время продолжали действовать Артикулы Петра I. В отличие от Воинского артикула, Уложения применялось только в военных судах, что указывает на стремление законодателей начале XIX в. к созданию узкоспециализированного военно-уголовного законодательства. [6, 54]

Следующим этапом развития уголовного законодательства, предусматривающего ответственность за преступления против порядка подчиненности и воинских уставных взаимоотношений, следует назвать издание в 1869 г. трех военно-уголовных уставов: Военно-Судебного Устава (1867 г.), Устава Военного о наказании (1868 г.), и Дисциплинарного Устава (1869 г.), которые текстуально находились в книге 12 «Свода военных постановлений» (1869г.). [7, 32] Следует отметить, что при квалификации преступлений против порядка подчиненности и чинопочитания возможно было применение общеуголовных законов в тех случаях, когда они предусматривали более строгое наказание чем Устав Военный о наказании. [8, 42] С точки зрения П. Заусцинского Устав Военный о наказании в статьях, касающихся преступлений против порядка подчиненности и чинопочитание, был, как достаточно демократичным, так и слишком суровым. Подчиненный отвечал за выполнение преступного приказа начальника только в случаях, когда он превысил его. С другой стороны Устав позволял строго наказывать военнослужащих вплоть до смертной казни с лишением всех прав и состояний. [9, 63]

Необходимо отметить, что «Устав Военный о наказаниях, даже в его первоначальной редакции, в отличие от ранее действовавшего военно-уголовного законодательства, требовал от подчиненного доложить о своих сомнениях начальнику и обязательно выполнять его приказ при повторной отдаче, что, безусловно, представляет собой прогрессивное явление военной уголовно-правовой мысли того времени». [3, 8]

Устав Военный о наказаниях, который вошел в книгу 12 Свода военных постановлений 1869 г. просуществовал в новых редакциях с 1875 г. до октября 1917 г.

Следующим периодом истории военно-уголовного законодательства является так называемый советский период. Его характерной особенностью является отказ от самостоятельности военно-уголовного законодательства как отрасли права. Нормы, предусматривающие ответственность за воинские преступления и правонарушения вместе с общеуголовными преступлениями были составной частью единого законодательного акта и опирались на системные положения Общей части. Такая новелла законотворчества была, безусловно, более прогрессивной. [10, 204-207]

Уголовный кодекс УССР 1922г. содержал отдельную главу VII, в который были сосредоточены все воинские преступления. Первый Уголовный кодекс Украины наряду с понятием воинского преступления предусматривал три состава преступлений против порядка подчиненности и воинской чести - оскорбление подчиненным своего начальника, невыполнение приказа и сопротивление выполнению приказа.

Этот нормативный акт просуществовал до 1927 г., до вступления в силу следующего уголовного кодекса, основанного на положениях «Основных принципов уголовного законодательства СССР и союзных республик» и «Положении о воинских преступлениях». Следует отметить, что глава, в которой была предусмотрена уголовная ответственность за воинские преступления, осталась без изменений.



27 июля 1927 г. вступило в силу новое «Положение о воинских преступлениях», в котором было добавлены новые составы преступлений против порядка подчиненности и воинской чести, а именно: принуждение к нарушению обязанностей по воинской службе (ст. 4) оскорбление одним военнослужащим другого, если они находятся в отношениях подчиненности или старшинства (ст. 6). Этот нормативно-правовой акт с соответствующими изменениями просуществовал до принятия в 1958 г. Закона «Об уголовной ответственности за воинские преступления».

Следует отметить, что во время второй мировой войны, вступали в силу законы и подзаконные нормативно-правовые акты, которые существенно влияли на границы уголовной ответственности за воинские преступления. Так, положение ЦИК и СНК «О воинских преступлениях» расширило круг субъектов этих преступлений путем приравнивания к военнослужащим работников милиции, пожарной военизированной охраны, военизированной охраны, состава тылового ополчения и трудовых частей, особого состава исправительно-трудовых учреждений, учащихся летных школ гражданского флота, вооруженного резерва Наркомата путей сообщения, начальствующего состава гражданско-воздушного флота, работников железнодорожного транспорта, морского и речного флота. [11; 12; 13]

Положения, которые содержал Закон «Об уголовной ответственности за воинские преступления» в дальнейшем нашли свое закрепление в УК Украинской ССР 1960 г.

Глава XI УК Украинской

ССР 1960 г. содержала 36 составов воинских преступлений наряду со статьей 231, в которой было дано понятие воинского преступления и круга лиц, на которых распространяется действие этой главы. Преступления против порядка подчиненности и воинской чести насчитывали 7 составов: неповиновение (ст. 232); невыполнение приказа (ст. 233), сопротивление начальнику или принуждение его к нарушению служебных обязанностей (ст. 234); угроза начальнику (ст. 235); насильственные действия в отношении начальника (ст. 236); оскорбление подчиненным начальника или начальником подчиненного (ст. 237); нарушение уставных правил взаимоотношений между военнослужащими при отсутствии между ними отношений подчиненности (ст. 238).

Состав неповиновения был сформулирован следующим образом: «Неповиновение, то есть открытый отказ выполнить приказ начальника, а равно иное умышленное неисполнение приказа». Статья содержала четыре квалифицирующих признака: причинение тяжких последствий, совершение группой лиц, совершение в военное время, совершение в боевой обстановке. Неповиновение, совершенное в военное время или в боевой обстановке, в качестве альтернативного наказания предусматривала смертную казнь, что в дальнейшем на основании Решения Конституционного Суда Украины от 29.12.99 г. № 11-рп / 99 было признано не соответствующим Конституции Украины и через некоторое промежуток времени в качестве альтернативного вида наказания за неповиновение было предусмотрено пожизненное лишение свободы.

Действующий УК Украины, оставил формулировку «неповиновения» в редакции 1960г., при этом содержит дополнительный квалифицирующий признак – совершение преступления в условиях особого периода и отказался от применения за неповиновения самого сурового вида наказания – пожизненной лишение свободы.

Выводы. Несомненно, неповиновение является одним из самых общественно опасных воинских преступлений, подрывая воинскую дисциплину и правопорядок, данное деяние непосредственно влияет на боеготовность воинского подразделения, что, в конечном счете, приносит ущерб обороноспособности государства в целом.

Список использованной литературы

1. Таганцев Н.С. Лекции по русскому уголовному праву. Часть общая. Санкт-Петербург: Гос.тип., 1887. Вып 1. 394 с.
2. Алексеев Н.С. Ответственность за уклонение от военной службы в истории русского права и в советском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. ЛГУ, 1950. 17 с.
3. Сидоренко В.Н. История развития военно-уголовного законодательства об ответственности за неисполнение приказа // Военно-уголовное право. 2005. №2 С. 5-12
4. Хрестоматия по истории государства и права СССР. Дооктябрьский период / Под ред. Ю.П. Титова, О.И. Чистякова. М., 1990. 480 с.
5. Толкаченко А. А. Становление и развитие системы исполнения уголовных наказаний в России (военно-пенитенциарные аспекты). М, 1997. 285 с.
6. Бобровский П.О. Военное право в России при Петре Великом. Ч. П. Вып. 2. СПб., 1886. 808 с.
7. Свод военных постановлений, 1869 года. 4-е изд. (по 1 янв. 1913 г.). Санкт-Петербург : Гос. тип., 1913. Кн. 12. 56 с.



8. Мушников А. Особенная часть русских военно-уголовных законов. Конспект курса для Военно-юридической академии. - Спб., 1890. 348 с.

9. Заусцинский П. Воинский Устав о наказаниях и Устав Дисциплинарный. - Спб., 1906. 236 с.

10. Харитонов С.О. Исторично-порівняльний нарис кримінальної відповідальності за військові злочини// Електронне наукове фахове видання порівняльно-аналітичне право №3. ДВНЗ «Ужгородський національний університет», 2017. С.204-207

11. О введении военного положения на всех железных дорогах : Указ Президиума Верхов. Совета

СССР от 15.04.1943. Ведомости Верховного Совета СССР. 1943. 18 апр. (№ 15).

12. О введении военного положения на морском и речном транспорте: указ Президиума Верхов. Совета СССР от 09.05.1943. Ведомости Верховного Совета СССР. 1943. 12 мая (№ 18).

13. Об ответственности начальника и рядового состава военизированной охраны предприятий и военизированной пожарной охраны НКВД СССР за преступления по службе : Указ Президиума Верхов. Совета СССР от 27.01.1944. Ведомости Верховного Совета СССР. 1944. 3 февр. (№ 6).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Юрий Вадимович
ШАПОШНИКОВ,
аспирант кафедры уголовного
права №2 Национального
юридического университета
имени Ярослава Мудрого;

INFORMATION ABOUT THE
AUTHOR

Yurii Vadimovich
SHAPOSHNIKOV,
Postgraduate Student of the
Department of Criminal Law №2
of Yaroslav Mudryi National Law
University;
shapaenergy@gmail.com