

„JURNALUL JURIDIC NAȚIONAL:
TEORIE ȘI PRACTICĂ” S.R.L.
Publicație științifico-practică de drept
„НАЦИОНАЛЬНЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ:
ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА” O.O.O.
Научно-практическое правовое издание
„NATIONAL LAW JOURNAL:
THEORY AND PRACTICE” L.L.C.
Scientific and practical Publication in law

Certificat de înregistrare nr. 1013600031111 din 30.09.2013
eliberat de Camera Înregistrării de Stat

ISSN 2345-1130

Revistă inclusă în Registrul Național al revistelor științifice de profil prin hotărârea comună nr. 158 din 26.10.2017 a Consiliului Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică și a Consiliului Suprem pentru Acreditare și Atestare al AȘM.

Revista este inclusă în baza științifică internațională Index Copernicus International (Republica Polonă)

Tipul C

Журнал включен в Национальный реестр профильных научных журналов совместным решением № 158 от 26.10.2017 Высшего совета по науке и технологическому развитию и Высшего Совета по аккредитации и аттестации Академии наук Молдовы.

The magazine included in the national register of scientific magazines profile of joint decision nr. 158 of 26.10.2017 of the Supreme Council for Science and Technological Development and the Supreme Council for Accreditation and Attestation of Academy of Sciences of Moldova.

Fondatori:

**Instituția Privată de Învățământ
Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată
Întreprinderea cu capital străin «Demsta» S.R.L.**

Se editează din martie 2013

Nr. 2(36) 2019

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

Redactor științific O. Bejan, doctor în drept

Colegiul de redacție:

G. Alecu, doctor în drept, prof. univ., (Constanța, România);
P. Biriukov, doctor în științe juridice, profesor (Voronej, Federația Rusă); *V. Bujor*, doctor în drept, prof. univ.; *G. Costachi*, doctor habilitat în drept, prof. univ.; *N. Egorova*, doctor în științe juridice, profesor (Volgograd, Federația Rusă); *I. Guceac*, doctor habilitat în drept, prof. univ., membru corespondent al AȘM;
V. Guțuleac, doctor în drept, prof. univ.; *I. Iașenko*, doctor în științe juridice, profesor, academician (Moscova, Federația Rusă); *E. Haritonov*, doctor în științe juridice, profesor, membru corespondent al AȘ din Ucraina (Odesa, Ucraina); *V. Șepitko*, doctor în științe juridice, profesor, membru corespondent al AȘ din Ucraina (Harkov, Ucraina).

Adresa redacției: Casa Presei, et. 5, of. 512,
str. Pușkin 22, mun. Chișinău, MD-2012, Republica Moldova
Tel.: 022-233790

E-mail: jurnaljuridic@mail.ru
Pagina Web: jurnaljuridic.md

SUMAR

Alexandru ARSENI. Integrity of elections – a principle edifying the legitimacy of the state representative power.....	4
Alina IORDACHESCU. Libertatea Conștiinței relevată prin hotărârile Curții Constituționale din Republica Moldova în domeniul vaccinării profilactice sistematice.....	14
Ion FRUNZE. Conflictul armat intern în dreptul internațional umanitar	19
Nicolae V. DURĂ. Despre libertatea religioasă și regimul ei juridic. Considerații și evaluări	25
Cătălina MITITELU. Reglementări ale dreptului roman, privind instituția căsătoriei, exprimate și comentate în „decretum gratiani”	32
Olena DZABURIYA. Organizational forms of advocacy related to the creation of a legal entity: some problem aspects.....	36
Andrey KOVALENKO. Interaction of police and other law enforcement bodies in the field of prevention and infringement of crime	41
Lilia GÎRLA, Costică MOȚOC. Protecția juridico-penală a secretului profesional al avocatului.....	45
Vitalie JITARIUC. Unele particularități ale efectuării acțiunilor de urmărire penală în privința și cu participarea victimelor infracțiunii de trafic de ființe umane	51
Евгений Владимирович КИЗИМЕНКО. Особенности индивидуальных мер предотвращения незаконного обращения с оружием, боевыми припасами или взрывчатыми веществами в Украине.....	57
Максим МАКСИМЕНЦЕВ. Общемировое измерение преступности в сфере недропользования: проявления и криминогенные связи	62
Елена СОЛДАТЕНКО, Александр ЮНАЦКИЙ. Исследование доказательств в суде Апелляционной инстанции в уголовном производстве Украины	67
Rodica Diana APAN. Procedural subject matter jurisdiction of romanian courts of law in disputes involving professionals.....	73
Vera URSU. Particularitățile subiectului infracțiunilor legate de insolabilitate	80
Alexandru PRISAC, Angela CORJAN. Procedura încuviințării spitalizării forțate și a tratamentului forțat	86
Nikolay VESELOV, Diana CHABANENKO. Delictological characteristic of personality of juvenile offender.....	89

Drept constituțional

CZU: 342.8

INTEGRITY OF ELECTIONS – A PRINCIPLE EDIFYING THE LEGITIMACY OF THE STATE REPRESENTATIVE POWER

Alexandru ARSENI,
Moldova State University

Poporul suveran își poate exercita dreptul său natural și inalienabil de a legifera, delegându-l unor reprezentanți desemnați după proceduri electorale. Problema care s-a pus și se pune este de a găsi un mecanism juridico-statal cât mai eficace în a realiza acest scop, fără a atenta la suveranitatea națională. Practica contemporană constituțională a dat răspuns la această întrebare prin elaborarea și argumentarea sistemelor electorale capabile să nu rupă această legătură dintre suveranitatea națională și reprezentare. Urmează să elucidăm dacă modificarea sistemului electoral în Republica Moldova se încadrează în această armonie.

Cuvinte-cheie: suveranitate; reprezentare; putere de stat; onestitate; alegeri; vot; concurent electoral; scrutin; sistem majoritar; sistem proporțional; sistem mixt.

The sovereign people can exercise their natural and inalienable right to legislate by delegating them to appointed representatives after electoral procedures. The question has been and is to find a more effective legal-state mechanism to achieve this goal without addressing national sovereignty. Contemporary constitutional practice has responded to this question by elaborating and reasoning electoral systems capable of not breaking the link between national sovereignty and representation. We are going to clarify whether the modification of the electoral system in the Republic of Moldova is in harmony with this.

Keywords: sovereignty; representation; state power; integrity; elections; vote; electoral contestant; elections; majority system; proportional representation; mixed system.

PROBITÉ DES ÉLECTION – PRINCIPE ÉDIFICATEUR DE LA LÉGITIMATION DU POUVOIR D'ÉTAT PAR REPRÉSENTATION

Le peuple souverain peut exercer son droit naturel et inaliénable de légiférer le déléguant aux représentants désignés après les procédures électorales. Le problème qu'on a mis et qu'on met consiste à trouver un mécanisme juridique et de l'État plus efficace de réaliser ce but, sans attenter à la souveraineté nationale. La pratique constitutionnelle contemporaine a donné une réponse à cette question en élaborant et argumentant les systèmes électoraux capables de conserver cette liaison entre la souveraineté nationale et la représentation. Il s'ensuit à tirer au clair si la modification du système électoral en République de Moldova s'inclue dans cette harmonie.

Mots-clefs: souveraineté; représentation; pouvoir d'État; probité; élections; vote; concourant électoral; scrutin; système majoritaire; système proportionnel; système mixte.

Annotation. Both conceptually and legally, the idea is that the will of the people constitutes the basis of state power, will expressed through elections through universal, equal, direct, secret and free expression. In conjunction with the principle of national sovereignty, also exercised through representation, this idea presents a vivid interest in the constitutional doctrine due to practical significance for the whole society.

These social relations are governed by the norms of the constitutional law, as they directly address the complex phenomenon of establishing, maintaining and exercising the state power. Obviously, they become the object of research for the scientific discipline Constitutional Law.

This doctrinal field is the subject of research for all constitutionalists trained either in science or in universities. We will mention the national constitutionalists: I.Guceac, V.Popa, T.Cârnaț, the author of this article; Romanian constitutionalists: I.Deleanu, I.Muraru, E.S. Tanasescu, G.Vrabie; French constitutionalists: P.Pactett, etc.

A special topic in the entire electoral process is the poll or the electoral system for distribution of the mandates of deputies on the basis of votes obtained in the elections. The constitutional doctrine and practice has two types of voting: a) majority; b) proportional representations (list).

By combining elements of both types, the mixed system was born.

The Republic of Moldova has practiced both classic types. Thus, the Parliament of Independence (1990-1994) was elected on the basis of the uninominal majority vote with two types of ballot. Then the Law of October 14, 1993 went to the vote of the representation of proportionality (list). After this type, the subsequent Parliaments, including the present one, were elected.

Recently, the Parliament of the Republic of Moldova, by Law no.154 of 20.07.2017 [1], art.73 paragraph (2) stipulates that Parliament's elections are made on the basis of a mixed (proportional and majority) voting system in a national constituency and in uninominal constituencies.

This new normative regulation obviously has become the object of research for constitutionalists, and all aspects of the problem will be subject to analysis.

The purpose of the paper is to explain the process of applying this mixed voting system as a legal process of the legitimacy of the state power by ensuring the authenticity of national sovereignty exercised through representation.

Constitutional and conceptual definitions. According to Article 2 paragraph (1) of the Constitution of the Republic of Moldova, "National sovereignty belongs to the people of the Republic of Moldova, exercising it directly and through its representative bodies, in the forms established by the Constitution" [2]. And Article 60 paragraph (1) stipulates that "the Parliament is the supreme representative body of the people of the Republic of Moldova ...".

The syllogism ends with the provisions of Article 38 paragraph (1), according to which "The will of the people is the basis of the state power".

This will is expressed through free elections that take place regularly through universal, equal, direct, secret and free expression.

We propose to report these constitutional provisions with similar regulations from the Universal Declaration of Human Rights to which the Republic of Moldova joined in July 1990 [3]. Thus, according to Article 21 paragraph

(1) "The will of the people is the basis of state power, this will must be expressed through honest, universal, equal suffrage, and secret vote ...".

Therefore, we observe the identity of the regulations, except for the absence of the phrase "honest choice" in Article 38 paragraph (1) of the Constitution. But this does not mean that the elections in the Republic of Moldova should not be "honest". Here are the provisions of Article 4 of the Constitution according to which: In the issue of human rights, priority is given to international regulations in relation to national ones.

The scope of the phrase "honest choice" refers to

the entire electoral process as a whole. Against this backdrop, the principles of the right to vote are found, namely: universal, equal, direct, secret and free expression. Due to this cardinal function, we believe that we are in the presence of a fundamental principle of electoral law that we will call *the principle of integrity*.

If the other principles of the right to vote are broadly analyzed and exposed in the literature, then this principle is mentioned only in passing, as a mere provision. For these reasons, we allow to formulate a possible definition of the "principle of integrity."

We consider that *the principle of integrity of elections means the obligation of the state to ensure the respect of the dignity of the human personality by excluding in the electoral process manipulation, pressure on the electorate, and in case of their manifestation, as well as falsification of the results of the voting, undertaking measures to counteract them with sanctioning guilty persons.*

This principle, in conjunction with the principles of the right to vote, fully assures the legitimacy of the state power, a process that falls within the principle of legitimacy of state power.

In this context, "*legitimacy* is a feature, a quality of political and state power, a principle of establishing and justifying the ethical authorities in accordance with legal and moral norms and the recognition by the governors of being led by those who govern. And *the legitimacy of power* is a feature of the state power, which resides in national sovereignty, specific to the state of law and democracy, in which both the Constitution and the state bodies and acts issued by them, are in accordance with the general will and are accepted as such by the entire human society organized in that state "[4]. Respecting this principle makes the will of the people effectively constitute the basis of state power.

The definition proposed for *the principle of integrity* is based on the following considerations:

1. *The principle of dignity of human personality.* The Constitution by means of Article 1 paragraph (3) stipulates among others "the dignity of the person, human rights and freedoms, the free development of human personality are supreme values and they are guaranteed." Or this constitutional stipulation forces all state institutions to guarantee them plenary and unconditionally.

The Constitutionalist Cristian Ionescu mentions that "the authentic character of the democratic exercise is conferred by the material, political and legal guarantees granted by the state for the citizens to exercise freely and fully their sovereign right to participate in the leadership "[5].

During his time, Englishman J.Lock wrote that man delegates certain prerogatives, including state-

sponsorship, which in turn owes him protection and respect.

Among the manifestations with a degree of deception of the voters is the fact, proved by them in the People's Assembly in Comrat. So, at the last election, the Democratic Party did not submit the list of candidates. However, after validating the mandates of independent candidates, many of them, overnight, joined the Democratic Party, a danger to us if Law No. 154 remained in force. Through this manipulation, the voters' will expressed in elections was cynically ignored.

A number of violations of the principle of integrity of elections have been identified by the Constitutional Court at the last presidential election, and addresses also in this respect.

According to the Constitutional Court's decision on the confirmation of the election results and the validation of the mandate of the President of the Republic of Moldova no.34 of December 13, 2016 - pcc-01/139e-34/1-pcc-01/139e-34/6 [6] during the electoral campaign, the competent bodies did not honor their obligations, but were not sanctioned.

In its turn, the Constitutional Court limited itself only to those which were not taken into account in Law no.154.

In our opinion, if the Constitutional Court were to invalidate the elections, then the addresses would force the deputies to take the violations [7].

1. Social destination of elections

In a sociological sense through elections is meant "an action by which citizens select and designate by vote, in accordance with certain procedures, the persons to be members of the governing bodies of a state, a territorial-administrative unit or of an organization or a political party or collegiate body" [8].

In the opinion of the constitutionalist I.Guceac, the election "signifies the procedure of formation of a state body or the investiture of a person with public attributions accomplished by the vote granted by authorized persons in the conditions in which two or more candidates are proposed for obtaining the respective mandate" [9].

In this capacity, the elections, in the view of the doctrinaire I. Guceac, are characterized by the following three specific features: "a) elections legitimize power; b) elections are the barometer of political life; c) elections are a tool for selecting governors" [10].

In his monograph of Electoral Law, the constitutionalist also identifies the following feature, namely: they "represent the means by which political self-confidence of citizens takes place, the political self-organization of civil society, investigating the right of citizens to be active subjects of the governing process".

According to the first feature, the people "select their representatives, and the mandate entrusted transmits powers of attaining sovereignty" [12]. The French constitutional doctrine explains this feature by the following formula: "... there are no legitimate governors, empowered by force of command, than those who are out of free and democratic elections" [13].

We cannot disagree with the opinion of the constitutionalist I. Guceac, according to which, in fact, the elections "... represent the main form of political participation of the citizens, and in the eyes of collective consciousness, they are the main criterion of political democracy" [14].

As a barometer of political life, elections are the arena on which the interests of different visions and programs of government whose experience are political parties and social-political organizations are faced. The election results reflect the influence of these political forces and the aspirations of voters "[15].

As a tool for selecting governors, the elections "create for citizens the opportunity to convey the right to government to persons capable and worthy to rule" [16]. We will add that through the elections, the electoral body determines its national will, which must be the basis of the state power for the realization of the general interest.

In this regard, the principle of national sovereignty was legally formulated in the French Declaration of Human and Citizen Rights of 1789 in accordance with Article 3 "The principle of any sovereignty lies essentially in the nation. No body, no individual, can exercise any authority that expressly does not emanate from it" [17].

In the political and legal circuit of the Republic of Moldova this principle is stipulated in the Declaration of Sovereignty of the Republic of Moldova, according to which "the source and the bearer of sovereignty is the people" [18]. In a broader formula, the essence of the principle is stated in Article 2 paragraph (1) of the Constitution of the Republic of Moldova, according to which the national sovereignty belongs to the people of the Republic of Moldova exercising it directly and through its representatives in the ways established by the Constitution.

In the opinion of the constitutionalist V. Popa, "suffrage" is nothing more than "... an ordinary legal instrument, through which the people exercise their sovereignty" [19]. It is true that the elections have the character of "... designating authorities for the execution of a particular function in person, when it comes to the executive (head of state, etc.) or collegial, when it comes to deliberative assemblies" [20]. So, the people are the "beneficiary" of the suffrage, not the political parties.

In these circumstances, we are in the presence of *competitive elections* in which, the constitutionalist Maurice Duverger, points out that “citizens choose among several candidates, which is the cornerstone of liberal democracy” [21]. And this because it produces an electoral body “an interest that manifests itself through regular participation in the elections, allows it a real option among several possibilities and the realization in this way of its own political vision” [22]. This is precisely the main function of the voting, of elections.

In this context, it is worth mentioning the constitutionalist V. Popa, who believes that the elections, among others:

a) allow the electorate, through the universal, secret and freely expressed vote, to exercise their right to participate in the government ...;

b) confers legitimacy on the political system, the government system ...;

d) being multiple manifestations of will as a whole, constitutes a collective act which approves a team;

f) allow the voters to express their opinion on the activity of the political parties in power and the prospective activity directions;

g) confirms or denies the activity of the elected people, giving them a mandate to act or replacing them with others “[23].

For his part, the constitutionalist T.Cârnaț operates in two statements: “electoral law” and “electoral system”. In the author’s view, electoral law “represents the total legal norms governing the participation of citizens in the process of forming elected central and local state organs, as well as the election of their officials through the rights and freedoms guaranteed by the Constitution of the Republic of Moldova”. And through the electoral system he understands “the procedures used to designate the people’s representation in the bodies of central and local power, while being the way to represent the mandates argued in elections by results” [25].

As far as we are concerned, we consider that “the elections are the free expression of the will of the citizens regarding the designation of the persons with public powers (deputies, senators, heads of state, local councillors, mayors) in the representative bodies of the state based on the realization of the principle of national sovereignty following strictly determined procedures “[26].

The assumptions of the analysis reflect the elections in their procedural designation of representatives. However, in our opinion, the elections are presented primarily as a legal-state mechanism for the delegation of competencies. In this situation, *elections are the legal-state mechanism through which*

the sovereign people delegate their natural and inalienable right to legislate to a body of representatives appointed after electoral procedures

2. Political parties - the main electoral contestant

In the opinion of the constitutionalist V. Popa, in the competition for conquering of the state power “... political parties are the main actors, because this intention of the party actually brought it to the political stage, justifying its appearance” [27].

This truth has been remarked in constitutional studies in the 1930s, as candidates for the position of deputies “are embedded in parties whose programmes have been extensively discussed ... becoming known to everyone in their general value and in their feasibility at the time, and whose previous activity in government and opposition, took place under the eyes of the whole country and could be weighed by all citizens in both its good and bad parts “; the situation it is much easier [28].

The stated concept finds its confirmation in contemporary literature as well. Thus, for example, I.Muraru considers that the candidates for the position of MPs “being proposed by the political parties represent for the electorate more guarantees and clear options” [29].

Article 2 paragraph (1) states that the people in this sense “represents the collectivity of individuals who have the quality of citizenship ... and thereby the ability to participate in the expression of the national will” [30]. So, the expression of national will belongs to the people, not to political parties. The problem is to identify the appropriate forms and methods for a genuine legitimacy of this process.

Political parties, according to the constitutionalist I.Deleanu, have the following functions: “a) By establishing an intermediary body between the people and the power they contribute to the crystallization of the general will and its valorisation as an impulse towards to power; b) They aim to achieve the leadership role of society by conquering power and transforming political programs into government programs; c) The parties contribute to politically informing and educating the citizens and forming their requirements and assessments of power”[31].

As concerning independent candidates, the “elite” and the French constitutional doctrine support the idea that “the people have nothing to do with an elite in which they do not recognize themselves and who, however intelligent they may be, do not understand” 32].

The concept under which we subscribe and, moreover, the decisions in Parliament are adopted with the majority of the votes for which responsibility is as-

sumed, including political responsibility. However, independent candidates “can” form a “majority” on a case-by-case basis, in the absence of responsibility for the adopted decision and its consequences on citizens.

3. Electoral systems

Romanian Constitutionalists I. Muraru and E.S. Tănăsescu are very clear. “Apparently a purely technical problem, the choice of the distribution of mandates is full of political significance with different and nuanced requirements, especially as regards political parties. In explaining these, the notion of voting is particularly useful. By voting (from the latin scrutinium), it is actually understood how the voters designate deputies, senators, counselors, etc.” [33].

Majority voting. In this system are elected deputies, heads of state, councilors, mayors who have obtained the highest valid number of votes. The Constitutionalists, I. Muraru and E.S. Tănăsescu, state that this election has two variants, and namely: “depending on the way of proposing candidates, we distinguish between the *uninominal majority vote* and the *election by list by majority*, and depending on the number of election tours organized to assign the mandates a distinction is made between the majority vote in one or two rounds of voting” [34].

I. The Uninominal vote consists in the voter to vote for a single candidate in an electoral constituency. When the electoral law determines that the mandate is attributed to the candidate who is first after the number of votes obtained, the simple or relative majority is sufficient. This system is practiced in the United States and the United Kingdom, with bipartite systems. The essence consists in the fact that the voter has two alternatives of choice, that is, one of two parties who have submitted their own candidates.

While according to Article 91 paragraph (1) of the Law no. 154, the candidate for the position of deputy in the Parliament in the uninominal constituency is considered elected if he obtained the highest number of validly cast votes.

The long and short of it, we are in the presence of the majority vote with only one ballot.

In the multiparty political system, this system is dangerous, because the “risk” of “getting” for the desired candidate 10 votes more than the other candidates is practically assured, thus falsifying the results of the elections. Under these circumstances, the two-round system (vote), the procedure previously set out, is required.

In countries with multi-partite systems, the two-ballot majority vote is applied. Under the electoral law, it applies when in the first round no candidate has obtained at least 50% plus one vote (absolute majority) on that constituency. As a result, the second ballot

takes place and the first two candidates with the highest number of votes in the ballot are included in the ballot. In this case, the candidate who has obtained the relative majority will be declared deputy.

Advantages and disadvantages of uninominal vote

Advantages. The constitutional doctrine identifies, among other things, the following advantages: a) the fact that each electoral district designates a single representative, is characterized by simplicity. At the same time, it “increases the voter’s understanding of the electoral process, as well as the possibility of social control of elections, all operations beginning and ending at the level of the constituency” [35].

It also creates “at least apparently the possibility of a close connection between the elected and the electorate” [36], questionable, at the same time, on the basis of a representative mandate.

An important aspect of the uninominal majority system is that it leads to “a stable parliamentary majority, a profitable situation for governance techniques” [37].

Disadvantages. At the same time, the doctrine and the practice highlight also disadvantages of the uninominal majority system. This is how we can ascertain the following: “Due to the large number of electoral constituencies, the election involves large expenditures on electoral operations and the structures that organize and conduct these operations.

The resultant parliament “is” more of an elite body, obviously diminishing its political character. It is not the optimal precedent for expressing political pluralism. They can generate a highly dangerous conflict state by ensuring that the party with a relative majority of options holds an absolute majority of mandates. Finally, this system supports the tendency of centralization” [38].

A. The Majority electoral system

The majority electoral system, in the opinion of the constitutionalist I. Guceac, is “based on the principle of majority (form fr. majorité), according to which the candidates who have obtained the largest number of votes are declared elected” [39].

The doctrinaire constitutionalist believes that this system leads to:

“- diminishing the fragmentation of the political spectrum;

- Parliamentary underrepresentation of extremist parties;

- a comfortable majority, so a possibility for government action;

- a stronger link between the MP and its constituency, becoming more attentive to specific local interests” [40].

But even more serious is the assertion that this system is “better suited to states with a younger, less conscious democracy with a less developed political culture ...” [41].

Uninominal vote requires state division into “uninominal constituencies in order to use uninominal vote” [42].

In the constitutional practice, is met the concept “panachage” that “represents the voter’s ability to compose the ballot as he thinks” [43], that is, to vote for candidates selected by himself. We, therefore, notice the voter’s priority rather than the electoral candidate to vote for his representatives in ways that are free from political influence.

Great interest is also given to the “alternative or preferential vote” according to which the voter has the “possibility to change the order of the candidate in the list” [44].

Again, the prerogative belongs to the holder of national sovereignty and not to the political party that presented the list of candidates for the position of deputy.

Advantages and disadvantages of majority electoral system

As far as the advantages of this system, the French constitutionalist Cadart prefers the majority electoral system because they are “more capable of giving the people the power to decide, of designating governors and of choosing their political programs, they allow a democracy with a particularly vigorous viability, giving men and women the maximum power to act as concerning their own fate in the present and the future. This election allows the same voters to exercise maximum control over the chosen people, always and everywhere dangerous, because they have the power to be tempted to abuse them, and the examples of such abuses are frequent” [45].

As far as the form of the electoral system is concerned, T.Cârnaț argues that these are two main categories, namely: “the majority system and the electoral system of proportional representation. All other types are considered to be combinations of different proportions of the mentioned above; being called mixed electoral systems” [46].

The author states the fact according to which “the majority electoral system is considered to be elected on the electoral constituency the candidate or the list of candidates who have accumulated the majority of votes” [47]. In this context, we must mention that the constitutional practice has two main forms of the majority system: “the absolute majority and the relative majority” [48].

The relative majority system, in the opinion of the constitutionalist T.Cârnaț, gives a point to the candi-

date who “has the highest number of votes against any opponent” [49]. It should be noted that this system is used through a single round of voting in bipartite political systems (e.g. the USA, the UK, Germany, etc.).

The absolute majority system, which usually takes place in two rounds, because “the absolute majority of votes” (50% + 1) [50] is required to obtain the mandate. If this result is not accumulated in the first round, it is called the second round of voting, only two candidates from the first round of voting that have accumulated the largest number of votes cast in decreasing numbers are included in the ballot. After the second round, the candidate who has obtained the highest number of votes validly declared will be elected deputy.

B. The electoral system of proportional representation or the election by list by majority

The essence of this system lies in the fact that “the representation of national sovereignty has to represent the true image of all opinions within the nation, opinions which must be represented and valorized in Parliament in the proportion to which they are shared by citizens”.

This system is used in some African countries, with the voter being able to vote for more than one candidate on an electoral roll/ballot. In this case, the practice also knows that the voter has the possibility to modify the list based on two options: a) panachage and b) the preferential vote.

Panachage is in itself the ability of the voter to draw up the list of candidates by selecting candidates from the lists submitted for voting.

The preferential vote gives the voter the right to change the order on the list of candidates submitted to the constituency.

II. The Proportional representation voting system. Proportional representation implies “a list ballot and a single round of voting that allows the assignment of both the majority and minority mandates” [52].

The electoral system of proportional representation is founded on equity, and therefore aims “in the theory of determining the arithmetic relationship between numerical force and political power, in restoring the proportion between representatives and represented” [53].

The system of proportional representation consists essentially of the fact that the citizens attribute to this system a “political character, because the candidates who presented themselves to him/her are grouped according to the opinions, each group presents with his program, consequently the ideas of the program, the political opinions presented to the voters are more important than choosing a person” [54].

The constitutional doctrine considers this system fair, because it allows parties to obtain a number of mandates proportional to their numerical force in proportion to the number of votes they have obtained. And here is an allegorical explanation of the difference between the majority system and the proportional representation: “if five children receive a cake and three of them claim to eat it entirely is a majority system; where each of the five children takes one piece of the cake is a proportional system” [55].

In legal terms, according to the opinion of the French doctrine of Georges Burdeau, “proportional representation is capable of engaging in a genuine manifestation of national will” [56].

Synthesizing the effects of the majority system and of the proportional representation system, the constitutionalist V. Popa mentions that “... their application is made by constitutional regulations and by law, choosing the system that best corresponds to the social-political situation, to the general level of culture of the society, the national temperament and the interests of the ruling political forces” [57].

As far as we are concerned, we believe that the application of one or the other system must be based on how and how effectively the “national sovereignty” is achieved through representation rather than “the interests of the ruling political forces.”

T.Cârnaț considers that the electoral system of proportional representation is “the most democratic method of determining the results of elections” [58]. The reasoning behind this conclusion is that “the mandates in each constituency are redistributed between the parties in accordance with the number of votes accumulated by each party” [59]. This, on the one hand, and, on the other hand, the most important, in our opinion, lies in the fact that the voter finds his choice in the election results. A situation characteristic for pluripartidism. Ex.: the Republic of Moldova.

Advantages and disadvantages of the election of proportional representation

Among the advantages of a proportional representation vote, the constitutional legal doctrine identifies: a) it emphasizes the usefulness of the votes, because in the end all the votes cast are taken into consideration; b) all the opinions, even minority, are represented; c) favors multipartidism, regardless of the size of the parties, and ensures their independence; d) develops a corresponding “photography” of reality, however diverse it may be, expressing different tendencies and currents of opinion, which in fact represents even one of the functions of the poll.

At the same time, the election of proportional representation suffers from some disadvantages, such as:

a) being a list voting, the voter does not express his / her choice for a particular candidate, but for a certain party, regardless of the quality of the people from the list b) the suffrage does not mark the manifestation of the “national will”; c) the parliamentary majority constituted is also conjectural.

However, the election of proportional representation after the expression of a metaphorical doctrinal saying can be the “right key,” but it is not, however, sufficiently “polished”.

C. Mixed electoral systems

The constitutional doctrine determines the essence of mixed electoral systems both in legal and allegorical terms. According to an opinion these systems are based on “... a variable dosage of proportional representation and majority vote and various ingenuity, ensuring more or less homogeneity of the mixture” [60].

And in an allegorical or suggestive sense, when referring to mixed systems, “the legislator acts as a barometer for a cocktail: a proportional representation finger and two of the majority voting or vice versa. In both cases, the inventor is often more satisfied with his mix than the consumer - the voter” [61]. We point out to favour this concept, correct in the end, benefits have political parties and not the voters, which is detrimental to the rule of law and democracy, to national sovereignty.

In the same context, the constitutionalist I.Guceac mentions: “It is precisely these considerations that this” cocktail “, regardless of the efforts made, will not lead to absolutely uncritical results” [62].

An exemplification of the mixed electoral systems is met with the constitutionalist I.Guceac. From the analysis of this exposure, we determine two major categories, namely, historical, that have been applied in various countries and systems applied today.

The first category includes: “The Hare system practiced in Denmark; Cumulative voting system, practiced in Shri Lanka between 1946 and 1947; The “single non-transferable vote” system practiced in Japan between 1902 and 1993” [63].

Mixed systems

A. The system of alliances which in French means “des apparentements”, expresses the alliance “of political parties that appear with related lists.” This system was practiced in France between 1951-1958, that is, until the adoption of the last Constitution. The effect of the system is that if the related lists obtained the absolute majority of votes, they would win all the seats, the mandates in Parliament. And if not, the places were then, spread between the lists according to the principle of proportional representation.

This mode of voting is of interest only for parties as electoral contestants who are involved in the distribution of mandates and not the electorate.

B. German double ballot system. The essence of this system is that each voter has two ballots. With the former he appoints, by the uninominal majority vote, a deputy for his constituency, with the second he pronounces himself for the list of a party, through the proportional representation system. It should be noted that in both cases candidates are proposed by the political parties that are responsible for the government. In this case, the majority vote and proportional representation are cumulated through double voting.

In the case of the double ballot, the will of the electorate is in the interest. But it is practiced in the European Federative States and with the bilateral Parliament.

Currently, in the constitutional practice and the electoral law, the “German system of the double ballot” is practiced as an institution of constitutional law. This system in the literature is also known as the “compensation system” [64]; “Mixed balanced system” [65]; “Proportional personalized representation” [66].

Although the German system of the double ballot was taken over by several states (South Korea, Italy, Japan, Russia, Hungary, Bulgaria etc.) it demonstrated the following disadvantages, summarized by the constitutionalist I. Guceac, and namely:

“- although it is possible to submit lists of candidates who are not affiliated to any electoral association, it is practically impossible to speak about the elections of independent candidates;

- the proportional representation method has priority over the majority one, situation followed by a weak link between the MPs and the electorate;

- “the useful vote” distorts the will of the voter, forcing him to express his / her choice by casting the vote of another electoral association rather than the one he / she prefers in reality. “[67]

By synthesizing the study of matter as a whole, the doctrinaire concludes that “the acceptance of one or other electoral system must be achieved only by taking into account the advantages and disadvantages of each and taking into account the political realities of that state” [68]. It is also necessary to point out the general interest of society in building the rule of law and democracy, the legitimacy of state power.

4. The mixed system in the Republic of Moldova

Until July 21, 2017, during the parliamentary elections in the Republic of Moldova the proportional representation vote (on political party lists) was applied.

By Law No. 154 it passed to the mixed voting sys-

tem (proportional and majority). According to art. 73 paragraph (3) of the Law “In the national constituency, 50 deputies are elected based on the vote of proportional representation. In the uninominal constituencies, 51 deputies are elected on the basis of the majority vote, one from each constituency. “

What concerns the national constituency and the proportional representation vote, then questions do not arise, because the process is known to us. We are going to clarify ourselves with the uninominal constituencies. Article 74, entitled “Electoral Districts”, establishes that parliamentary elections are organized on the basis of 51 uninominal constituencies, including those constituted for the localities on the left bank of the River Nistru (Transdnistria) and abroad.

Paragraph 4, letter (a) of this Article establishes that electoral constituencies will be based on a relatively equal number of voters and will include between 55,000 and 60,000 voters with the right to vote.

This stipulation corresponds to the territorial principle of organizing the elections and to the principle of equality of votes, which implies, besides the fact that each voter has one vote for the election of the same state body and the approximately equal number of voters per constituency.

But, within this article, there are two provisions that put the ethnic criterion in the forefront. Therefore, letter f) establishes that the uninominal constituencies in which the national minorities live shall be constituted taking into account their interests and taking into account the boundaries of the respective administrative-territorial units. These are provisions that cause more chaos than order. We admit that in three neighboring villages there are 15 thousand voters. It is therefore to create an uninominal constituency. Where is the principle of equality stipulated in Article 16 of the Constitution, according to which: all citizens of the Republic of Moldova are equal before the law and the public authorities, including without distinction of ethnic origin?

We are on the same opinion with the provisions of letter g) according to which “the uninominal constituencies on the territory of autonomous territorial unit Gagauzia will be constituted in such a way that they will not exceed the administrative boundaries of the autonomy, at the same time, these constituencies cannot be completed with localities outside the autonomy, taking into account the risk of dilution of the national minority. It was not enough chaos, and there it has been appealed to discrimination against ethnicity.

The stipulations of Article 74 paragraph (5) of Law no. 154 on the constitution of uninominal constituencies abroad the Republic of Moldova are still unclear.

How many uninominal constituencies will be set up and what will be their border? For example, in the uninominal “X” constituency there are 20,000 citizens of the Republic of Moldova with voting rights. Will it be an uninominal constituency, or will it be merged with another smaller country? Or in another country live 80,000 citizens. How would the constituency be constituted?

A trapping provision is stipulated in Article 79 paragraph (6) according to which the person included in the list of candidates from an electoral contestant for elections based on the national constituency may also apply in a single uninominal constituency of the same electoral contestant or as an independent candidate. Good job! The same person is at the same time on the party list, and “independent”.

The trap is opened by Article 93 paragraph (3) according to which “If the elected candidate in the uninominal constituency has also been elected on the party list in the national constituency, it is considered to have been elected only in the uninominal constituency and will not be taken into account when assigning mandates on the basis of the party list. “From two rabbits shot: one on the constituency and the next on the party list. So, the party will get two mandates, and the party that has not advanced on the nominal constituency will remain with a mandate.

We are again in the presence of violation of the principle of equality between electoral contestants. And that’s not all, it’s something that gets rid of the actual text of the law. Both theoretically and practically, it may happen that on the national constituency “y” electoral contestant does not pass the electoral threshold, that is to say, he does not acquire any deputy mandate.

However, after the validation of the mandates of deputy, the so-called “independent candidates” become overnight members of this contestant. We are, therefore, in the presence of the obvious and cynical deception of the voter, the will of which was misused, and the legitimacy of the mandate of the deputy injured.

The consequences of this criticism to Law no.154 denote that the principle of integrity is obviously violated, which makes us consider this law contrary to the spirit of constitutionality, the state of law and democratic.

CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

As a result of the research of doctrinal opinions and constitutional regulations, we find that national sovereignty belongs to the people exercising it directly and through representatives in the way established by the constitution. The mechanism for exercising national sovereignty through representation is achieved

through elections as the process of delegating the law-making process.

Therefore, we conclude:

1. Elections in the representative bodies shall be carried out on the basis of and strictly observing the principles of integrity, universal suffrage, equal, direct, strict and free expression.

2. There are two classic types of voting: a) majority; b) proportional representation and a combination of elements of both types, taking the existence; c) Mixed voting

3. The majority vote on uninominal constituencies with one round is appropriate to the bi-party political system. That is, from two candidates, only one will be a deputy.

4. The majority voting on uninominal constituencies in pluripartidist political systems is applied with two rounds of voting, in the first round being necessary to obtain for victory at least 50% plus a vote of the total number of votes cast. If it applies only in one round, it is dangerous to falsify election results, as it is very easy for a party candidate to “get” only 10 votes more than the rest of the competitors and will be elected a deputy.

5. The most appropriate voting for exercising national sovereignty is the election of proportional representation in the multi-party political system, as is the case in the Republic of Moldova.

6. The Law no.154 which introduced the “mixed vote” and especially the “uninominal vote on constituencies” is inappropriate for the Republic of Moldova, because it directly violates the principle of integrity, firstly, as well as the principles of universality of vote, equal, direct, secretly and freely expressed.

Under these circumstances, it is impossible to establish a state of law and democracy in which human rights, the free development of human personality as supreme and guaranteed values by adopting laws which contravene to this requirement and undermine the legitimacy of state power.

In this context, we propose that an entity with a right of referral should address the Constitutional Court requesting the declaration of Law 154 of July 20, 2017 as unconstitutional, keeping the election of proportional representation that citizens perceive, and political parties will work on increasing accountability and responsibility for the general interest*.

References

1. Legea pentru modificarea și completarea unor acte legislative nr. 154 din 20.07.2017. În: *Monitorul Oficial al Republicii Moldova* din 21.07.2017, nr.253-254, art.422.
2. Declarația Universală a Drepturilor Omului,

publicată în ediția oficială: *Tratate internaționale*, 1998, vol. 1, p.11.

3. Constituția Republicii Moldova. În: *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, august 1994, nr.1.

4. ARSENI, Al. *Legitimitatea puterii de stat, principii edificator al statului de drept și democratic contemporan*. Chișinău: CEP USM, 2014, p.73.

5. IONESCU, Cr. *Tratat de drept constituțional contemporan*. București: ALL Beck, 2003, p.314.

6. Hotărârea Curții Constituționale privind confirmarea rezultatelor alegerilor și validarea mandatului de președinte al Republicii Moldova nr.34 din 13 decembrie 2016. În: *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.2-8 (5925-5931) din 6 ianuarie 2017, art.1.

7. ARSENI, Al. omul - reperul axiologic cardinal al oricărui sistem juridic. În: *Revista Națională de Drept*, 2017, nr. 4, p. 6.

8. TĂMAȘ, S. *Dicționar politic. Instituțiile democrației și cultura civică*. București: Casa de cultură și presă „Șansa”, 1996, p.21.

9. GUCEAC, I. *Curs elementar de drept constituțional*. Chișinău: S.n., 2007, p.195.

10. *Ibidem*, p.196.

10. GUCEAC, I. *Drept electoral*. Chișinău: Tipografia Centrală, 2005, p.19.

12. GUCEAC, I. *Curs elementar de drept constituțional...*, p.196.

13. MASLET, J.Cl. *Le droit des élections politiques*. Paris: PUF, 1992, p.6.

14. GUCEAC I. *Curs elementar de drept constituțional...*, p.196.

15. *Ibidem*.

16. *Ibidem*.

17. ARSENI, Al., IVANOV, Vl., SUHOLITCO, L. *Drept constituțional comparat*. Chișinău: CEP USM, 2003, p.191.

18. SEDLEȚCHI I., AVORNIC Gh., GUCEAC I. *Bazele statului și dreptului*, P.III. Chișinău, 1993, p.7.

19. POPA V. *Drept public*, p.144.

20. PRELOT, M., BOULOIS, J. *Institution politiques et droit constitutionnel*, 10^e ed. 1987, p.682.

21. DUVERGER, M. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Presses de France, 1980, p.83.

22. POPA, V. *Op.cit.*, p.157.

23. *Ibidem*, p.158.

24. CÂRNAȚ, T. *Drept constituțional*. Ed. a 2-a. Chișinău “Print-Caro” SRL, 2010, p.346.

25. *Ibidem*, p.346.

26. ARSENI, Al. *Drept constituțional și instituții politice*. Chișinău: CEP USM, 2014, p.153.

27. POPA, V. *Op.cit.*, p.133.

28. NEGULESCU, Pierre P. *Partidele politice*. București: Garamond, 1924, p.46.

29. MURARU, I. Drepturile electorale ale cetățenilor români. În: *Revista Drepturile Omului*, nr.1, I.R.D.O., 1992, p.5.

30. DELEANU, I. *Drept constituțional și instituții politice; Tratat*. București: Europa Nova, 1996, vol.2, p.206.

31. *Ibidem*, p.208-209.

32. AUBERT, J-F. *Traite de droit constitutionnel Suisse*. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1967, p.430.

33. MURARU, I., TĂNĂSESCU, E. *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. a 14-a. București: CH Beck, 2011-2013, vol.3, p.105-106.

34. *Ibidem*, p.106.

35. *Ibidem*, p.109.

36. *Ibidem*.

37. *Ibidem*.

38. *Ibidem*, p.109-110.

39. GUCEAC, I. *Curs ...*, p.221.

40. *Ibidem*, p.221; GUCEAC, I. *Drept electoral*, p.219.

41. GUCEAC, I. *Curs ...*, p.223; GUCEAC, I. *Drept electoral*, p.220.

42. POPA, V. *Drept public*, p.210.

43. *Ibidem*, p.211.

44. *Ibidem*.

45. CADART, J. *Les modes de scrutin des dix-huit pays libres de L'Europe occidentale Leurs résultats et leurs effets coupures Elections nationales et européennes. Précis universitaires de France*, 1983, p.8.

46. CARNAT, T. *Op.cit.*, p.346.

47. *Ibidem*, p.350.

48. ARSENI, Al., IVANOV, V., SUHOLITCO, L. *Op.cit.*, p.114.

49. CÂRNAȚ, T. *Op.cit.*, p.350.

50. *Ibidem*, p.350.

51. GUCEAC, I. *Curs ...*, p.233; GUCEAC, I. *Drept electoral*, p.232-233.

52. MURARU, I., TĂNĂSESCU, E. *Op.cit.*, p.106.

53. GUCEAC, I. *Drept electoral*, p.233.

54. CUPITANT, R. *Démocratie et participation politique*. Paris, Bordeaux, 1972, p.98.

55. BARTHELEMY, J. *Documents d'études. Model de scrutin et systèmes électoraux*. Documents réunis et commentés par Edmond Jarise, nr.1, 05 septembre, 1986, p.10.

56. *Documents ...* (identic refer. Nr.1).

57. POPA, V. *Drept public*, p.229.

58. CÂRNAȚ, T. *Op.cit.*, p.351.

59. *Ibidem*, p.351.

60. CADART, J. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Ed. a II-a, vol.1. Paris : Economica, 1992, p.271.

61. COTTERET, J.M., EMERI, El. *Le systèmes électoraux*. Paris: P.U.F., 1988, p.73-74.

62. GUCEAC, I. *Curs ...*, p.244; GUCEAC, I. *Drept electoral*, p.246.

63. *Ibidem*, p.244-247.

64. MARTIN, P. *Les systèmes électoraux et les modèles de scrutin*. Paris: Montchrestien, 1994, p.89.

65. COTTERET, J.M., EMERI, El. *Op.cit.*, p.79.

66. PACTET, P. *Institutions politiques. Droit constitutionnel*. Ed.13-1. Paris, Masson, 1994, p.109.

67. GUCEAC, I. *Curs ...*, p.249; GUCEAC, I. *Drept electoral*, p.257.

68. GUCEAC, I. *Curs...*, p.250; GUCEAC, I. *Drept electoral*, p.258.

CZU: 342.731

LIBERTATEA CONȘTIINȚEI RELEVATĂ PRIN HOTĂRĂRILE CURȚII CONȘTIȚIONALE DIN REPUBLICA MOLDOVA ÎN DOMENIUL VACCINĂRII PROFILACTICE SISTEMATICE

Alina IORDACHEȘCU,
doctorandă, Universitatea de Stat din Moldova

Statul de drept reprezintă cea mai eficientă formă de protecție a drepturilor și libertăților cetățeanului. În acest context, libertatea de conștiință, ca unul dintre cele mai apreciate drepturi, a fost studiată și prin prisma sistemului sănătății și a educației; anume implicarea sa în procesul de vaccinare profilactică sistematică și dreptul la educație. Articolul dat vine să analizeze hotărârile Curții Constituționale a Republicii Moldova din 2013 și 2018 cu privire la acest subiect, în vederea elucidării anumitor factori ce ar putea aduce ingerințe în exercitarea drepturilor.

Cuvinte-cheie: *stat de drept, libertatea de conștiință, vaccinarea profilactică sistematică, dreptul la educație, Curtea Constituțională.*

FREEDOM OF CONSCIENCE REVEALED BY THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISIONS ON SYSTEMATIC PROPHYLACTIC VACCINATION IN THE REPUBLIC OF MOLDOVA

Alina IORDACHEȘCU,
PhD student, State University of Moldova

The rule of law is the most effective form of protection of the rights and freedoms of the citizen. In this context, freedom of conscience, as one of the most appreciated rights, has also been studied through the system of health and education; namely its involvement in the systematic prophylactic vaccination process and the right to education. This article aims to analyze the decisions of the Constitutional Court of the Republic of Moldova from 2013 and 2018 on this subject in order to elucidate certain factors that could interfere with the exercise of rights.

Keywords: *rule of law, freedom of conscience, systematic prophylactic vaccination, right to education, Constitutional Court.*

Introducere. Începând cu obținerea Independenței, Republica Moldova s-a declarat un stat democratic, iar prin Constituția Republicii Moldova[1], această țară tinde spre devenirea unui veritabil *stat de drept* în întreaga lui activitate: atât în raporturile cu cetățenii, precum și cu diferițele organizații sociale. Respectiv, această noțiune o întâlnim în art. 1 alin. (3) al Constituției Republicii Moldova din 1994 și credem că se depune tot efortul de a corespunde înțelesului noțiunii de stat de drept.

Prezența unui stat de drept semnifică existența unui sistem legislativ echilibrat, bazat pe principiul separației puterilor în stat, care garantează independența reală a justiției, promovează drepturile și libertățile fundamentale ale omului, precum și se preocupă constant de ocrotirea personalității umane.

O problemă deosebit de importantă apărută în societatea contemporană, un subiect sensibil discutat, care a împărțit întreaga societate în două tabere este *vaccinarea profilactică sistematică* a cetățenilor, în special, a copiilor.

Materiale și metode aplicate. Studiul efectuat a avut la bază cercetarea hotărârilor Curții Constituționale în domeniul vaccinării profilactice a populației, pre-

cum și doctrina națională și internațională în domeniul libertății de conștiință. Metodele de cercetare în procesul acestui studiu au fost: juridică, logică, sistemică, comparativă a legislației naționale și internaționale în domeniul vaccinării.

Rezultatele obținute și discuții. Libertatea de conștiință, de gândire și de religie constituie unul dintre drepturile fundamentale ale omului. Dreptul la libertatea de religie este unul dintre primele drepturi fundamentale recunoscute la nivel internațional și este garantat prin actele internaționale de bază în domeniul drepturilor omului.

Prin intermediul actelor emise și ratificate, inclusiv de Republica Moldova, acestui drept i s-a conferit o importanță deosebită. Prin ratificarea instrumentelor internaționale, statul se obligă să garanteze respectarea acestui drept, precum și să creeze un cadru legislativ și condiții specifice pentru exercitarea libertății conștiinței, precum și să intervină în cazurile în care libertatea conștiinței nu se manifestă în spirit de toleranță și de respect reciproc.

Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite la 10 decembrie 1948 constituie primul act mondial al recunoașterii universale a drepturilor inerente

fiecărei ființe umane. Respectiv, Declarația recunoaște dreptul la gândire, conștiință și religie.

Astfel, art. 18 din Declarație[2] statuează că „orice persoană are dreptul la libertatea gândirii, a conștiinței și a religiei; acest drept implică libertatea de a-și schimba religia sau convingerile, precum și libertatea de a-și manifesta religia sau convingerile sale, individual sau în colectiv, atât în public, cât și particular, prin învățământ, practici, cult și îndeplinirea de rituri. În același timp, art. 19 prescrie că orice individ are dreptul la libertatea de opinie și de exprimare, ceea ce implică dreptul de a nu fi tulburat pentru opiniile sale și acela de a căuta, de a primi și de a răspândi, fără considerații de frontieră, informații și idei prin orice mijloc de exprimare.

În această ordine de idei, Constituția Republicii Moldova în art. 31 stipulează că: „Libertatea conștiinței este garantată. Ea trebuie să se manifeste în spirit de toleranță și de respect reciproc. Cultele religioase sunt libere și se organizează potrivit statutelor proprii, în condițiile legii. În relațiile dintre cultele religioase sunt interzise orice manifestări de învrăjbire. Cultele religioase sunt autonome, separate de stat și se bucură de sprijinul acestuia, inclusiv prin înlesnirea asistenței religioase în armată, în spitale, în penitenciare, în aziluri și în orfelinate.” Prin respectivul articol, Republica Moldova se declară stat laic, stat care va respecta drepturile persoanei privind libertatea de conștiință, va asigura libertatea și autonomia cultelor religioase fără vreo discriminare, reglementările legale, în acest sens, urmând să corespundă prevederilor constituționale.

Libertatea de conștiință este reglementată într-o măsură mai largă de Legea nr. 125-XVI din 11 mai 2007 privind cultele religioase și părțile lor componente. Potrivit articolului 4[4], „Orice persoană are dreptul la libertatea de gândire, de conștiință și de religie. Acest drept trebuie exercitat în spirit de toleranță și de respect reciproc și cuprinde libertatea de a aparține sau nu unei anumite religii, de a avea sau nu anumite convingeri, de a-și schimba religia sau convingerile, de a profesa religia sau convingerile în mod individual sau în comun, în public sau în particular, prin învățatură, practici religioase, cult și îndeplinirea riturilor. Fiecare persoană și comunitate religioasă poate adera liber la orice cult religios”.

O dată ce libertatea de conștiință reprezintă unul dintre cele mai importante și apreciate drepturi ale omului, este necesar să determinăm conținutul conceptului de *conștiință*, care de-a lungul timpului a fost definit de psihologi, sociologi și filosofi. Cunoașterea conținutului și funcțiilor acestui concept va permite aplicarea justă și relevantă în cazurile practice, or orice încălcare a acestui drept necesită o soluționare echitabilă de către instanțele naționale și internaționale.

Termenul “conștiință” este derivat din termenul latin

“con scientia” care înseamnă “cunoaștere”. *Conștiința* este sentimentul înțelegerii existenței personale și a integrării ei în univers. Este forma cea mai evoluată, proprie omului, de reflectare psihică a realității obiective prin intermediul senzațiilor, percepțiilor și gândirii, sub formă de reprezentări, noțiuni, judecăți, raționamente, inclusiv procese afective și voliționale[11]. Din punct de vedere filozofic, Kant este cel care dezvoltă conceptul de “conștiință de sine”. Din punct de vedere teologic, conștiința a fost identificată de către Augustin ca având o funcție de întemeiere a adevărului în interiorul ființei umane. Din punct de vedere psihologic, conștiința este un mijloc de cunoaștere a lumii exterioare și interioare. Iar din punct de vedere juridic, reprezintă ansamblul concepțiilor religioase, filozofice, politice, ș.a. deținute de cetățenii unui stat și protejate prin intermediul dreptului constituțional[15].

Respectiv, accentuăm faptul că convingerile de orice natură sunt protejate și respectate de orice individ. Cetățeanului cărui i s-au lezat convingerile sale prin intermediul acțiunilor sau inacțiunilor altor cetățeni sau însăși de către stat, poate să-și valorifice dreptul în fața instituțiilor statului.

Iar potrivit legislației, *convingerile religioase* reprezintă acel complex de idei, principii și învățături de credință sau dogme cu caracter religios în care o persoană crede, pe care le acceptă benevol, le mărturisește și după care se conduce în viață[5].

Republica Moldova, prin Legea nr. 10-XVI din 3 februarie 2009 privind supravegherea de stat a sănătății publice[6], a instituit că vaccinarea profilactică a populației împotriva bolilor infecțioase include vaccinări profilactice sistematice, vaccinări conform indicațiilor epidemiologice și vaccinări recomandate. Deci, concluzionăm că vaccinarea populației este *facultativă*. Însă, același articol al legii, art. 52 alin. (6) indică că admiterea copiilor în colectivități și instituții educaționale și de recreere este condiționată de faptul vaccinării lor profilactice sistematice. Astfel, orice copil trebuie să fie vaccinat conform Calendarului imunizării pentru a putea beneficia de dreptul său constituțional la educație.

Această normă a fost subiectul a nenumărate debateri sociale atât televizate acceptată de o categorie a populației care consideră că admiterea în instituții educaționale, doar a copiilor vaccinați este o condiție indispensabilă în vederea eliminării factorilor de risc pentru sănătatea și viața tuturor copiilor. Însă, de cealaltă parte, o altă categorie de cetățeni consideră că li se încalcă dreptul la integritate fizică și dreptul la educație, consideră că sunt discriminați și că li se *ignoră convingerile religioase și filozofice – libertatea de conștiință*.

Iar dacă afirmăm că Republica Moldova și-a asumat angajamentul de a deveni un stat de drept în care drepturile și libertățile fundamentale ale omului sunt

garantate și respectate, în acest context, prezintă interes următorul exemplu din practica judiciară a Curții Constituționale, și anume, Decizia de sistare a procesului pentru controlul constituționalității articolului 52 alin. (6) din Legea nr. 10-XVI din 3 februarie 2009 privind supravegherea de stat a sănătății publice[13], precum și Hotărârea pentru controlul constituționalității articolului 52 alin. (6) din Legea nr. 10 din 3 februarie 2009 privind supravegherea de stat a sănătății publice și a pct. 21 subpct. 1) lit. e) din Programul național de imunizări pentru anii 2016-2020, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 1113 din 6 octombrie 2016[14].

În conformitate cu decizia de sistare a procesului pentru controlul constituționalității articolului 52 alin. (6) din Legea nr. 10-XVI din 3 februarie 2009 privind supravegherea de stat a sănătății publice, Curtea a relevat faptul că condiția vaccinării profilactice sistematice a copiilor pentru admiterea în colectivități și instituții educaționale și de recreere reflectă problematica ignorării convingerilor religioase și filozofice ale părinților prin impunerea vaccinării copiilor, adică se aduce atingere libertății de conștiință a părinților.

În viziunea autorului sesizării, obligarea persoanelor de a-și vaccina copiii contrar convingerilor lor religioase și filozofice constituie o încălcare a liberei exercitări a religiei și a manifestării convingerilor filozofice. Iar Ministerul Sănătății recunoaște existența unei probleme pentru membrii unor culte religioase, care din cauza convingerilor nu admit anumite intervenții medicale.

Trei din cei șase judecători care au examinat sesizarea în cauză[19], confirmă faptul că libertatea de conștiință este unul dintre fundamentele unei societăți democratice și că această libertate este, în dimensiunea sa religioasă, unul dintre elementele cele mai esențiale ale identității credincioșilor și ale concepțiilor lor de viață.

De asemenea, judecătorii consideră că pluralismul și democrația trebuie să se bazeze pe dialog și pe spiritul de compromis, care implică în mod necesar din partea persoanelor diferite concesi, care sunt justificate în scopul protejării și promovării idealurilor și valorilor unei societăți democratice. Necesitatea de a le proteja poate determina statul să restricționeze alte drepturi sau libertăți garantate de Constituție. Această căutare constantă a unui echilibru între diferite interese constituie fundamentul unei „societăți democratice”.

Magistrații recunosc faptul că refuzul din motive religioase a unui tratament medical care ar putea salva viața este o problemă de o complexitate juridică semnificativă, care implică un conflict între interesul statului de a proteja viața și sănătatea cetățenilor săi și dreptul individului la autonomie personală în domeniul integrității fizice și credinței religioase.

Într-adevăr, legislația Republicii Moldova nu prevede scutiri religioase și de altă natură pentru vaccinarea

obligatorie, iar cei care au obiecții religioase autentice privind vaccinarea nu reprezintă întreaga amenințare la adresa societății. Însă, există o categorie de persoane care se opun vaccinării din diverse motive, acestea variind de la convingerile filozofice sau morale non-religioase, cum ar fi convingerea că vaccinurile ar interfera cu „amprenta genetică a naturii”, sau „din motive personale” nespecificate.

Este demn de remarcat faptul că ratele de imunizare în proporție de 100 % nu sunt necesare pentru a obține „imunitatea colectivă”, majoritatea statelor au ales să scutească anumite persoane de vaccinarea obligatorie, considerând că se poate obține „imunitatea colectivă” chiar dacă astfel de persoane nu sunt vaccinate. Ca exemplu, datele din SUA ne arată că doar circa 0,64% din populație invocă motive religioase sau filozofice pentru a se opune vaccinării și că, această cifră chiar și înainte de anul 2000 nu depășea 2,5% din populație în niciunul din cele 50 de state.

Cu toate acestea, judecătorii consideră că acordarea pe scară largă a unor asemenea scutiri pot să nu fie sustenabile pe termen lung, or, instituirea unor excepții prea largi ar putea submina beneficiile vaccinării obligatorii, cum ar fi menținerea „imunității colective”. Totodată, există riscul ca persoanele nevaccinate, inclusiv din cauza unor contraindicații medicale (motive obiective), să sufere la apariția unei epidemii ca urmare a pierderii unei părți a „imunității colective” a comunității.

În concluzie, având în vedere toate argumentele menționate mai sus, cei trei judecători[20] consideră că statul poate adopta legi prin care să prevadă vaccinarea obligatorie, deoarece libertatea individului trebuie să fie subordonată uneori *binelui comun* și să fie supusă puterii de control al statului.

Adică, chiar dacă libertatea de a-și manifesta religia sau convingerile nu poate forma obiectul altor restrângeri decât cele, care prevăzute de lege, constituie măsuri necesare într-o societate democratică, pentru siguranța publică, protecția ordinii, a sănătății sau a moralei publice ori pentru protejarea drepturilor și libertăților altora[10], potrivit Deciziei Curții Constituționale, *binelul comun* este superior libertății conștiinței individului.

Dat fiind faptul că s-au înregistrat paritate de voturi, în consecință, actul normativ contestat s-a prezumat constituțional, iar procesul asupra cauzei s-a sistat.

Este obligatoriu de menționat că, cinci ani mai târziu, Curtea Constituțională a pronunțat o hotărâre privind controlul constituționalității articolului 52 alin. (6) din Legea nr. 10 din 3 februarie 2009 privind supravegherea de stat a sănătății publice și a pct. 21 subpct. 1) lit. e) din Programul național de imunizări pentru anii 2016-2020, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 1113 din 6 octombrie 2016.

Chiar dacă autorul sesizării, Vladimir Odnostalco,

deputat în Parlamentul Republicii Moldova, a pretins că norma contestată contravine și dreptului la libertatea de conștiință, Curtea nu a considerat că există o ingerință în dreptul garantat de Constituție.

Totodată, Curtea a menționat că părinții își pot manifesta libertatea de conștiință în continuare, deoarece prevederea contestată nu impune vaccinarea și nu sancționează în vreun fel părinții copiilor care se opun vaccinării. În acest sens, copiii părinților care nu vor ca aceștia să fie vaccinați, deși nu există contraindicații, au la dispoziție *metode alternative de învățare*.

Concluzionăm că în ambele cazuri, Curtea Constituțională a conchis că admiterea copiilor în colectivități și instituții educaționale și de recreere condiționată de faptul vaccinării lor profilactice sistematice reprezintă o normă legală ce nu aduce atingere dreptului la libertatea de conștiință a părinților.

Mai mult ca atât, se impune a se aduce și următorul exemplu, Decizia Consiliului pentru prevenirea și eliminarea discriminării și asigurarea egalității din 20 decembrie 2016[8], care a avut ca obiect al plângerii pretinsa discriminare în acces la educație pe criteriu de convingeri al părinților. Chiar dacă petiționarul a invocat că refuzul său de a vaccina copii face parte din convingerile sale, fiind susținut și de avocatul parlamentar care a invocat că norma dată include în sine o condiție nejustificată și discriminatorie, Consiliul a stabilit că convingerile explicate de petiționar nu pot fi reținute ca criteriu protejat în sensul celor protejate de art. 1 al Legii nr. 121 cu privire la asigurarea egalității[7], și anume, asigurarea egalității tuturor persoanelor aflate pe teritoriul Republicii Moldova în sferile politică, economică, socială, culturală și alte sfere ale vieții, fără deosebire de rasă, culoare, naționalitate, origine etnică, limbă, religie sau convingeri, sex, vârstă, dizabilitate, opinie, apartenență politică sau orice alt criteriu similar.

De asemenea, Consiliul subliniază că art. 9 al Convenției Europene a drepturilor omului și libertăților fundamentale protejează libertatea de conștiință, gândire și religie, acest articol fiind aplicabil și tuturor convingerilor atât celor personale, politice, filozofice, morale, cât și religioase.

Prin jurisprudența sa, Curtea Europeană a drepturilor omului a specificat că acest articol protejează acele idei filosofice de tot felul, concepțiile religioase ale unei persoane, propriul său mod de a înțelege viața sa personală și socială. Când privește convingerile personale, Curtea a notat că acestea sunt mai mult decât simple opinii. De fapt, acest lucru trebuie perceput că fiind acele idei care au atins un nivel suficient de putere, seriozitate, coeziune și importanță[12].

Și în acest caz, concluzionăm că Consiliul a delimitat libertatea de conștiință, ce cuprinde în sine a totalitatea convingerilor religioase și nereligioase, de simplele opinii personale nejustificate. Respectiv, nici această speță nu demonstrează că admiterea co-

piilor în colectivități și instituțiile educaționale și de recreere condiționată de faptul vaccinării lor profilactice sistematice ar prezenta o ingerință la libertatea de conștiință.

Totodată, este indispensabil de remarcat faptul că chiar dacă libertatea de conștiință protejează și convingerile religioase, și cele filosofice, nu mereu se garantează protecția oricărui comportament în sfera publică dictat de o anumită credință. Potrivit practicii Curții Europene a drepturilor omului, Curtea subliniază faptul că obligația de vaccinare, în conformitate cu legislația națională, se aplică tuturor, indiferent de propria religie sau convingeri personale. Se mai consideră faptul că nu există interdependență cu libertatea de conștiință, protejată de art. 9 al Convenției[21].

În altă ordine de idei, este necesar de menționat și practica internațională cu privire la acest subiect. Astfel, în SUA există o puternică mișcare anti-vaccinare forțată, iar Centrul Național de Informare cu privire la Vaccinuri cataloghează pierderea dreptului la educație a copiilor nevaccinați ca o gravă atentare la conștiința religioasă a minorității și non-toleranță față de părinții respectivi[18]. Cu toate acestea, majoritatea statelor SUA oferă alternativă părinților care refuză vaccinarea copiilor săi din motive de conștiință, inclusiv din motive de convingeri religioase.

De asemenea, analizând legislația țărilor europene, aflăm că potrivit Buletinului Epidemiologic Nr. 34 al Institutului german pentru sănătate publică Robert Koch[16], ediția din 24 august 2015, se arată că în Germania vaccinurile nu sunt obligatorii, ci doar recomandate: „Vaccinurile și alte profilaxii specifice sunt doar recomandate, conform Instituțiilor de Sănătate care se bazează pe Regulile date de STIKO, conform art. 20 alineatul 3 al Legii de protecție împotriva bolilor infecțioase.” Totodată, în țări precum Marea Britanie, Olanda, Polonia sau Spania, vaccinarea nu este obligatorie, ci doar recomandată. În statul vecin, România, anul 2017 a fost un an în care s-a încercat impunerea vaccinării obligatorii, însă datorită protestelor masive ale populației care au invocat că li se încalcă și dreptul la libertatea conștiinței, consacrat de art. 29 din Constituția României, proiectul legislativ a fost blocat. Potrivit Scrisorii adresate Ministrului Sănătății[17], se indică că în conținutul oricărui proiect legislativ este obligatoriu să se reglementeze dreptul părinților de a refuza administrarea vaccinului din motive religioase sau de conștiință (dreptul la obiecțiune de conștiință).

Concluzie. Libertatea de conștiință, de gândire și de religie constituie unul dintre drepturile fundamentale ale omului. Dreptul la libertatea de religie este unul dintre primele drepturi fundamentale recunoscute la nivel internațional și este garantat prin actele internaționale de bază în domeniul drepturilor omului.

Analiza în cauză ne demonstrează clar interdependența libertății de conștiință cu sfera

educației și a sănătății prin prisma hotărârilor Curții Constituționale oferite pe marginea art. 52 alin. (6) din Legea privind supravegherea de stat a sănătății publice și legislația altor țări.

Este necesar de a puncta faptul că dreptul părinților de a asigura educația și învățământul copiilor conform convingerilor lor religioase și filozofice nu este stipulat în art. 31. Acest drept, indicat direct în Protocolul adițional nr. 1 la Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (art. 2), precum și în art. 18 alin. (4) al Pactului Internațional cu privire la drepturile civile și politice, pare să se strecoare prin intermediul art. 35 alin. (9) al Legii Supreme, care prevede că dreptul prioritar de a alege sfera de instruire a copiilor revine părinților. În sensul Constituției și al tratatelor internaționale cuvenite, instruirea în cauză este instruirea religioasă[9].

În concluzie, chiar dacă Curtea Constituțională s-a pronunțat și a stabilit că lipsesc scutiri de ordin religios sau de altă natură în privința vaccinării profilactice sistematice a copiilor, considerăm că **niciun copil din Republica Moldova nu poate fi privat, pentru niciun motiv, de dreptul său fundamental de a primi o educație și de a fi implicat în procesul de învățământ la care are dreptul constituțional.** Totodată, considerăm că merită a fi luată în considerație și Convenția Europeană pentru protecția drepturilor omului și a demnității ființei umane față de aplicațiile biologiei și medicinei (Convenția privind drepturile omului și biomedicina)[3] care în articolul 2 prevede expres că „*Interesul și binele ființei umane trebuie să primeze asupra interesului unic al societății sau al științei.*” De aici rezultă că nu poate fi invocat binele public pentru a prejudicia o persoană, or vaccinarea forțată sau condiționată prejudiciază un grup minoritar al societății care este lipsit de protecție și căruia trebuie să i se respecte și libertatea de conștiință. Și, chiar dacă prin Hotărârea Curții Constituționale a Republicii Moldova din 30 octombrie 2018 se indică că copiii nevaccinați pot beneficia de metode alternative de învățare, de facto, această prevedere nu are un suport legislativ[22], urmând ca instituțiile de resort să ofere o soluție reală în vederea asigurării acestui drept.

Referințe bibliografice

1. Constituția Republicii Moldova cu modificări la data de 25 iulie 2003
2. Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite la 10 decembrie 1948
3. Convenția nr. 1997 din 04.04.1997 pentru protecția drepturilor omului și a demnității ființei umane față de aplicațiile biologiei și medicinei (Convenția privind drepturile omului și biomedicina), Publicată în 01.01.2009 în *Tratate Internaționale*, Nr. 43.
4. Legea nr. 125-XVI din 11 mai 2007 privind cultele religioase și părțile lor componente, Publicată la 17.08.2007 în *Monitorul Oficial* Nr. 127-130, art. 4

5. Legea nr. 125-XVI din 11.05.2007 privind cultele religioase și părțile lor componente, Publicată la 17.08.2007 în *Monitorul Oficial* Nr. 127-130, art. 3.

6. Legea nr. 10-XVI din 3 februarie 2009 privind supravegherea de stat a sănătății publice, Publicată la 03.04.2009 în *Monitorul Oficial* Nr. 67, art. 52.

7. Legea nr. 121 din 25 mai 2012 cu privire la asigurarea egalității, Publicată la 29.05.2012 în *Monitorul Oficial* Nr. 103, art. 1

8. Decizia Consiliului pentru prevenirea și eliminarea discriminării și asigurarea egalității din 20 decembrie 2016, cauza 481/16, http://egalitate.md/wp-content/uploads/2016/04/draft_decizie_481_2016_expeditat_depers_1837107.pdf

9. *Constituția Republicii Moldova. Comentariu*, Editura ARC, 2012

10. Studiu „Libertatea de conștiință, gândire și religie – actualitate și perspective de reglementare”, Chișinău, 2011, p. 8

11. Florin Marcu, *Marele dicționar de neologisme*, ediția a X-a revăzută, augmentată și actualizată, Editura Saeculum, 2008

12. Guide to article 9 «FREEDOM OF THOUGHT, CONSCIENCE AND RELIGION» http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_ENG.pdf

13. <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=346901> (data vizitei: 01.12.2018)

14. <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=378070> (data vizitei: 01.12.2018)

15. <http://www.dex.ro/con%C8%99tiin%C8%9B%C4%83> (data vizitei: 01.12.2018)

16. http://www.rki.de/DE/Content/infekt/EpidBull/Archiv/2015/Ausgaben/34_15.pdf

17. https://bucovinaprofunda.wordpress.com/2015/10/04/vaccinarea-si-ruleta-ruseasca-nu-pot-fi-obligatorii-federatia-provita-ortodoxa-scrie-iarasi-ministrului-sanatatii-despre-vaccinarea-obligatorie-vaccinarea-obligatorie-pune-in-pericol-sanata-tea-c/#_ftn1

18. https://www.nvic.org/nvic-vaccine-news/july-2018/zero-tolerance-vaccine-laws-in-america.aspx#_edn33 (data vizitei: 01.12.2018)

19. Judecătorii care au examinat sesizarea avocatului parlamentar Anatolie Munteanu sunt: Alexandru Tănase, Valeria Șterbeț, Petru Railean, Victor Pușcaș, Elena Safaleru și Dumitru Pulbere.

20. Alexandru Tănase, Valeria Șterbeț și Petru Railean

21. *Cazul Boffa and Others v. San Marino*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-88051%22%5D>, (data vizitei: 01.12.2018).

22. În prezent, Codul Educației prevede ca metodă alternativă de învățare doar instruirea la domiciliu care se organizează pe o perioadă de timp determinată pentru copiii și elevii care, din cauza problemelor de sănătate sau a unei dizabilități, sunt lipsiți temporar de posibilitatea de a se deplasa, art. 35, Codul nr. 152 din 17.07.2014 al educației, Publicat la 24.10.2014 în *Monitorul Oficial* Nr. 319-324.

INFORMAȚIE DESPRE AUTOR:

Alina IORDACHESCU,
doctorandă, USM
e-mail: alina_iordachescu@mail.ru
tel: 069801205

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Alina IORDACHESCU,
PhD student,
State University of Moldova
e-mail: alina_iordachescu@mail.ru
tel: 069801205

Drept internațional

CZU: 341.1

CONFLICTUL ARMAT INTERN ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL UMANITAR

Ion FRUNZE,
dr. în drept, USEM

Acest articol analizează esența conflictelor armate non-internaționale și standardele juridice internaționale care trebuie respectate de părțile implicate. Actualitatea temei investigate în articol reiese din constatarea că problema conflictelor armate și a păcii este problema fundamentală a vieții contemporane. Scopul cercetării reiese din actualitatea temei investigate și constă în cercetarea complexă a conceptului de conflict armat, care este un fenomen social foarte complex, din cauza multitudinii de caracteristici.

Cuvinte cheie: *conflicte armate, conflicte non-internaționale.*

THE INTERNAL CONFLICT ARMED IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS

Ion FRUNZE,
Phd in Law, dr., UESM

This article examines the essence of non-international armed conflicts and international legal standards to be respected by involved parties. The actuality of the topic investigated in the article results from the finding that the problem of armed conflicts and peace is the fundamental issue of contemporary life. The purpose of the research is based on the actuality of the investigated topic and consists in the complex research of the concept of armed conflict, which is a very complex social phenomenon due to the multitude of characteristics.

Keywords: *armed conflicts, non-international conflicts.*

Introducere: Actualitatea temei investigate reiese din constatarea că problema conflictelor armate și a păcii este problema fundamentală a vieții contemporane. Conflictele armate actuale, violența oarbă și actele de terorism, reprezintă amenințări grave la siguranța, securitatea și pacea locuitorilor planetei.

Scopul cercetării noastre reiese din actualitatea temei investigate și constă în cercetarea complexă a conceptului de conflict armat, care este un fenomen social foarte complex, din cauza multitudinii de caracteristici, motiv pentru care analizarea acestuia trebuie făcută din perspectivă multidisciplinară. Una dintre dimensiunile principale ale conflictului armat o reprezintă modul de reglementare juridică la nivel internațional, în raport cu fiecare etapă istorică a omenerii. Problematika tradițională și fundamentală a Dreptului Internațional Umanitar trebuie abordată coroborat cu realitățile lumii contemporane, încercând o dublă soluționare a faptelor concrete, atât din perspectiva necesităților militare, cât și din cea a umanismului.

Conflictul armat este definit drept o stare de neînțelegere, dezacord sau ciocniri de interese antagonice între părți adverse, care a degenerat, ca urmare a anu-

mitor condiții, în acțiuni violente sau război. O altă definiție a noțiunii a fost sugerată pe cale jurisprudențială, de către Tribunalul Penal Internațional pentru Fosta Iugoslavie, considerându-se a fi conflict armat „...orice recurgere la forța armată între state sau la violență armată îndelungată între autoritățile guvernamentale și grupuri armate organizate sau între asemenea grupuri într-un stat”.

Noțiunea de conflict armat intern/neinternațional este calificată, conform Art. 3 comun Convențiilor de la Geneva, prin excludere de la conflictul armat internațional, drept „...conflict armat neprezentând un caracter internațional și ivit pe teritoriul uneia dintre Înaltele Părți Contractante...”, asimilând acestuia războaiele civile, religioase, de eliberare națională împotriva dominației coloniale, de schimbare a regiunilor politice și de secesiune. [20]

Reflecții și rezultate: La ora actuală, conflictul armat comportă patru tipuri, respectiv: conflictul armat internațional, conflictul armat intern/neinternațional, conflictul armat destructurat/de identitate și conflictul armat intern devenit internațional/internaționalizat. [20]

O atenție deosebită merită conceptul de conflict armat propus în această decizie și anume: „*Un conflict armat există atunci când este o aplicare a forței armate între statele sau de violență prelungită între autoritățile guvernamentale și grupuri armate organizate sau între astfel de grupuri în interiorul unui stat*”. [4, p. 170]

Descrierea conflictului armat reprezintă o dezvoltare semnificativă a dreptului internațional umanitar. În acest context savantul C. Greenword a notat: „*definițiile conflictului armat intern și internațional sunt de o importanță considerabilă. Niciunul dintre acești termeni nu sunt definiți în Convențiile de la Geneva sau alte acorduri aplicabile. Întrucât există o literatură vastă cu privire la definiția de „război” în dreptul internațional, conflictul armat a fost întotdeauna considerat o noțiune pur factuală și au existat câteva încercări de a-l defini sau chiar a-l descrie*”. [7, p. 104]

În mod cert definiția clarifică pragul distinctiv al situațiilor de conflict armat noninternațional în dreptul internațional umanitar, divizând, în linii mari, condițiile situaționale (cele care determină existența unui conflict armat, spre deosebire de situațiile de tulburări interne). Definiția indică un prag care este în mod clar mai mic decât cel impus de art. 1, al. 1 din Protocolul Adițional II.

Un mare aport în dezvoltarea conceptuală a adus P. Rowe, care a menționat: „*definiția cumulează problema gradului de intensitate a acțiunii armate necesare pentru ca un conflict armat să existe și natura unui astfel de conflict. În contextul definiției Camerei de Apel, aceasta din urmă este mai largă decât cea din Protocolul Adițional II, care nu include un conflict armat între grupuri organizate în cadrul unui stat*”. [15, p. 697]

Potrivit opiniei S. Boelaert-Suominen, consilier juridic al Oficiului Procurorului, „*...definiția conflictului armat sugerată de Camera de Apel acoperă nu doar exemplele clasice de: a) un conflict armat între două sau mai multe state și b) un război civil între un stat, pe de o parte, și o entitate nonstatală pe de altă parte. Aceasta cuprinde în mod clar o a treia situație - c) un conflict armat în care nu este implicat niciun partid de guvernământ, pentru că două sau mai multe entități nonstatale luptă reciproc*”. [3, p. 633 - 634]

Trebuie de menționat, că deosebit de semnificativă pentru dezvoltarea conceptului conflictului armat cu caracter neinternațional revine părții definiției, care se referă la „*violența armată prelungită între autoritățile guvernamentale și grupuri armate organizate sau între astfel de grupuri în interiorul unui stat*”.

Jurisprudența Tribunalului Internațional Penal pentru fosta Iugoslavie (TPI) a stabilit definiția „con-

flictului armat intern” în dreptul internațional umanitar. Înființat în scopul urmăririi penale a indivizilor pentru încălcări grave ale dreptului umanitar, TPI are competența *ratione materiae* asupra crimelor de război, crime împotriva umanității și genocidului. În cauza *Procurorul vs. Tadić*, Camera de Apel a Tribunalului a definit, în primul rând, contururile „conflictului armat intern” în sensul prevederilor Convențiilor de la Geneva.

La 2 octombrie 1995, Camera de Apel a TPI în cauza *Tadić* a emis Decizia asupra petiției apărării privind apelul preliminar cu privire la competența judiciară. Contextul acestei decizii a fost procesul asupra lui Duško Tadić, un sârb bosniac acuzat de crime împotriva umanității, încălcări grave ale Convențiilor de la Geneva și încălcări ale cutumelor de război în temeiul art. 2, 3 și 5 din Statutul TPI. [13]

Abordarea acestei probleme privind competența Tribunalului de a-l judeca pe Tadić pentru crime de război a impus ca Tribunalul, în temeiul art. 3 din Statutul TPI, să determine existența conflictului armat.

Această problemă preliminară privește situația din Bosnia și Herțegovina din aproximativ 24 mai până în 30 august 1992, perioadă în care a fost pretinsă comiterea de către Tadić a crimelor de război, inclusiv omoruri, violuri și maltratarea prizonierilor. [4, p. 118]

Camera de Apel a interpretat definiția expusă în decizia asupra cauzei Tadić ca fiind un „test” pentru existența conflictului armat și, prin urmare, pentru aplicabilitatea art. 3 comun.

Însă, după părerea noastră, conceptul de conflict armat noninternațional creat prin definiție este mult mai larg, decât cel considerat de către elaboratorii Convențiilor de la Geneva, deoarece formularea din definiție este, fără îndoială, autoritară comparativ cu cea din art. 3 comun.

Conceptual, definiția se focusează pe două aspecte ale conflictului: *organizarea părților conflictului și intensitatea conflictului*.

Criteriile prestabilite referitoare la art. 3 comun, sunt nivelul de organizare a părților la conflict și intensitatea ostilităților. În ceea ce privește cerința de intensitate, este important să se ia în considerare evoluția care a avut loc în dreptul internațional umanitar, după elaborarea Convențiilor de la Geneva, în special, de la înființarea Tribunalului Penal Internațional pentru Rwanda și fosta Iugoslavie.

Analiza celor două aspecte ale conflictelor armate internaționale oferă o bază pentru determinarea existenței unui conflict armat și, prin urmare, a aplicabilității dreptului internațional umanitar.

Cu toate acestea, după cum a menționat Idi Gapa-

rayi, „determinarea a ceea ce constituie violență armată „prelungită” și un grup armat „bine organizat” necesită o analiză specifică a faptelor fiecărui caz în parte”. [6, p. 43] Un punct de vedere similar a fost expus de către Camera de Apel a Tribunalului Militar Internațional pentru fosta Iugoslavie care precizează că „faptul, dacă un conflict îndeplinește criteriile art. 3 comun, urmează să fie decis de la caz la caz”. [12]

Organizarea părților

Cerința de organizare pentru caracterizarea conflictului armat a fost evidențiată într-un număr de ocazii de către Comitetul Internațional al Crucii Roșii. Acordul de la Sevilla cu privire la organizarea activităților internaționale ale componentelor Crucii Roșii Internaționale și Mișcarea Semilunii Roșii afirmă că „un conflict armat există atunci când acțiunea armată are loc între două sau mai multe părți și reflectă un minimum de organizare”. [1]

Art. 3 comun nu definește termenul „parte la conflict”. În cazul unui conflict armat internațional, părțile, în principiu, pot fi doar statele, dar în situația conflictelor armate ne-internaționale este mai puțin clar, că în astfel de cazuri, cel puțin, una dintre părți la conflict nu este un stat.

Consensul general al opiniei experților este că grupurile armate care luptă împotriva unui guvern trebuie să aibă un grad minim de organizare și disciplină - suficiente pentru a le permite să respecte dreptul internațional umanitar - pentru a fi recunoscută ca o parte la conflict. [2]

În mod similar, în comentariul „Elemente ale crimelor de război în conformitate cu Statutul de la Roma al Curții Penale Internaționale” se indică faptul că părțile „ar trebui să fie organizate într-o măsură mai mare sau mai mică” pentru ca o situație să se califice ca fiind una de conflict armat. [5] În timp ce decizia asupra cauzei *Tadić* nu definește ce constituie un „grup armat organizat”, indicatori în acest sens au fost prevăzuți de jurisprudența ulterioară.

Decizia asupra petiției de achitare (Decizia Milošević regula 98 bis) emisă în cauza *Procurorul vs Milošević* subliniază condițiile indicative ale nivelului de organizare necesar pentru ca un grup armat să fie calificat drept „organizat” în baza definiției *Tadić*. [4, p.123]

Contextul regulei 98 bis a Deciziei privește cauza procesului Slobodan Milošević pentru crime, inclusiv încălcări ale legilor sau cutumelor de război comise în Kosovo. [11] Așa cum încălcarea legilor sau cutumelor de război nu poate avea loc în absența unui conflict armat, Camera de Apel a examinat situația din Kosovo, pentru a constata dacă la momentul preținselor încălcări cerințele definiției *Tadić* au fost îndeplinite.

Pentru ca situația să fie calificată ca un conflict armat, ostilitățile trebuie să fie de o intensitate suficientă și părțile implicate în conflict trebuie să fie organizate într-o măsură mai mare sau mai mică. Pentru cauza *Milošević*, Camera a recurs la o evaluare a Armatei de Eliberare din Kosovo (AEK) ca și un grup armat organizat.

În evaluarea nivelului de organizare în AEK, Camera a găsit „suficiente dovezi care indică că AEK este o forță militară organizată, cu o structură oficială de comandă, cu sediu, cu zone de operare desemnate și cu capacitatea de a procura, transporta și distribui arme”. [14]

Dovezile utilizate în regula 98 bis a Deciziei asupra cauzei *Milošević* au fost citate în hotărârea Camerei II în cauza *Procurorul vs Limaj*. [14, p. 90]

Hotărârea Camerei în cauza *Limaj* a detaliat modul în care AEK se califică drept „un grup armat organizat” în sensul formulării din cauza *Tadić*. În evaluarea nivelului de organizare în acest grup armat, a fost pus un accent considerabil pe rolul Stafului General ca organism principal de conducere al AEK. Funcțiile acestui organism includeau numirea comandanților zonei, furnizarea de arme, emiterea declarațiilor politice și a comunicatelor, distribuția regulamentelor AEK către unități, autorizația de acțiune militară și repartizarea sarcinilor persoanelor fizice în cadrul organizației. [4, p. 123] Potrivit Camerei, natura organizată a AEK a fost demonstrată, de asemenea, de modul în care membrii Stafului General au fost implicați în negocieri cu reprezentanții Comunității Europene și ai misiunilor străine cu sediul în Belgrad.

Capacitatea de a recruta, antrena și dota noi membri a fost, de asemenea, citată ca dovadă a nivelului de organizare în cadrul AEK. Deținerea de arme, inclusiv mortiere de artilerie și lansatoare de rachete, au fost dovezi suplimentare relevante pentru această cerință. Evaluând probele, Camera în cauza *Limaj* a conchis că „până la sfârșitul lunii mai 1998 AEK posedă în mod suficient caracteristicile unui grup armat organizat, capabil să se implice într-un conflict armat intern”. [14, p. 134]

Astfel, analiza AEK în calitate de „grup armat organizat” de către Cameră relevă o serie de indicatori importanți pentru punerea în aplicare a definiției din cauza *Tadić*. Totuși este important de apreciat, având în vedere natura complexă a conflictului armat non-internațional, că fiecare situație trebuie să fie examinată în parte.

Intensitatea ostilităților.

Ca și în cazul organizării părților, noțiunea de „conflict armat prelungit” necesită analiza și interpretarea fiecărui caz în parte. După cum notează Anthony Cullen, „definiția conflictului armat este deter-

minată într-un mod abstract și faptul, dacă o situație întrunește sau nu criteriile art. 3 comun, urmează a fi decis în fiecare caz în parte”. [4, p. 124]

Necesitatea de a lua în considerare fiecare situație în parte este, de asemenea, evidențiată de către Comisia Interamericană pentru Drepturile Omului în cauza *Tablada*: „Cea mai dificilă problemă în ce privește aplicarea art. 3 comun nu este extremitatea superioară a spectrului violenței domestice, ci mai degrabă cea inferioară. Linia care separă o situație de tulburări interne deosebit de violente de „cel mai mic” nivel al conflictului armat consacrat în art. 3, poate fi uneori neclară și, prin urmare, deloc ușor de determinat. În cazul confruntării cu o astfel de situație, este necesară o analiză obiectivă a faptelor în fiecare caz particular”. [15, p. 153]

Este util să se ia în considerare definiția *Tadić* ca un mijloc de a clarifica acest prag de aplicare a dreptului internațional umanitar. Este clar că intensitatea necesară pentru existența unui conflict armat este superioară tulburărilor interne și tensiunilor. Este clar, de asemenea, că ostilitățile nu trebuie să ajungă la amploarea „unor operațiuni militare susținute și rezistente”. Problema este una de clarificare a intensității necesare pentru calificarea situației ca fiind una de conflict armat.

După cum susține savantul A. Cullen, această intensitate depinde de interpretarea termenului „prelungit”. Nivelul violenței armate asociat cu acest termen determină aplicabilitatea dreptului internațional umanitar atunci când este îndeplinită și condiția unui grup armat organizat. [4, p. 124]

În ce privește utilizarea termenului „prelungit”, S. Boelaert-Suominen comentează că decizia Camerei de Apel pare să indice că acest lucru implică elementul timp. Jurisprudența Tribunalului indică faptul că termenii „violență armată prelungită” ar trebui să fie interpretați într-un mod flexibil și că termenul „prelungit” nu poartă același înțeles ca și termenul „susținut”. În consecință, nu există nicio obligație ca operațiunile militare să fie efectuate într-un ritm susținut sau continuu. [3, p. 634]

În mod similar, B. Thahyib-lie și O. Swaak-Goldman stipulează că: „Condiția de lungă durată este îndeplinită atunci când ostilitățile sunt extinse în timp și includ evenimente care pot fi atribuite conflictului. Faptul, dacă sunt sau nu ostilitățile de „lungă durată”, este evaluat prin referire la întreaga perioadă de la inițierea ostilităților până la încetarea acestora. În timp ce examinarea naturii „prelungite” a ostilităților ar putea fi destul de simplă într-un conflict armat neinternațional clasic, aceasta este mai problematică dacă mai multe părți nestatale sunt implicate. Măsură, în care ostilitățile dintre mai multe părți nestata-

le pot fi agregate pentru a determina dacă ostilitățile sunt prelungite, va depinde de relațiile dintre părțile nonstatale”. [20, p. 248]

Gradul de intensitate necesar pentru existența unui conflict armat a fost examinat în *Decizia Milošević*, regula 98 bis. Cerința intensității a fost evaluată focusându-se pe durata sau natura prelungită a conflictului și pe gravitatea ciocnirilor armate, [8, p. 28] pe răspândirea conflictului asupra teritoriului, pe creșterea numărului de forțe guvernamentale trimise în Kosovo și pe tipul armamentului folosit. [8, p. 30 - 31]

În evaluarea intensității violenței armate pe durata unei perioade diferite a conflictului din Kosovo, TPI în cauza *Limaj* a folosit o abordare similară cu cea aplicată în cauza *Milošević*. [8, p. 26 - 32] Gravitatea ciocnirii armate, mobilizarea trupelor de către guvern, felul de arme utilizate, distrugerea proprietății, deplasarea populației locale și existența victimelor [11] au fost evidențiate în calitate de condiții indicative ale intensității ostilităților. În evaluarea intensității ostilităților, Camera de Judecată a subliniat, de asemenea, nivelul violenței armatei între părțile la conflict și irelevanța scopului pentru care părțile au luptat. [17, p. 180]

Această declarație a Camerei de Judecată indică irelevanța *jus ad bellum* în determinarea existenței unui conflict armat. Acesta este un punct important de reținut. Guvernele au fost cunoscute ca negând aplicabilitatea dreptului internațional umanitar pe motive de a nu recunoaște cauza unui grup armat organizat. Trebuie subliniat, în legătură cu asemenea cazuri, că existența unui conflict armat este determinată pe baza unor criterii obiective și nu pe judecata subiectivă a oricărei dintre părțile la conflict. [4, p. 125]

După cum a notat Camera de Judecată a TPI în cauza *Akayesu*: „Ar trebui subliniat faptul că constatarea intensității unui conflict noninternațional nu depinde de judecata subiectivă a părților la conflict. Este necesar să se amintească faptul că cele patru Convenții de la Geneva, precum și cele două Protocoale, au fost adoptate, în primul rând, pentru a proteja victimele și potențialele victime de conflicte armate. În cazul în care aplicarea dreptului internațional umanitar ar depinde numai de hotărârea discreționară a părților implicate în conflict, în majoritatea cazurilor ar exista o tendință de minimalizare a conflictului de către părțile acestuia. Astfel, pe baza unor criterii obiective, atât art. 3 comun, cât și Protocolul Adițional II se vor aplica după ce a fost constatată existența unui conflict armat intern care întrunește criteriile respective prestabilite”. [10]

Unele studii prevăd un prag numeric de decese pentru recunoașterea unei situații ca fiind una de conflict armat. Anuarul Institutului Internațional Peace

Research de la Stockholm stabilește un prag numeric de o mie de decese legate de luptă, [24] în timp ce Departamentul Uppsala de Cercetări ale Păcii și Conflictelor stabilește un prag de douăzeci și cinci de decese legate de luptă. [20, p. 629]

Aceste praguri numerice sunt considerate a fi nepotrivite într-un context juridic pentru o serie de motive. În primul rând, accentul este pus doar pe numărul de decese și criteriul de organizare a actorilor nonstatali este trecut cu vederea. În al doilea rând, numărul de decese care survin în marea majoritate a conflictelor armate reprezintă doar o parte din numărul total de victime. În al treilea rând, prevederea unui prag numeric ar stabili o restricție nejustificată privind aplicarea art. 3 comun și altor norme cutumiare de drept internațional umanitar. Protecția, care ar putea fi acordată de dreptul internațional umanitar, nu se va mai aplica la multe situații, în special, în primele etape ale ostilităților sau în cazuri de mică intensitate a conflictului armat. După cum a notat Jean Pictet, „respectul datorat personalității umane, nu este măsurat prin numărul victimelor”. [9, p. 27]

Ca o condiție pentru determinarea existenței conflictului armat, intensitatea ostilităților este un element important pentru punerea în aplicare a dreptului internațional umanitar. În timp ce condițiile care atestă intensitatea conflictelor armate noninternaționale sunt de multe ori similare cu cele ale conflictelor internaționale, este de remarcat faptul că pragul de aplicare a dreptului internațional umanitar pentru primul este distinct diferit de cel din urmă.

O stare de conflict armat internațional se poate spune că există în absența ostilităților în cazurile ocupației militare. O situație în care două sau mai multe state sunt considerate „în război”, de asemenea, se califică drept conflict armat internațional în absența ostilităților. Art. 2 comun celor patru Convenții de la Geneva din 1949 definește aplicabilitatea lor în astfel de situații. Acesta prevede că fiecare convenție se aplică în toate cazurile de război declarat sau de orice alt conflict armat care poate apărea între două sau mai multe dintre părțile contractante, chiar dacă starea de război nu este recunoscută de unul dintre aceștia.

Convenția se va aplica, de asemenea, la toate cazurile de ocupație totală sau parțială a teritoriului unei Înalte Părți Contractante, chiar dacă așa-zisa ocupație nu întâlnește nicio rezistență armată. Așa cum o declarație de război, în sine, este suficientă pentru a aduce în vigoare Convențiile de la Geneva, este clar că cerința intensității nu trebuie să fie relevantă pentru determinarea statutului unui conflict armat inițiat în acest fel. Este de remarcat, de asemenea, că al doilea paragraf al art. 2 subliniază faptul că Convențiile se

aplică în toate cazurile de ocupație „chiar dacă ocupația nu întâlnește nicio rezistență armată”. [20]

Având în vedere că existența ostilităților nu este o condiție necesară pentru un conflict armat internațional, este clar că pragul de aplicabilitate asociat unor astfel de situații este diferit de cel al conflictelor armate noninternaționale. Orice analogie între cele două praguri, prin urmare, trebuie să fie atent calificată. Deși există o suprapunere considerabilă în standardele cutumiare ale dreptului internațional aplicabil conflictelor internaționale și neinternaționale, este important să se recunoască modul în care astfel de situații sunt caracterizate. Primul se manifestă, în general, ca o „recurgere la forța armată de către state”, în timp ce ultimul poate fi caracterizat în funcție de nivelul organizării grupelor armate și de intensitatea ostilităților.

Concluzii: În contextul celor expuse, prezintă interes afirmațiile cercetătorului V. Gamurari care ajunge la concluzia că „... *practica internațională, fără îndoială, este orientată spre reducerea diferențelor dintre dreptul aplicabil de către părțile la un conflict internațional și cel aplicabil unui conflict armat intern. Urmând acest curs, organismele internaționale nu trebuie să tindă spre alinierea completă a acestor două tipuri de conflicte. E de preferat să fie adoptate acele reguli și principii care sunt relevante pentru situațiile specifice conflictelor interne, precum și pentru părțile acestor conflicte, inclusiv grupuri armate de opoziție*”.

Deoarece o realitate a timpului sunt așa-numitele „conflicte interne internaționalizate” care reprezintă conflictele armate neinternaționale transformate în conflicte cu caracter internațional, în general, ca urmare a intervenției unui alt stat prin intermediul unui grup rebel local, fie prin propriile sale forțe armate. Determinarea existenței unui astfel de conflict poate fi dificilă din cauza confidențialității oricărei informații cu privire la aceste operațiuni militare, dar și din cauza sensibilității politice a unei asemenea determinări[20].

Iată de ce, în concluzie, este necesar de menționat că indiferent de tipul conflictului armat, cadrul juridic intern al statelor ar trebui să fie elaborat în corespundere cu multitudinea instrumentelor juridice internaționale în acest domeniu pentru ca să asigure o protecție adecvată a drepturilor omului.

Studiul efectuat ar putea aduce o contribuție substanțială raportându-ne la necesitatea obiectivă privind baza conceptuală a Dreptului Internațional Umanitar, deoarece pacea, securitatea, siguranța viitorului depind de un singur lucru, și anume, aplicarea și respectarea întotdeauna a Dreptului Internațional Umanitar.

Bibliografie

1. Agreement on the Organisation of the International Activities of the Components of the International Red Cross and Red Crescent Movement, 322 International Review of the Red Cross, 1998, p. 159. <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/iwpList74/>
2. Armed Conflicts Linked to the Disintegration of State Structures: Preparatory Document drafted by the International Committee of the Red Cross for the First Periodical Meeting on International Humanitarian Law, Geneva, ICRC, January 1998. <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JPLQ>
3. Boelaert-Suominen S. The Yugoslavia Tribunal and the Common Core of Humanitarian Law Applicable to all Armed Conflicts. In: Leiden Journal of International Law 13. Cambridge University Press, 2000, p. 619 - 653.
4. Cullen A. The concept of non-international armed conflict in international humanitarian law. New York: Cambridge University Press, 2010. 238 p.
5. Dormann K. War crimes under Rome Statute of the International Criminal Court, with a special Focus on the Negotiations on the Elements of Crimes. Max Planck Yearbook of United Nations Law. 2003, Volume 7, p. 341 - 407.
6. Gaparayi I. The Milošević Trial at the Halfway Stage: Judgement on the Motion for Acquittal. In: Leiden Journal of International Law. 2004, issue 4, vol. 17, p. 737 - 766.
7. Greenwood C. The Development of International Humanitarian Law by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. In: Year Book of United Nations Law. 1998, vol. 2, p. 97 - 140.
8. Milošević Trial Chamber Decision on Motion for Judgment of Acquittal (*Milošević* Rule 98bis Decision) Case No. IT-02-54-T, 16 June 2004, p. 28.
9. Pictet Jean. Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. Geneva / Dordrecht: International Committee of the Red Cross / Martinus Nijhoff Publishers, 1986. 1647 p.
10. Prosecutor vs Akayesu (Trial Judgement), ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda, 2 September 1998. <http://www.69.94.11.53/.../Akayesu/judgement/.../index.htm>
11. Prosecutor vs Milošević, et al. Second Amended Indictment, Case No. IT-99-37-PT, 16 October 2001. <http://www.un.org/icty/indictment/english/mil-2ai011029e.htm>
12. Prosecutor vs Musema, Judgment and Sentence, Trial Chamber I, Case No. ICTR-96-13-A, 27 January 2000, p. 251. <http://www.icty.org/.../ Musema%20Decision%20on%20Request%20for%20Transfer.doc>
13. Prosecutor vs Tadić (Case No. IT-94-1-AR72), 14 December 1995, Tadić Jurisdiction Decision. <http://litigation-essentials.lexisnexis.com/.../app?>
14. Prosecutor vs. Limaj et al. (Trial Judgment), IT-03-66-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 30 November 2005, par. 90. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48ac17cc2.html>
15. Rowe P. The International Criminal Tribunal for Yugoslavia: The Decision of the Appeals Chamber on the Interlocutory. In: Appeal on Jurisdiction in the Tadic Case. ICLQ 45. 1996, p. 691- 701. <http://www.swedenabroad.com/SelectImage/47067/YB06mini.pdf>
16. Site-ul oficial al Organizației Națiunilor Unite. <http://www.un.org>.
17. Statutul de la Roma al Curții Penale Internaționale adoptat la 17.07.1998 (U.N. Doc. A/CONF.183/9*). <http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/rome fra.htm>
18. SIPRI Yearbook 2006: Armaments, Disarmament and. International Security. <http://www.swedenabroad.com/SelectImage/47067/YB06mini.pdf>
19. Wallenstein P., Sollenberg M. Armed Conflict 1989-2000. In: Journal of Peace Research. September 2001, 38 (5), p. 629 - 644.
20. <https://spodas.unap.ro/revista/index.php/revista/article/viewFile/326/302>

DESPRE AUTOR
ABOUT AUTHORS

Ion FRUNZE,
dr. în drept, USEM
Phd in Law, dr., UESM
e-mail: vcristo@mail.ru



Teoria statului și dreptului

CZU: 342.731

DESPRE LIBERTATEA RELIGIOASĂ ȘI REGIMUL EI JURIDIC. CONSIDERAȚII ȘI EVALUĂRI

Prof. univ. dr. D.H.C. Nicolae V. DURĂ,
Universitate Ovidius din Constanța, România,
Membru titular al Academiei Oamenilor de Știință din România,
Membru al Academiei Naționale a Georgiei

În textul unor instrumente (documente) internaționale, care au forța lui „*Jus cogens*”, libertatea religioasă este enumerată – după cum era și firesc – după libertatea de gândire și libertatea de conștiință. Or, în textul constituțional al unor State ale lumii, noțiunea de libertate religioasă a fost fie eliminată, fie inclusă în conținutul libertății de conștiință, așa după cum s-a procedat prin Legea din 9 decembrie 1905 din Franța, care făcea referință expresă doar „la liberté de conscience”, în temeiul căreia era garantat „liberul exercițiu al Cultelor” (religioase) (Art. 1).

Textele principalelor instrumente internaționale ne adevăresc însă faptul că cele trei libertăți (de gândire, de conștiință și de religie) trebuie percepute și definite ca având propria lor identitate, conținut și regim juridic, și că liberul exercițiu al Cultelor religioase nu poate fi identificat cu „libertatea religioasă”, întrucât aria sa de manifestare este mult mai largă. Ca atare, în paginile acestui studiu am adus câteva corective și unele precizări lămuritoare în privința regimului lor juridic, și, *ipso facto*, al statutului lor constituțional.

Cuvinte-cheie: *libertatea religioasă, libertatea de conștiință, instrumente internaționale, texte constituționale.*

ABOUT RELIGIOUS FREEDOM AND ITS LEGAL FRAMEWORK. CONSIDERATIONS AND EVALUATIONS

In the international instruments, which have the force of *Jus cogens*, the freedom of religion is naturally associated with the freedom of thought and the freedom of conscience. But, in the constitutional text of some world states, the freedom of Religion was either eliminated, or included in the content of the liberty of conscience, following thus the example provided for by the Law of December 9, 1905, in France, which referred exclusive only to the freedom of conscience, by which, it was guaranteeing “the free exercise of the Cults” (religious) (Article 1).

However, the texts of the main international instruments reveal expressly that the three freedoms (of thought, of conscience and of religion) has to be perceived and defined as having their own identity, content and legal status, and that the guarantee of the free exercise of religious can't be identified with the religious liberty, since its sphere of manifestation is wider. Consequently, in our study, we have brought some corrective and clarifying explanations regarding their legal regime, and *ipso facto*, their constitutional status.

Keywords: *freedom of religion, freedom of conscience, international instruments, constitutional texts.*

Introducere: Că dreptul la libertatea Cultelor religioase a fost recunoscut încă din Antichitate ne-o atestă în chip peremptoriu atât Decretul împăratului Cirus „cel Mare” al Persiei (559 - 529 î. Hr.), privind dreptul evreilor de a-și exprima și manifesta public Crezul lor religios, monoteist [1, p. 231-242], cât și edictul de la Milan [2, p. 923-930] al lui Constantin cel Mare, din anul 313, în temeiul căruia – printre „Religiones licite” (Religiile permise) – s-a numărat și Religia creștină.

De-a lungul secolelor, libertatea de Religie avea să fie însă nu numai percepută și definită diferit, dar să cunoască și forme diferite de manifestare, ca, de exemplu, libertate deplină, toleranță, limitare sau restrângere a conținutului ei juridic, raportarea acesteia la libertatea de conștiință, și, în fine, interzicerea ei totală.

De exemplu, în literatura occidentală, de specialitate, se afirmă că „sub inspirația gândirii liberale continuatoare a filosofiei Luminilor, care face din libertatea individuală principiul și fundamentul ordinii sociale, în 1914 majoritatea statelor renunțaseră deja să mai impună prin lege unitatea de credință: libertatea de conștiință era recunoscută, iar cea a cultelor era admisă sau începea să fie tolerată” [3, p. 175].

Sub impactul acestei „gândiri liberale” – care se dorea continuatoarea „filosofiei Luminilor” – se pregătea însă materializarea dezideratului ca „libertatea credințelor religioase” să fie eliminată din tradiționalul și clasicul triumvirat al libertăților: de gândire, de conștiință și de religie, fapt care s-a produs de altfel prin Revoluția franceză din anul 1789.

Această gândire liberală a filosofiei Luminilor –

care a făcut ca libertatea religioasă din majoritatea Statelor europene să fie – după afirmația unor juriști francezi – de-abia tolerată în anul 1914, s-a datorat într-adevăr Revoluției franceze din anul 1789, care a eliminat de fapt din peisajul juridic noțiunea de libertate religioasă.

Conținutul de bază: Într-adevăr, în „Declarația Drepturilor Omului și ale Cetățeanului”, din anul 1789, nu se face referință la libertatea religioasă, ci doar la „drepturile omului și ale cetățeanului” (*les droits de l’homme et du citoyen*), pe care „Adunarea Națională” a Franței le recunoștea și le declara „sous les auspices de l’Être suprême” [4] (sub auspiciile Ființei supreme) (sic).

În aceeași Declarație se făcea însă referință expresă la „drepturile naturale ale Omului” (*les droits naturels de l’Homme*), recunoscute ca fiind „inalienabile și sfinte” (*inaliénables et sacrés*), și, printre acestea drepturi, era menționată la loc de frunte „la liberté de l’Homme” (libertatea Omului) (Art. 2), fără să fie specificat conținutul sau felul ei, ci aceasta se definea – *grosso modo* – doar în termenii folosiți odinioară de jurisconsultii romani, adică „alterum non laedere” (să nu vatămă pe altul) (Ulpianus) [5, lb. I, 3]. Într-adevăr, în Declarația din 1789 se preciza „expressis verbis” că „libertatea constă în a face tot ceea ce nu vatămă pe altul (*tout ce qui ne nuit pas à autrui*) ...” (Art. 4).

În textul aceleiași Declarații – care a avut și are încă un impact destul de mare printre politologii, juriștii, sociologii și filosofii lumii seculare – se face referință și la „les opinions religieuses” (opiniile religioase), adăugându-se însă precizarea că „nimeni nu trebuie să fie hărțuit pentru opiniile sale, chiar religioase, cu condiția ca manifestările lor să nu tulbure ordinea publică stabilită prin Lege” (Art. 10). Or, această referință la „ordinea publică” avea să fie reiterată „ad litteram” nu numai în textul din prima Constituție a Republicii franceze, adică din anul 1791, ci și în cel al unor Constituții ale Statelor moderne.

Trebuie de asemenea precizat și reținut faptul că, în prima Constituție a Republicii franceze, din anul 1791, se face însă referință doar la „libertatea oricărui om ... de a exercita cultul religios (*d’exercer le culte religieux*) de care aparține” (Tit. I, 3) [6], care presupunea de fapt asigurarea libertății de a aparține la un Cult religios. Cu alte cuvinte, era deci vorba de libertatea de Cult religios, care nu se poate însă substitui dreptului la libertatea religioasă, în al cărei areal și conținut intră de fapt și libertatea de Cult religios.

Or, și acest lucru învederează faptul că din 26 august 1789, când a fost prezentată această „Déclaration solennelle” (Declarație solemnă) de „reprezentanții poporului francez, constituiți în Adunarea națională”

(Preambul), și, implicit, din anul 1791, când a fost publicată prima Constituție a Republicii franceze – care a trecut textul Declarației din 1789 ca Preambul al textului ei – lumea a cunoscut o nouă abordare și definire a drepturilor și a libertăților omului – inclusiv al dreptului la libertatea religioasă – de unde și necesitatea de a face o prezentare și o evaluare – fie ea și succintă – a textului principalelor norme ale legislației internaționale și naționale.

În primul rând, trebuie învederat faptul că, în principalele instrumente internaționale privind drepturile omului [7], noțiunea de „libertate religioasă” o aflăm inclusă în sintagma „Dreptul la libertatea de gândire, conștiință, religie sau credință religioasă”, care a fost de altfel preluat tale-quala și în Constituțiile Statelor U.E., inclusiv în Constituția României (cf. Art. 29).

În Constituțiile unor State ale lumii nu se mai face însă referință expresă la libertatea de gândire și la libertatea de religie, ci doar la libertatea de conștiință [8, p. 147-170], astfel încât nu s-ar mai putea vorbi despre un triumvirat al libertăților, ci doar de o mono-libertate, și anume de libertatea de conștiință. Or, matricea acestor libertăți este tocmai libertatea religioasă [9, p. 15-24], de unde și sporirea deciziilor Curții de la Strasburg privind necesitatea afirmării „autonomiei Bisericii” și, ipso facto, a protejării acestei libertăți „... not only of the forum internum, but also of the forum externum” [10, p. 54] (nu doar în forul ei intern, ci și în cel extern). De altfel, în textul aceluiași instrumente internaționale, care au forța lui „*jus cogens*”, se afirmă în mod expres faptul că fiecare dintre cele trei libertăți dau naștere altor libertăți, de unde, deci, și obligativitatea ca fiecare dintre cele trei libertăți să fie percepută și definită ca fiind de sine stătătoare, având propria ei identitate, propriul ei conținut și propriul ei statut juridic [11, p. 153-192].

Într-unul dintre aceste instrumente internaționale, publicat în anul 1981, se prevedea, de exemplu, faptul că acest drept la „libertatea de Religie” include „următoarele libertăți: a) De a organiza servicii divine și de a se reuni într-o anumită Religie sau Credință, și de a stabili și menține locuri în aceste scopuri; b) De a stabili și menține instituții caritabile și umanitare corespunzătoare; c) De a produce, dobândi și folosi într-o măsură corespunzătoare articolele și materialele necesare legate de ritualuri și obiceiuri ale unei Religii sau credințe; d) De a scrie, produce și răspândi publicații relevante în acest domeniu; e) De a propovădui o Religie sau o credință în locuri potrivite acestor scopuri; f) De a solicita și primi ajutoare financiare voluntare și alte contribuții de la persoane individuale și instituții; g) De a pregăti, numi, alege sau desemna prin succesiune conducători potriviți, după cerințele și standardele fiecărei Religii sau credințe; h) De a

respecta zilele de odihnă și de a celebra sărbătorile și ceremoniile în acord cu preceptele unei religii sau credințe; i) De a stabili și menține comunicări cu persoane individuale și comunități în probleme de religie și credințe la nivel național și internațional” [12].

Sub aspect juridic, dreptul de a avea și mărturisi public o Credință religioasă sau o convingere religioasă se manifestă sub următoarele aspecte:

a) Libertatea oricărei persoane de a avea și mărturisi public o credință religioasă [13, p. 122-127] „... fără a implica libertatea de a refuza valabilitatea unor prevederi legislative imperative, sprijinindu-se pe obiecții, decurgând din anumite convingeri religioase” [14, p. 298].

b) Libertatea de a nu avea o credință religioasă sau o convingere religioasă, în temeiul căreia nicio persoană nu poate fi obligată să participe „la Cult sau alte activități religioase împotriva voinței sale” [15].

c) Dreptul oricărei persoane de a-și schimba Religia sau convingerea religioasă, care presupune însă eliminarea oricărei forme de intoleranță, de prozelitism și de discriminare [16, p. 45-64] bazată pe propria credință religioasă.

d) Dreptul oricărei persoane de a-și manifesta convingerile religioase, individual sau colectiv, public sau într-un cadru privat, care, „... în opinia Curții Europene, ..., include și dreptul de a încerca să-l convingi pe aproapele tău” [14, p. 298]. Dar, acest drept de a-l convinge pe aproapele tău nu trebuie să se manifeste „prin presiuni abuzive ce iau forma unei hărțuiri sau a unui abuz de putere” [14, p. 298].

e) Dreptul oricărei Comunități religioase de a dispune „de posibilitatea de a-și asigura propria protecție jurisdicțională, pe cea a membrilor săi și a bunurilor sale și, îndeosebi, a personalității sale juridice, în cazul în care conform dreptului intern doar Cultele recunoscute pot fi practicate” [14, p. 299].

f) Dreptul la libertatea de a-ți mărturisi credința Religiei tale, adică Crezul Bisericii tale, – individual sau colectiv, în public sau în privat, – și de a-ți manifesta propria credință prin Cultul liturgic și prin forma de organizare și conducere a Cultului tău religios [17, p. 290-311]. Acest drept la libertatea religioasă implică însă nu numai libertatea unei persoane „de a-și schimba Religia” sau credința sa religioasă, ci și aceea de a o propovădui oricărei persoane fără limite sau constrângeri, indiferent de ce natură ar fi acestea.

În „Convenția Americană a Drepturilor Omului” [18] – adoptată la San José (Costa Rica) la 22 noiembrie 1969 – se făcea referință expresă doar la „the right to freedom of Conscience and Religion” (dreptul la libertatea de conștiință și de religie), nu și la „the right to freedom of Thinking” (cf. Art. 12), adică la „dreptul la libertatea de Gândire”.

Cele două libertăți, id est, de Conștiință și de Religie”, erau deci asociate sub umbrela aceluiași „Drept”, care „include libertatea oricui de a-și menține sau de a-și schimba Religia sau credințele, și libertatea de a-și profesa sau disemina religia sau credințele, fie individual, fie împreună cu alții, în public sau în privat” (Art. 12 al. 1).

Aceeași Convenție interzice ca cineva „să fie subiectul unor restricții care ar putea să afecteze libertatea lui de a menține sau de a schimba Religia sau Credințele lui” (Art. 12 al. 2). Și, pentru a nu lăsa loc de interpretări „pro domo”, autorii Convenției Americane a drepturilor omului din anul 1969 au ținut să precizeze – în deplină consonanță cu prevederile principalelor instrumente internaționale în materie – că „libertatea de a-ți manifesta propria Religie și Credință poate fi subiectul doar al unor limitări prevăzute de Lege, și care sunt necesare pentru protejarea siguranței publice, ordinii publice, sănătății publice, Moralei sau Drepturilor și Libertăților altora” (Art. 12 al. 3).

Cât privește noțiunea de „Morală”, trebuie spus că nu era vorba despre o Morală cu un conținut religios, ci despre „Morală publică” sau „Morală socială” [19, p. 221-222] (colectivă și individuală), dar, în niciun caz nici despre „etică”, așa după cum mai găsim – încă, din nefericire, – menționat în textele unor Constituții ale unor State europene.

Convenția Americană a prevăzut de asemenea faptul că „părinții sau tutorii” au „dreptul de a asigura copiilor o educație religioasă și morală conformă cu propriile lor convingeri (religioase) (in accord with their own convictions) (Art. 12 al. 4). De data aceasta, era desigur vorba despre o „Morală” ale cărei precepte aveau un conținut eminent religios, adică propriu Religiei părinților sau tutorilor respectivi.

Prin Decizia nr. 669, din 12 noiembrie 2014, Curtea constituțională a României preciza și ea că „... includerea Religiei ca disciplină școlară, parte a trunchiului comun, nu reprezintă eo ipso o problemă de natură a genera nerespectarea libertății conștiinței, ...”, și că „prevederile art. 9 alin. 1 din Legea nr. 84/1995 și art. 18 al. 1 din Legea 1/2011 reprezintă o consacrare a dispozițiilor constituționale ale art. 32 al. 7 ...” [20]. Or, după afirmația deja îndătinată în literatura de specialitate, - de limbă română - Libertatea religioasă ar avea un „conținut juridic” care „se exprimă în trei dimensiuni”, și anume prin „libertatea de gândire, libertatea de conștiință și libertatea de Religie” [14, p. 297], dar că „libertatea de religie” trebuie percepută „ca aspect de conținut al libertății de conștiință, ...” [14, p. 297].

Unii juriști au constatat de altfel faptul că, în România, Curtea Constituțională are „o jurisprudență con-

tradictorie în special în privința garantării libertății de conștiință înțeleasă ca libertate religioasă. Astfel, în anul 2012 a statuat că dispozițiile normative privind obligativitatea învățământului religios în școli nu contravin libertății de conștiință garantată de dispozițiile art. 29 din Constituție”. Dar, „... printr-o decizie din noiembrie 2014 încă nepublicată, ... Deciziile Curții Constituționale sunt o înfrângere morală a justiției, dar o victorie a libertății conștiinței ...” [14, p. 309], care se exprimă „... nu în relația cu lumea materială supusă determinismului și cauzalității naturale și implică tuturor precarităților existențiale, ci prin raportare la universul valoric autentic ce decurge în mod firesc din relația de iubire a omului față de Dumnezeu și față de semenii” [14, p. 310].

De asemenea, s-a remarcat faptul că atât „în sfera politică”, cât și în cea „juridică”, în documentele internaționale și interne se poate constata „o anumită rezervă sau reținere în a recunoaște și garanta în mod absolut libertatea de conștiință în raport cu tradițiile de cultură și religie ale statelor. Cu titlu de exemplu ne referim – scria Judecătorul Marius Andreescu – la refuzul politicianilor de a consemna în tratatele constitutive ale Uniunii Europene identitatea cultural creștină a țărilor membre ale acestei organizații, sau unele decizii ale Curții europene a Drepturilor Omului, dar și ale Curții Constituționale, care interpretează dispozițiile normative privind libertatea religioasă aplicate cultului creștin, învățământului religios sau simbolurilor de credință ortodoxe, în mod restrictiv sau condiționat, eludând astfel tradițiile religioase ale poporului român, importanța religiei, cu deosebire ortodoxe pentru formarea morală a omului și mai ales caracterul absolut, necondiționat al libertății religioase, singurele limite fiind legate de cerințele respectării demnității omului, a spiritului de toleranță inter confesional și a principiilor legii morale unanim acceptate de spiritul comun al bunului simț” [14, p. 305].

Articolul 9 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului prevede obligativitatea respectării „forului intern” al oricărei persoane [21, p. 9-27], de unde, deci, și „... obligația statului de a nu exercita niciun fel de constrângere la nivelul conștiinței individului” [14, p. 306], fiindcă, într-adevăr, încă din epoca romanilor se știa că „de internis non iudicat praeter”!

În Convenția cadru pentru protecția minorităților naționale – publicată de Consiliul European în ziua de 1 februarie 1995 [22] – se prevede de asemenea faptul că „o societate pluralistă și cu adevărat democratică” trebuie să respecte și „identitatea religioasă a fiecărei persoane aparținând unei minorități naționale ...” din „... cadrul Statului de drept, cu respectarea integrității teritoriale și a suveranității naționale, ...” (Preambul).

Prin urmare, trebuie să facem o distincție clară între cele două „identități” sau „libertăți” ale persoanei umane, și anume libertatea de conștiință și libertatea religioasă, care fac parte din drepturile naturale ale omului [23, p. 213-233], fiind astfel preexistente consacării lor în legile pozitive. De altfel, „nu legea este aceea care determină și dă conținut libertăților individuale și drepturilor fundamentale, ci, invers, legitimitatea oricărei legi decurge direct din modul în care libertățile și drepturile fundamentale, preexistente, sunt reflectate în norma juridică” [14, p. 303].

Aceeași Convenție prevede că Statul trebuie să asigure oricărei persoane care aparține unei minorități naționale și „libertatea de Religie” (Art. 8). De altfel, atât Statele membre ale Consiliului European – din care face parte și România – cât și celelalte state semnatare ale acestei Convenții-cadru, trebuie să ia „... măsuri în domeniul educației și al cercetării, pentru a încuraja cunoașterea culturii, istoriei, limbii și religiei atât ale minorităților naționale, cât și ale majorității” (Art. 12 al. 1), de unde și obligativitatea Statelor U.E. și a celorlalte State semnatare ale acestei Convenții de „a facilita contactele dintre elevi și profesori ai diferitelor comunități” (Art. 12 al. 2), inclusiv deci între cei ai comunităților majoritarilor și cei ai comunităților minoritarilor.

Printre altele, actualul Șef al Secretariatului de Stat pentru Culte, din România, recunoștea faptul că „... regimul comunist a instituit un control strict al vieții religioase și a căutat să excludă cu totul Cultele religioase din viața publică, obligându-se să se limiteze la rolul lor liturgic” [24, p. 271].

Conștient poate și de faptul că în România, din epoca aceea, Cultele religioase au fost excluse din „viața publică”, Legiuitorul român a redactat și publicat o lege organică privind regimul juridic al Cultelor religioase din România (cf. Legea 489/2006), în care a fost prevăzut „expressis verbis” tocmai libertatea religioasă pe care regimul totalitar o exclusese din Cetate, chiar dacă precizarea statutului juridic al acesteia lasă încă de dorit [25, p. 141-152]. Într-adevăr, în exprimarea autorilor Legii 489/2006 [26, p. 37-54] (Legea Cultelor din România), libertatea religioasă „cuprinde (sic.) dreptul oricărei persoane „de a avea sau nu o religie și a și-o manifesta în public sau particular”, „precum și libertatea de a-și păstra sau schimba credința religioasă” (Art. 2 al. 1). Cu alte cuvinte, libertatea religioasă ar „cuprinde” doar „dreptul”, cât și „libertatea” unei persoane de a avea sau schimba propria credință religioasă (Cf. Art. 5 al. 1 din Legea 489/2006).

Din această definiție pe care legiuitorul român a dat-o Libertății religioase, rezultă deci că, în percepția sa, „dreptul” și „libertatea” sunt unul și același lucru

atunci când avem de-a face cu „libertatea religioasă”. Se pare însă că această percepție eronată se datorează faptului că autorii acestei legi nu au făcut referință nici la „*jus divinum*” și nici la „*jus naturale*” [27, p. 517-524], pe temeiul cărora o ființă umană sau o persoană are atât „dreptul”, cât și „libertatea” de a avea „propriile convingeri” religioase și de a-și mărturisi o credință religioasă.

Trebuie, de asemenea, remarcat și învederat faptul că, în temeiul Legii 489/2006, acest „drept” al unei persoane „nu se referă la o „credință religioasă”, ci la o „religie” (sic), a cărei libertate este explicit condiționată nu doar de „propriile convingeri „religioase”, ci și de „prevederile prezentei legi” (sic). De altfel, legiuitorul român condiționează dreptul unei „persoane” de a-și manifesta „credința religioasă” conform „prevederilor prezentei legi atât în structuri religioase cu personalitate juridică, cât și în structuri fără personalitate juridică” (Art. 5 al. 1), adică în cadrul „cultelor și asociațiilor religioase” (structuri cu personalitate juridică) și al grupărilor religioase” (structuri fără personalitate juridică) (Art. 5 al. 2).

Legea 489 din 28 decembrie 2006 (Legea Cultelor) [28] prevede că „Statul român respectă și garantează dreptul fundamental la libertatea de gândire, de conștiință și religioasă al oricărei persoane de pe teritoriul României, potrivit Constituției și Tratatelor internaționale la care România este parte” (Art. 1 al. 1). Așadar, în acest articol din Legea Cultelor se face referință doar la dreptul la libertatea religioasă, nu și la dreptul la libertatea Cultelor religioase ci doar la regimul juridic al acestora, despre care face referință expresă în Articolul următor (doi).

Într-adevăr, în conformitate cu prevederile acestei Legi, „privind libertatea religioasă și regimul general al Cultelor” [29, p. 279-290], „libertatea religioasă cuprinde dreptul oricărei persoane de a avea sau de a adopta o religie, de a și-o manifesta în mod individual sau colectiv, în public sau în particular, prin practicile și ritualurile specifice cultului, inclusiv prin educație religioasă, precum și libertatea de a-și păstra sau schimba credința religioasă” (Art. 2 al. 1).

Conform Articolului 2 al. 2, din Legea nr. 489/2006, „libertatea” unei persoane „de a-și manifesta credința religioasă poate face obiectul unor „restrângeri ... prevăzute de lege”. Aceste „restrângeri” sunt considerate de legiuitorul român drept „măsuri necesare într-o societate democratică pentru securitatea publică, protecția ordinii, a sănătății sau a moralei publice ori pentru protejarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului”.

În fine, aceeași Lege prevede că „părinții sau tutorii au dreptul exclusiv de a opta pentru educația religioasă a copiilor minori conform propriilor convingeri”

(Art. 3 al. 1), adică a convingerilor religioase a acestora, așa după cum prevede de altfel în mod expres și Dreptul internațional [30, p. 240-248].

În România, Secretariatul de Stat pentru Culte – care se află sub coordonarea Prim-Ministrului – este definit nu numai ca „principala instituție a Statului care se ocupă de relațiile dintre stat și culte”, dar și „garantul libertății religioase și al parteneriatului Stat-Culte” [24, p. 273], și a cărei „misiune” „este, pe de o parte, – ne precizează chiar conducătorul acesteia – garantarea drepturilor și libertăților care țin de conștiință și religie, dreptul de a aparține sau nu unei comunități de credință religioasă, dreptul părinților de a-și educa copiii potrivit propriilor convingeri religioase sau filosofice” [24, p. 273].

Fără îndoială, pentru cei care împărtășesc și mărturisesc o Credință religioasă, un astfel de „Secretariat” ar trebui să fie în primul rând garantul dreptului părinților de a-și educa copiii potrivit propriilor „credințe religioase”, și nu doar al propriilor „convingeri religioase”, dacă dorim într-adevăr să vorbim despre „dreptul la libertatea de Religie” [31, p. 833-838], sau despre „libertatea Religiei” și „Dreptul la libertatea religioasă” [32, p. 831-838].

Printre principalele atribuții ale Secretariatului de Stat pentru Culte se numără și „elaborarea și aplicarea de politici publice în domeniul vieții religioase; ...; supervizarea respectării libertății religioase și manifestarea aplicării actelor normative în vigoare privind libertatea religioasă; ...; reprezentarea Statului român în plan internațional, pe probleme care privesc libertatea religioasă și relațiile stat-culte; ...” [24, p. 273].

Nu trebuie însă ignorat faptul că legitimitatea unei libertăți nu decurge din prevederea unei Legi sau a unei norme juridice, ci a Legii morale naturale, care oferă acesteia posibilitatea ca „libertatea omului” să poată „contrazice legea”, dar „legea” să nu poată „contrazice libertatea omului” [14, p. 303]. Că doar libertatea determinată de „Legea morală naturală” [33, p. 158-173] este o libertate autentică, care nu este prevăzută sau garantată de o normă juridică, ne-o confirmă de altfel și faptul că în textul instrumentelor juridice internaționale, privind drepturile și libertățile omului, se precizează „*expressis verbis*” că „statele recunosc drepturi și libertăți fundamentale”. Ca atare, Statele respective „le construiesc normativ și nu le impun ca un dat juridic” [14, p. 303].

Încă din Antichitate, este cunoscut și faptul că orice fel de „libertate” determinată de Lege implică și o formă de constrângere, și, ipso facto, unele limitări ale formelor de manifestare ale conținutului ei, fiindcă „... orice lege juridică, prin esența sa, este o formă de limitare și de restrângere sau condiționare a libertății omului” [14, p. 303]. Nu este de altfel surprinzător

faptul că și textele constituționale fac referință expresă și la „restrângerea exercițiului unor drepturi sau libertăți” (Art. 53 din Constituția României; Art. 54 din Constituția Republicii Moldova), cu precizarea că „exercițiul” acestor drepturi sau libertăți „poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, ...” (Art. 53 al. 1 din Constituția României), și dacă aceste „restrângeri ... corespund normelor unanim recunoscute ale Dreptului internațional ...” (Art. 54 al. 2 din Constituția Republicii Moldova).

Despre conținutul juridic al libertății de conștiință, s-a spus că a fost „denumit uneori și libertatea gândirii” [14, p. 297], de care beneficiază deopotrivă „atât credincioșii, cât și „agnosticii, scepticii sau persoanele neutre” [34], de unde și substituirea libertății de gândire cu libertatea de conștiință. Or, aceeași confuzie voită s-a făcut și între libertatea de conștiință și libertatea religioasă. De exemplu, în Legea Cultelor din Rusia, adică în „Legea federală, nr. 105-Fz, din 26 Septembrie 1997, printre altele se face referință expresă la „... drepturile omului și ale cetățeanului și la libertatea de conștiință și credință” (Art. 2 al. 2) [35]. Cu alte cuvinte, în această Lege a Cultelor se face de fapt referință doar la libertatea de conștiință, chiar dacă la aceasta a fost asociată și libertatea religioasă, sau „The freedom of faith” (Libertatea de credință) (Preambul).

În aceeași Lege se precizează de altfel faptul că prevederile ei „... corespund cu reglementările Constituției Federației Ruse” și cele ale „Codului Civil al Federației Ruse” (Art. 2 al. 1). Așadar, și în Rusia, atât în textul constituțional și al Codului civil, cât și în cel din Legea Cultelor, libertatea religioasă nu apare cu o identitate proprie, ci doar ca parte integrantă din conținutul libertății de conștiință, așa după cum este de altfel, uneori, cazul și în textele legislative ale României și ale altor state. Oricum, nu trebuie ignorat sau ocolit faptul că reducerea statutului juridic al libertății religioase la unul cu caracter asociativ s-a produs – pentru prima dată – în Constituția promulgată în Franța în anul 1791, ca produs al ideologiei Revoluției franceze din anul 1789, împrăștiată în mare parte și de Revoluția bolșevică.

Unii constituționaliști din Republica Moldova asociază și ei libertatea religioasă la trunchiul comun al libertății de conștiință, pe care o includ în categoria „drepturilor social-politice” [36]. De altfel, conform definiției dată de Domniile lor, „libertatea conștiinței este posibilitatea cetățeanului Republicii Moldova de a avea și de a-și exprima public o anumită concepție despre lumea înconjurătoare, de a împărtăși sau nu o credință religioasă, de a aparține unui anumit Cult religios, de a îndeplini sau nu ritualul cerut de acea credință, posibilitatea limitată în exercițiul ei numai de rațiunile de ordine ca atare de către legiuitor” [36].

În loc de Concluzii: Din evaluarea unor aserțiuni vehiculate în literatura de specialitate, privind libertatea religioasă și regimul ei juridic, am putut constata următoarele realități: a) „Libertatea de conștiință” nu face parte din categoria de „Drepturi private” (Pollegriano Rossi), ci din cele „social-politice”; b) „Libertatea de conștiință” este percepută și afirmată de unii constituționaliști și cu sensul de „libertate religioasă”, exprimată în termenii de „posibilitate a cetățeanului ... de a împărtăși sau nu o credință religioasă ...”; c) „Libertatea de conștiință” nu aparține „omului”, ci doar „cetățeanului”, care are deci și dreptul „de a-și exprima public o anumită concepție despre lumea înconjurătoare”, de unde și catalogarea ei în categoria „drepturilor social-politice”; d) libertatea de conștiință „include libertatea religioasă”, fiindcă aceasta ar avea „o ofertă largă” (E. S. Tănăsescu).

Din aceleași considerații și evaluări – fie și succinte – pe care le-am făcut în paginile acestui studiu juridic – atât pe baza analizei hermeneutice a textului unor instrumente internaționale, ca, de exemplu, *Declarația drepturilor omului și ale cetățeanului*, din anul 1789, *Declarația drepturilor omului din anul 1948*, *Convenția europeană a drepturilor omului* din anul 1950, *Declarația cu privire la eliminarea tuturor formelor de intoleranță și de discriminare bazate pe religie sau credință* (25 noiembrie 1981), *Convenția Americană* din 22 noiembrie 1969 etc., cât și al textului unor Constituții naționale (Franța, România, Rusia și Republica Moldova) și Legi ale Cultelor religioase din România (Legea 489/2006) și din Rusia (26 septembrie 1997), - s-a putut învedera faptul că atât sintagma „libertatea religioasă”, cât și regimul ei juridic, nu sunt încă bine precizate în literatura de specialitate, de unde și necesitatea ca atât Legiuitorul internațional, cât și cel național, să-i identifice și să-i precizeze conținutul și formele sale de manifestare, fiindcă această libertate – cu teme în „Jus naturale” – a fost și rămâne matricea tuturor libertăților [37, p. 129-151], inclusiv deci a celor două libertăți, adică libertatea de gândire și de conștiință.

Referințe bibliografice

1. N. V. Dură, The Right to Freedom of Religion during of Emperors Cyrus “the Great” (559-529 BC) and Alexander “the Great” (336-323 BC). În: Studii filosofice, Tomul I, nr. 2, 2015, p. 231-242.
2. N. V. Dură, C. Mititelu, The State and the Church in IV-VI Centuries. The Roman Emperor and the Christian Religion. În: SGEM Conference on Political Sciences, Law, Finance, Economics & Tourism, vol. I, 2014, Albena, p. 923-930.
3. R. Rémond, Religie și societate în Europa. Secularizarea în secolele al XIX-lea și XX (1780-2000), trad. G. Sfichi, Ed. Polirom, Iași, 2003.

4. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, Preambul, apud <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>
5. Justiniani Institutiones.
6. Constituion de 1791, apud <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>
7. N. Dură, C. Mititelu, Principii și norme ale Dreptului Uniunii Europene privind drepturile omului și protecția lor juridică, Ed. Arhiepiscopiei Tomisului, Constanța, 2014.
8. N. V. Dură, The Right to the “Freedom of Conscience”, Legal Basis for the Educational and Missionary Activity of Religious Denominations. În: *Ecumeny and Law*, vol. 5, 2017, p. 147-170.
9. N. V. Dură, The Right to Religion. Some Considerations of the Principal International and European Juridical Instruments. În: *Religion and Equality. Law in conflict*, Edited by W. Cole Durham, Jr. And D. Thayer, New York, 2016, p. 15-24.
10. M. J. Valero Estarellas, State Neutrality, Religion, and The Workplace in The Recent Case Law of the European Court of Human Rights. În: *Religion and Equality. Law in conflict*, Edited by W. Cole Durham, Jr. And D. Thayer, New York, 2016, p. 54.
11. N. V. Dură, The European juridical thinking, concerning the human rights, expressed along the centuries. În: *Acta Universitatis Danubius. Juridica*, nr. 2/2010 (VII), p. 153-192.
12. Declarația cu privire la eliminarea tuturor formelor de intoleranță și de discriminare bazate pe religie sau credință, Art. 6 (Proclamată de Adunarea Generală a Națiunilor Unite prin Rezoluția 36/55 din 25 noiembrie 1981) <http://altera.adatbank.transindex.ro/pdf/4/009Declaratia%20cu%20privire%20la%20eliminarea.pdf>
13. C. Mititelu, Europe and the Constitutionalization Process of EU Member States. În: “Ovidius” University Annals, Economic Sciences Series Volume XIII, Issue 2, 2013, p. 122-127.
14. M. Andreescu, Principii și valori constituționale, Ed. Universul Juridic, București, 2016.
15. Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului (Strasbourg), din 9 mai 1989 A 187.
16. N. V. Dură, Rules of national and international law prohibiting all forms of discrimination based on religion or religious belief. În: *Annales Canonici*, 12 (2016), p. 45-64.
17. N. V. Dură, Legea nr. 489/2006 privind libertatea religioasă și regimul general al Cultelor religioase din România. În: *Biserica Ortodoxă și Drepturile omului: Paradigme, fundamente, implicații*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 290-311.
18. American Convention on Human Rights (<http://www.cidh.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>).
19. H. L. Hart, Conceptul de drept, Ed. Sigma, Chișinău, 1999.
20. Curtea Constituțională. Decizia nr. 669 din 12 noiembrie 2014, apud https://www.ccr.ro/files/products/Decizie_669_2014.pdf
21. N. V. Dură, The “Man” and His Creation in the Perception of “Creationism” and “Evolutionism”. Contributions of “Christian Philosophy”. În: *Philosophical-Theological Review*, no. 4, 2014, p. 9-27.
22. Publicată în Monitorul Oficial, Pt. I, nr. 82/din 04/05/1995.
23. N. V. Dură, Loi morale, naturelle, source du Droit naturel et de la Morale chrétienne. În: *La morale au crible des religions (Studia Arabica XXI)*, coord. M. Th. Urvoy, Éditions de Paris, 2013, p. 213-233.
24. V. Opaschi, Statul și Cultele religioase în România: un model european. În: *Dialogul religiilor în Europa unită*, edit. de I. Badea-Guéritée, Al. Ojică, Ed. Adenium, Iași, 2015.
25. N. V. Dură, C. Mititelu, The right to Freedom of Religion in the Jurisprudence of the European Court. În: *Journal of Danubius Studies and Research*, vol. IV, nr. 1/2014, p. 141-152.
26. N. V. Dură, The Law no. 489/2006 on Religious Freedom and General Regime of Religious Cults in Romania. În: *Dionysiana*, II (2008), nr. 1, p. 37-54.
27. N. V. Dură, The Right and its Nature in the Perception of the Roman Jurisprudence and of the Great Religions of the Antiquity. În: *Rethinking Social Action. Core Values*, coord. A. Sandu et al., Medimond, Bologna, 2015, p. 517-524.
28. Publicată – cu unele modificări și completări – în Monitorul Oficial al României, Partea I, până la 26 Mai 2014.
29. N. V. Dură, Proselytism and the Right to Change Religion: The Romanian Debate. În: *Law and Religion in the 21st Century. Relations between States and Religious Communities*, Edited by S. Ferrari and R. Cristofori, Ashgate Publishing Limited, England, 2010, p. 279-290.
30. N. V. Dură, Provisions of International Law on the Parents’ Right to Provide their Children with a Religious Education. În: *The fundamentals of our spirituality*, Batumi, 2018, p. 240-248.
31. C. Mititelu, About the Right to the Freedom of Religion. În: *Rethinking Social Action. Core Values*, coord. A. Sandu et al., Medimond, Bologna (Italia), 2015, p. 833-838.
32. N. V. Dură, C. Mititelu, The Freedom of Religion and the Right to Religious Freedom. În: *SGEM Conference on Political Sciences, Law, Finance, Economics & Tourism*, vol. I, 2014, Albena, p. 831-838.
33. N. V. Dură, Law and Morals. Prolegomena (I). În: *Acta Universitatis Danubius. Juridica*, nr. 2/2011, p. 158-173.
34. Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului (Strasbourg), din 20 septembrie 1994, A. 295.
35. Federal Law no. 125 Fz of September 26, 1997 of the Freedom of Conscience and Religious Associations, apud http://host.uniroma3.it/progetti/cedir/cedir/Lex-doc/Ru_1_1997.pdf
36. T. Cârnaț, Curs de drept constituțional (<https://dreptmd.wordpress.com/cursuri-universitare/drept-constituțional/capitolul-17-clasificarea-drepturilor-si-libertatilor-fundamentale-ale-omului/>).
37. N. V. Dură, Drepturile și libertățile omului în gândirea juridică europeană. De la „Justiniani Institutiones” la „Tratatul instituind o Constituție pentru Europa”. În: *Analele Universității Ovidius. Seria: Drept și Științe Administrative*, nr. 1, 2006, p. 129-151.

CZU: 340(37)

REGLEMENTĂRI ALE DREPTULUI ROMAN, PRIVIND INSTITUȚIA CĂSĂTORIEI, EXPRIMATE ȘI COMENTATE ÎN “DECRETUM GRATIANI”

Conf. univ. dr. **Cătălina MITITELU**,
Universitatea Ovidius din Constanța, România

„Jus romanum antiquum” (Vechiul drept roman) ne-a lăsat nu numai un ansamblu de reglementări sau norme juridice, în privința instituției căsătoriei, ci și o doctrină juridică unică, exprimată prin acele celebre „precepte” (praeceptae) ale jurisconsultilor romani (Gaius, Modestin, Ulpianus, Tribonian etc.).

Aceste reglementări – prevăzute în normele Dreptului roman – le regăsim exprimate și comentate și de celebrul jurist și canonist italian, Grațian, în monumentală sa Colecție juridică publicată în anul 1140 și care a rămas cunoscută în istoria dreptului european sub numele de „Decretum Gratiani”.

În paginile acestui studiu, cititorul se va întâlni nu numai cu bogăția de idei oferită de tezaurul juridic al vechiului Drept roman, privind instituția Căsătoriei, ci și cu contribuția meritorie pe care a adus-o Grațian în adaptarea și explicarea conținutului acestuia în spiritul doctrinei juridice a epocii sale.

Cuvinte-cheie: dreptul roman, istoria dreptului european, instituția căsătoriei, colecție juridică

REGULATIONS OF ROMAN LAW, ON THE INSTITUTION OF MARRIAGE, EXPRESSED AND COMMENTED IN “DECRETUM GRATIANI”

„Jus romanum antiquum” (The Old Roman Law) left us not only a set of regulations or legal rules regarding the institution of marriage, but also a unique legal doctrine, expressed by those famous „praeceptae” of the jurists Romans (Gaius, Modestin, Ulpianus, Tribonian, etc.).

These regulations - which are stipulated in the norms of Roman law - we find them expressed and commented also by the famous Italian jurist and canonist, Gratian, in his monumental Legal Collection published in 1140 and which it remained known in the history of European law under the name „Decretum Gratiani”.

In the pages of this study, the reader will meet not only the richness of ideas offered by the legal thesaurus of the old Roman law concerning the institution of Marriage, but also the praiseworthy contribution that Gratian has brought to the adaptation and to the commentary of its content in the spirit the legal doctrine of his time.

Keywords: the Roman law, the history of European law, the institution of marriage, the legal collection

Introducere: În Dreptul roman, instituția Căsătoriei a fost exprimată prin trei cuvinte, și anume: nuptiae (arum), coniugium (ii) sau conubium (i) și matrimonium (ii) [1, p. 1087-1405].

Prin cuvântul „nuptiae-arum” – care inițial însemna „drum”, „împreunare” – romanii au dat expresie realității stabilite în urma consimțământului reciproc al celor doi soți – bărbat și femeie – de a merge pe același drum pe tot restul vieții lor.

Acest consimțământ era sacralizat prin ritualul liturgic săvârșit în Templu de către deservenții acestuia. De obicei, acest ritual a fost perceput și definit prin cuvântul „Nuptiae” (Nuntă), de unde și substantivul „nuptu-us” (vâl de mireasă). Acest vâl – purtat de mireasă cu ocazia ritualului liturgic săvârșit în Templu – este de altfel și astăzi prezent în ritualul căsătoriei religioase.

Prin cuvântul „coniugium” romanii au înțeles „coniugium corporis atque animae” [2, p. 248] (unirea timpului cu sufletul), de unde și „coniugium coniugalis” (unirea conjugală), adică căsătoria.

În fine, prin cuvântul „matrimonium”, romanii au înțeles „căsătoria unei femei”, de unde substantivul

„matrix-cis” (femelă, mamă, născătoare, izvor, origine etc.) și adjectivul „matrimonialis” (matrimonial).

În „Decretul” [3, p. 36-37] său - redactat între anii 1140-1170 - Grațian (sec. XII) a folosit și el aceiași termeni pentru a defini căsătoria, și anume, „nuptias”, „matrimonium” și „coniugium” [3, p. 134-135], pe care i-a preluat însă din textele aceluși „vetus jus” [4, p. 147-159], adică al vechiului Drept roman, dar prin intermediul aceluși „Corpus Juris Romanum” al împăratului Justinian [1, vol. I, p. CXXIII¹ (527-565), care, în secolul al XI-lea, avea să circule – în numeroase manuscrise – și în Occident (Roma, Bologna etc.).

În lucrările lor, jurisconsultii romani – care au creat acel „Jus romanum” clasic – disting între „iustas nuptias” (căsătorii legitime) și „nefaris nuptias” [5, p. 26-27] (căsătorii nelegitime), și fac precizarea că despre „iustas nuptias” se poate vorbi doar atunci când „cives romani” (cetățenii romani) se căsătoresc „secundum praecepta legum coeunt” (în conformitate cu dispozițiile legii), și anume: „bărbații (masculi) să fie puberi (puberes)”, iar „femeile nubile ..., cu condiția însă ca fiii de familie să aibă și consimțământul părinților (consensum patrum) ...” [5, p. 26-27].

Cu alte cuvinte, conform Legii romane, partea bărbătească trebuia să fi împlinit vârsta de 14 ani, iar partea femeiască vârsta de 12 ani. Că, la romani, aceasta era vârsta legală pentru căsătorie ne-o confirmă și juriștii împăratului Justinian (527-565), în frunte cu profesorul Tribonian, conducătorul Școlii de Drept de la Constantinopol, care precizau că „dreptul civil și cel natural (jus civilis et naturalis) dispun că așa trebuie să se procedeze”, cu condiția însă ca „încuviințarea părintelui (iussum parentis) să fie dată anterior (căsătoriei)” [5, p. 26-27].

Conținutul de bază: În Dreptul roman clasic, adică în jurisprudența creată de celebrii jurisconșulți romani (sec. II-VI p. Chr.), „Matrimonium” (Căsătoria) este definită ca o „conjunctio maris et feminae” [6; 23, 2] (legătură dintre un bărbat și o femeie). Or, același Drept roman preciza că această uniune sau legătură produce o „iustas nuptias” (căsătorie legiuită) numai „inter cives romanii” (între cetățenii romani), adică între „masculi” (bărbați) și „feminae” (femei), „cu condiția însă ca fiii de familie să aibă și consimțământul părinților (consensus parentum) în a căror putere sunt (quirum in potestate sunt)” [5, p. 26-27].

În „Decretum Gratiani”, Căsătoria era percepută și definită tot ca „viri mulierisque conjunctio” [3, p. 135] (uniune dintre un bărbat și femeie). Dar, într-una din glose, în „Decretum Gratiani” se făcea și precizarea că „... in pari sexu non potest esse matrimonium” [3, p. 135, nr. 2] (nu poate exista o căsătorie între două persoane de același sex).

În aceeași definiție a căsătoriei, din „Decretul” lui Grațian, se precizează că această „conjunctio” (uniune) constă dintr-o „individuum vitae consuetudinem” [3, p. 134] (comunitate de viață, de nedespărțit), adică dintr-o unire indisolubilă pentru toată viața. Era de fapt o preluare și reproducere tale-quala a cuvintelor afirmate cu zece secole mai înainte de celebrul jurist roman Modestin (sec. II), și care fuseseră reținute de juriștii din epoca împăratului Justinian „ad litteram” în lucrările lor, și anume, în Colecția „Digestae” [6, lb. I, cap. I, 9] (Digeste) și în Manualul de drept intitulat „Institutiones” [5, p. 26].

În „Glosa” (Comentariul) la aceste cuvinte – preluate de altfel din dreptul roman – se preciza că, prin noțiunea „individuum” (inseparabilă), s-a învederat tocmai faptul că „matrimonium” presupune o uniune pentru întreaga viață [3, p. 135, nr. 3].

Printre altele, în Decretum Grațiani regăsim afirmat și principiul juridic, roman, potrivit căruia „consensus facit nuptias” [6; 35, 1. 15 și 50, 17, 31], adică consimțământul celor doi soți (bărbat și femeie) dă tărie căsătoriei, și încă exprimat în termeni aproape identici: „... inter eos consensus qui est efficiens causa matrimonii” [3, p. 134-136] (consimțământ reciproc este cel care

constituie cauza eficientă a căsătoriei). Dar, în textul monumentalei sale Colecții, Grațian menționa că acest principiu se datora lui „Isidori” [3, p. 136-137], adică lui Isidor de Sevilla (cca. 560-636). Or, în realitate era vorba de vechiul principiu juridic enunțat de celebrii jurisconșulți romani, pe care Colecția „Digestae” a împăratului Justinian a atribuit-o lui Ulpianus (sec. II).

Grațian a adus însă precizarea că „nu unirea sexuală (coitus) dă consistență căsătoriei, ci „voința” (voluntas); ca atare, nu prin „separația trupurilor” (separatio corporis) se produce desfăcerea căsătoriei, ci prin „separația voințelor”, de unde și concluzia sa că „... cel care demite pe soția sa, și nu ia alta este căsătorit (est maritus). Căci chiar dacă el este momentan separat de trupul soției sale, acesta îi este unit prin voință (voluntate coniunctus est). Deci, doar atunci când acesta va lua pe alta se desparte cu totul de prima. Așadar – conchidea Grațian – nu săvârșește adulter cel care demite pe soția sa, ci cel care se căsătorește cu alta (alteram ducit)” [3, p. 136-137].

Or, și din acest text se poate lesne constata faptul că Grațianus a dat definiției clasice a Dreptului roman, despre căsătorie, o nouă concepție, pe care a exprimat-o atât prin prisma lui Jus divinum, cât și a lui Jus ecclesiasticum, adică a lui „Jus canonicum” al Bisericii romano-catolice.

Din textul aceleiași Colecții juridice a lui Grațian, id est „Decretum Gratiani”, se poate însă constata și faptul că, în „illo tempore”, se făcea referință expresă atât la textul reglementărilor prevăzute de „Jus romanum antiquum”, cât și la textele doctrinei Dreptului roman clasic, care erau însă raportate și evaluate în lumina textului biblic și al doctrinei patristice [7, p. 257-272].

Din *Decretum Gratiani* se poate însă constata și faptul că, prin reproducerea textuală a adagiului „consensus facit nuptias” (prin consensus se realizează Căsătoria), autorul său a dorit să învedereze întâi de toate caracterul indisolubilității legăturii dintre bărbat și femeie, consacrat prin Taina Nunții. Într-adevăr, prin afirmarea acestui principiu al Dreptului roman clasic, „consensus facit nuptias” (cf. Florus și Modestin), a intenționat să scoată în evidență tocmai acest caracter indisolubil al căsătoriei, și, ipso facto, aspectul ei irevocabil. Dar, în același timp Grațian a ținut să precizeze că „diferența între Dreptul roman și concepția creștină” constă în faptul că, „odată încheiată, căsătoria creștină rămâne pe viață” [3, p. 55].

În textul Colecției sale, Grațian a reafirmat – de altfel repetativ – și alt principiu juridic roman, și anume acela conform căruia „consensus” (consimțământul) este cel care „matrimonium facit” (dă naștere căsătoriei), pe care juristul bolonez l-a raportat însă la „consensus cohabitationis” (consimțământul coabitării), și nu la „carnalis copule” [3, p. 138-139] (unirea trupească),

fiindcă – după afirmația sa – nu actul sexual, în sine, este cel care „facit coniugium”, ci „pactio coniugalis” (învoială conjugală), adică consimțământul reciproc al viitorilor soți, care implică „affectus” (afecțiune), de unde și concluzia lui Grațian că „cum initiatur coniugium coniugi nomen asciscitur” [3, p. 142-143] (încă de la bun început căsătoria s-a definit prin acest nume).

Or, așa după cum se știe, juriștii romani nu au preferat sintagma „pactio coniugalis”, ci noțiunea de „contractus/us” (contract), pe care însă, inițial, nici aceștia nu au perceput-o și n-au definit-o în sensul exprimat prin verbul „contrahō-ēre, traxi, tractum” (a strânge, a concentra), ci prin cel de al doilea sens, oferit de substantivul „contractus/us”, și anume prin acela de „acord”, de „învoială”, de „consimțământ”. Or, până în prezent, lucrul acesta n-a fost încă remarcat în literatura de specialitate, astfel încât civilistii disting nu numai două noțiuni, „consimțământ” și „contract”, ci și două identități sau realități juridice.

La romani, tocmai exprimarea publică a consimțământului reciproc al viitorilor soți – în prezența a doi sau trei martori – dobânda forța juridică a unei învoieli, adică a unui acord consensual, pe care ulterior juriștii romani l-au definit prin „contractus/us”, care aduce desigur după sine inerentele drepturi și obligații pentru părțile contractante.

Remarcăm de asemenea faptul că, după afirmația lui Grațian, o Căsătorie rezultată în baza unui „consensus” poate fi desfăcută doar în cazul în care n-a fost consumată prin legătura trupească (cf. canonul 34 *Decretum Gratiani*). Or, și în Codul canonic latin, în vigoare, se prevede că o „căsătorie (matrimonium) ... este validă (validum) ... dacă nu este consumată (non est consummatum) ...” (canonul 1061 § 1) [8, p. 636-637], și, totodată, se reafirmă principiul că „actul care creează căsătoria este consimțământul părților (partium consensus)”, care se poate însă exprima și manifesta „în mod legitim (legitime)” doar „între persoane capabile din punct de vedere juridic (inter personas iure habiles)...” (canonul 1057 § 1) [8, p. 634-635].

În actualul Cod, au fost, deci, reiterate ambele principii enunțate în „Decretul” său de Grațian.

Referitor la „pactio coniugalis” - prin care romanii înțelegeau momentul precis în care se îndeplinea legătura matrimonială [9, p. 349-361] - la care a făcut referință expresă și Grațian, Codul canonic latin - intrat în vigoare la 25 ianuarie 1983 prin Constituția apostolică „*Sacrae Disciplinae Legis*” [10, p. 25-40] - prevede că aceasta este de fapt „actul de voință” (actus voluntatis) prin care un bărbat (vir) și o femeie (mulier) se dăruiesc și se primesc reciproc (mutuo tradunt et accipiunt) și care se exprimă și se manifestă prin „consensus matrimonialis” (consensul matrimonial) (canonul 1057 §

2), adică așa după cum prevăzuse și dreptul roman și reafirmase și Grațian în „Decretul” său.

Mai reținem însă și faptul că, pentru romano-cato-lici, „consensus” părților are forța juridică a unui „contract matrimonial” și este purtător de consecințe juridice din momentul încheierii lui. Dar, acest „contract matrimonial” nu este „valid” decât după ce cei doi soți au primit „Sacramentul” (Taina nunții).

Or, tocmai acest lucru îl afirmase și Grațian în textul Decretului său, în care aflăm într-adevăr referințe și la noțiunea de contract, dar căsătoria nu a fost percepută de acesta doar ca un simplu contract, chiar dacă a folosit expresia „*matrimonium contrahere*” [3, p. 71], fiindcă – pentru Grațian – aceasta nu are un sens tehnic.

Trebuie așadar reținut faptul că, pentru Grațian, „consensus” (consensul) era cel care exprima valoarea juridică a unui „matrimonialis contractus” [3, p. 144-146] (învoiri matrimoniale), și că însăși căsătoria nu putea fi „validă” (validus) dacă nu era „în același timp, și sacrament (sacramentum)” (cf. canonul 1055 § 2).

Grațian a ținut de altfel să precizeze și faptul că o căsătorie nu este deplină decât atunci când aceasta „... are în ea pe Hristos și Taina Bisericii (habeat in se Christi et Ecclesiae sacramentum). Doar atunci putem vorbi – afirma Grațian – de un „matrimonium perfectum” [3, p. 184] (căsătorie deplină), și că, prin „nuptialia pacta” [3, p. 182-183] (logodnă), căsătoria doar începe, și se desăvârșește doar prin „Taina Nunții”.

Pentru a învedera consecințele juridice ale căsătoriei rezultate din „consensus partium”, Grațian a regrupat în Decretul său – în prima Parte a Questio 2 – textele favorabile ideii potrivit căreia cei care au încheiat Logodna, adică „prima desponsationis fidei”, – ca urmare a „consensului părților” (bărbatului și femeii) – sunt considerați a fi căsătoriți chiar dacă n-au avut încă relații intime. Îi numim cu adevărat soți „coninges verius appellantur – scria Grațian – din clipa consimțământului dat la logodnă, chiar dacă nu au avut între ei relații intime (a prima desponsationis fide quamius adhuc inter eos ignoretur coniugalis concubitus)” [3, p. 142].

În privința Divorțului, Grațian consideră că acesta nu poate fi declarat „... dacă imposibilitatea soțului de a avea realții conjugale apare după legătura trupească (post carnalem copulam)”, această neputință „non soluit coniugium” (nu desface căsătoria). Dar, dacă aceasta este descoperită înaintea unirii trupești, ea „îi dă femeii dreptul de a lua alt bărbat (liberum facit mulieri alium virum accipere)” [3, p. 172-173].

În schimb, soților le este permis divorțul doar „din cauza păcatului trupesc (excepta causa fornicationis)”, adică a adulterului. Și, după Grațian, „cei care se divorțează din cauza adulterului, trebuie să rămână fie necăsătoriți (innuptos), fie să se împace unul cu altul (aut sibi invicem reconciliari)” [3, p. 172-173].

O analiză hermeneutică a textului din „Decretum Gratiani”, permite oricărui cercetător avizat să constate că, în concepția acestuia, „Matrimonium” are patru elemente constitutive, și anume:

- a) „consensus partium” (consimțământul părților), adică al bărbatului și al femeii;
- b) „matrimonialis contractus” (contractul matrimonial);
- c) Logodna;
- d) Căsătoria.

Or, toate aceste patru elemente constitutive ale Căsătoriei – prevăzute de dreptul roman – le regăsim afirmate aproape „ad litteram” și în „Decretum Gratiani”, publicat la Bologna în anul 1140 de acest monah erudit, specialist „in utriusque juris”, adică în dreptul roman și în cel canonic.

Aceste elemente – care defineau ființa instituțională a căsătoriei romane – le regăsim însă prevăzute și în legislația imperială bizantină [11, p. 287-382], care a fost de altfel receptată și în arealul danubiano-pontico-carpatin încă din epoca împăratului Justinian [12, p. 383-397], și care a circulat sub forma Pravilelor (Nomocanoanelor) întâi în limba greacă și latină, și apoi – din secolele X-XII – în slavonă, ca odată cu biruința scrisului românesc (sec. al XVI-lea) să apară și în limba română, culminând desigur cu Pravilele din secolul al XVII-lea [13].

De remarcat însă faptul că, în „Pravilele Țării”, nu apare cel de-al doilea element, adică contractul matrimonial, fiindcă acesta nu are teme biblic și canonic în doctrina Bisericii Răsăritene. În schimb, în legislația actuală a Bisericii romano-catolice, toate cele patru elemente sunt exprimate în spiritul aceleiași doctrine afirmate în „Decretum Gratiani”, care a inspirat de altfel Dreptul matrimonial european până în epoca modernă, iar pentru Biserica romano-catolică [14, p. 21-88] continuă să fie încă o sursă și o referință de primă mână.

Concluzii: Concluzionând, putem, deci, reține faptul că, în privința dreptului matrimonial, „Decretum Gratiani” a fost o sursă documentară prețioasă pentru dreptul medieval european și continuă să fie și pentru juriștii zilelor noastre. Textul acestuia oferă într-adevăr cercetătorilor avizați nu doar posibilitatea unei analize judiciare, clasice, însoțită și coroborată atât cu normele dreptului roman, cât și cu cele prevăzute de legislația canonică apuseană, de până în epoca lui Grațian (sec. XII), dar și o familiarizare cu „Dicta Gratiani”, cu „partea originală, adică cea strict personală a Decretului lui Grațian, ..., cunoscută și sub numele de „*paragraphi*”” [3, p. 30]. De altfel, cercetătorii avizați ai acestui Decret ne spun că „aceste Dicta”, care „conține osatura Decretului”, introduc de fapt „Cauzele (Causes) și Chestiunile (Questiones), comentează

canoanele (dictum ante sau post), asigură tranzițiile și concluziile finale (dictum final)” [3, p. 30].

Cât privește „Dicta Gratiani”, trebuie remarcat și faptul că, „de-a lungul secolelor, acestea au avut „... o mare influență asupra dreptului” [3, p. 31] european și, îndeosebi, în domeniul dreptului civil, din care – la romani – a făcut parte integrantă și dreptul matrimonial, ale cărui reglementări au circulat – în Statele din Europa de Vest, de religie și cultură romano-catolică, – tocmai prin intermediul Decretului publicat de Grațian în anul 1140.

Dar și „Comentariile” lui Grațian – asupra textului dreptului roman – s-au bucurat și se bucură de o adevărată „auctoritas” în materie de doctrină juridică, de unde, deci, și necesitatea ca juriștii zilelor noastre – și îndeosebi specialiștii în Dreptul matrimonial – să cunoască atât textul Decretului, cât și acele „Dicta Gratiani”, fiindcă ambele au darul de a-i introduce și a-i familiariza cu „vetus jus romanum” (vechiul drept roman).

Referințe bibliografice

1. The Codex of Justinian. A New Annotated translation with parallel Latin and Greek text, lb. V, vol. 2, Cambridge University Press, 2016.
2. G. Guțu, Dicționar latin-român, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1983.
3. Décret de Gratien. Causes 27 à 36. Le Mariage, édition, trad., introd. et notes par J. Werckmeister, Ed. Cerf, Paris, 2011.
4. M. Boulet-Sautel, Les „*paleae*” empruntées au droit romain dans quelques manuscrits du Décret de Gratien conservés en France. În: Studia Gratiana, nr. 1, Bologne-Rome, 1953, p. 147-159.
5. Justiniani Institutiones, lb. I, X, trad. V. Hanga, Ed. Lumina Lex, București, 2002.
6. Digestae (apud: <http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>).
7. N. V. Dură, „Dreptatea (Justitia)” și „Echitatea (Aequitas)” în percepția lui Lactanțiu (†325). În: Tradiție și continuitate în teologia tomitană. Două decenii de învățământ teologic universitar la Constanța (1992- 2012), Ed. Arhiepiscopiei Tomisului, Constanța, 2012, p. 257-272.
8. Codul de drept canonic, trad.: I. Tamaș, Ed. Sapientia, Iași, 2004.
9. R. Heyer, Aspects temporels dans la formation du lien matrimonial chez Gratien. În: Revue de droit canonique, no. 48, 2, 1998, p. 349-361.
10. N. V. Dură, Codul de drept canonic (latin). Principiile ecleziologice-canonice enunțate de Constituția apostolică Sacrae disciplinae leges. În: Ortodoxia, LIII (2002), nr. 1-2, p. 25-40.
11. N. V. Dură, Le Régime de la synodalité selon la législation canonique, conciliaire, oecuménique, du I^{er} millénaire, Ed. Ametist 92, București, 1999.
12. C. Mititelu, The legislation of emperor Justinian (527-565) and its reception in the Carpathian-Danubian-Pontic space. În: Analecta Cracoviensia, 48 (2016), p. 383-397.
13. C. Mititelu, Vechi instituții europene prevăzute de legislația nomocanonică din secolul al XVII-lea (Pravila de la Iași și Pravila de la Târgoviște), Ed. Universitară, București, 2014.
14. N. Dură, P. Kroczeck, C. Mititelu, Marriage from the Roman Catholic and Orthodox points of view, Ed. Scriptum, Krakow, 2017.

CZU: 347.965

ORGANIZATIONAL FORMS OF ADVOCACY RELATED TO THE CREATION OF A LEGAL ENTITY: SOME PROBLEM ASPECTS

Olena DZABURIYA,
graduate student of National University «Odessa Law Academy»

The article analyzes some problematic aspects of the organizational forms of advocacy related to the creation of a legal entity - a law office and a lawyer association. In analyzing the issue of the state registration of these law societies as legal entities, it was concluded that the current model of their state registration is acceptable and convenient for lawyers. Attention is paid to the content of the model statutes of the law office and the lawyer association, and the view was supported that advocacy may be pursued in order to profit. It is concluded that the law office and lawyer association constitute independent organizational and legal forms of a legal entity. The bills, aimed at reforming the advocacy, are analyzed, suggestions are made regarding the improvement of their content.

Keywords: *organizational forms, advocacy, legal person, law office, lawyer association, statute.*

ОРГАНІЗАЦІЙНІ ФОРМИ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНІ ІЗ СТВОРЕННЯМ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ

Олена ДЖАБУРІЯ,
аспірантка Національного університету «Одеська юридична академія»

В статті аналізуються окремі проблемні аспекти організаційних форм адвокатської діяльності, пов'язаних із створенням юридичної особи – адвокатського бюро та адвокатського об'єднання. При аналізі питання державної реєстрації зазначених адвокатських утворень як юридичних осіб зроблено висновок, що діюча на сьогодні модель їх державної реєстрації є прийнятною та зручною для адвокатів. Звернуто увагу на зміст примірних статутів адвокатського бюро та адвокатського об'єднання, підтримано думку про те, що адвокатська діяльність може здійснюватися з метою одержання доходу. Зроблено висновок, що адвокатське бюро та адвокатське об'єднання складають самостійні організаційно-правові форми юридичної особи. Аналізуються законопроекти, спрямовані на реформування адвокатури, внесено пропозиції щодо удосконалення їх змісту.

Ключові слова: *організаційні форми, адвокатська діяльність, юридична особа, адвокатське бюро, адвокатське об'єднання, статут.*

Articolul analizează unele aspecte problematice ale formelor organizaționale de advocacy legate de crearea unei entități juridice - un birou de avocatură și o asociație de avocați. Analizând problema înregistrării de stat a acestor societăți de drept ca persoane juridice, se concluzionează că modelul actual al înregistrării lor de stat este acceptabil și convenabil pentru avocați. Se pune accentul pe conținutul modelului de statut al cabinetului de avocatură și al asociației de avocați și se susținut că susținerea poate fi susținută în scopuri de profit. Se concluzionează că biroul de avocatură și asociația de avocați constituie forme organizatorice și juridice independente ale unei persoane juridice. Se analizează facturile, care vizează reformarea advocacyi, se fac sugestii privind îmbunătățirea conținutului acestora.

Cuvinte cheie: *forme organizatorice, advocacy, persoane juridice, birouri de avocatură, asociații de avocați, statut.*

Formulation of the problem. One of the varieties of existing organizational forms of advocacy is the ones that are associated with the creation of a legal entity. Such organizational forms are the law office and lawyer association. The peculiarities of these forms in science are often investigated jointly, which is due to the presence of many common features between them. For example, they are the issues of their State registration as legal entities, the purpose of their activity, the legal basis for the activity of their lawyers, above of all, the ability to engage in advocacy on the basis of an employment contract, taxation of income of these legal entities, etc. However, in our opinion, this approach is limited,

although it has a certain right. Despite the fact that these forms do have many common features, they also have many difference sat the sametime, due to the fact that the law office is an individual form of advocacy, and the lawyer association is a collective one. There fore, inouropinion, different approaches should be used to study these forms of advocacy. Both their common features and peculiar features of these forms can be investigated separately.

Study Status. Problematic aspects of organizational forms of advocacy related to the creation of a legal entity were studied in science by N. M. Bakaianova, V. M. Bogoslavets, I.V. Golovan, S.O. Ivanitsky, A.V. Ivantsov, K. A. Zatulko, M.E. Kiseliyov, K.G. Knigin,

G.M. Yaroshevskaya and others. However, many problems require a new scientific view in connection with the processes of reforming the bar, carried out within the framework of legal and judicial form.

Therefore, the purpose and objective of the article are to characterize those common features that are inherent in the law office and the lawyer association as organizational forms of advocacy, to make proposals for the improvement of the legislation.

Presenting main content. Both the law office and the lawyer association have the status of a legal entity. In particular, based on the civil law characteristics of a legal entity, it means that they are organizations created and registered in accordance with the procedure established by law, empowered by civil law and may be plaintiffs and defendants in court (art. 80 of the Civil Code).

According to Articles 14, 15 of the Law “On Bar and Advocacy”, state registration of a law office and a lawyer association is carried out in accordance with the procedure established by the Law of Ukraine “On State Registration of Legal Entities and Individual Entrepreneurs”, taking into account peculiarities, provided by this Law. Similar provisions also contain bills elaborated for the purpose of reforming the lawyer [1; 2; 3].

However, the study of both the current Law “On Bar and Advocacy”, as well as the provisions of the relevant bills, allows us to conclude that the mentioned acts do not provide for any particular features of the state registration procedure of the law office and lawyer association. Of course, these acts determine their features as legal entities, which also determine certain aspects of their state registration (for example, require the existence of a statute as one of the constituent documents of a legal entity, stipulating the content of this statute, etc.), although, these features are not peculiarities of the registration process of these legal entities. Therefore, we believe that these rules should be formulated somewhat differently, otherwise they mislead the subjects of registration legal relations of the law office and lawyer association.

Therefore, nowadays legal entities undergo a single state registration in the general procedure for registration of legal entities, and their registration is carried out by special state registrars of legal entities, individuals – entrepreneurs and public formations. In stead, for example, the previous Law on Advocacy for esees, in fact, the dual registration of organizational forms of legal activities – legal entities – their registration as advocate formations was carried out by the Ministry of Justice of Ukraine in accordance with the Regulation on the procedure for registration of lawyer association approved by the Ukrainian Cabinet of Ministers from

April, 27 1993 No. 302 [4], after which these entities were to be registered as legal entities by the relevant authority that registered the legal entities. In our opinion, it requires the clarification of which procedure tends to be more optimal.

We believe that each of these procedures either had or has its own positive aspects.

Furthermore, in the case of the state registration of lawyers’ formations by the Ministry of Justice of Ukraine, the latter one approached the review of the statute of lawyer associations and the formation of its provisions in accordance with the requirements of the Law “On Advocacy” more closely. The formation of appropriate practices was not the only source because of it. Instead, according to the modern system of legal entities registration, this practice is not unique, as each of the registrars may have their own vision of the discussion of the law on advocacy, which regulates the peculiarities of organizational forms of advocacy. In practice, it forms different approaches to the solution of organizational issues of the same essence. The positive aspect of the modern procedure for registering legal entities is its simplicity in comparison with that carried out by the Ministry of Justice of Ukraine. In order to register these entities, the lawyer (founding lawyers) can simply contact the nearest notary or state registrar in the common district center, instead of considering how to file documents with the Ministry of Justice of Ukraine, located in Kyiv.

In our view, the current model of registration of legal entities with the status of a legal entity is acceptable, convenient for lawyers, and therefore should be preserved. The same problems caused by the diversity of practice, is more expedient to solve with the improvement of legal regulation of the provisions on the organizational forms of advocacy. Probably, it is precisely because of the multifaceted nature of the practice of describing the content of the articles of the statute of the lawyer’s formations; the unity of practice on this issue is currently being sought by the National Association of Advocates of Ukraine (NAAU). The association has developed the model statutes of the law office [5] and the lawyer association [6], which outlined their own vision of the NAAU for solving certain aspects of the activities of these organizational forms of advocacy. This approach NAAU seems to be right, because it allows to partially eliminate the vacuum that exists in relation to outlining the features of the corresponding organizational forms of advocacy.

In studying the content of these charters, it is worth noting the unity of defining their main purpose for the law office and lawyer association. Thus, according to P. 2.1 of these charters, the main purpose of the

activity of the association and the office is to ensure the implementation of protection, representation and other types of legal assistance on a professional basis to Ukrainian citizens, foreign citizens, stateless persons, legal entities; receiving income, taking into account the limitations established by the current legislation and standards of legal ethics [5; 6]. The first provision makes no remarks in the aspect of advocacy. Indeed, ensuring the implementation of protection, representation and other types of legal assistance on a professional basis to citizens of Ukraine, foreign citizens, stateless persons, legal entities as a goal of the activity of lawyer societies corresponds generally to the functional foundations of the entire bar. Instead, the provision of income seems controversial, taking into account the limitations established by the current legislation and the standards of lawyer's ethics, as the purpose of the activity of law offices and lawyer associations.

It has been discussed the nature of the lawyer's activity by the scientists for a long time, whether it can have the purpose of obtaining a profit (to be entrepreneurial), as well as other legal activities for rendering legal services carried out by business entities, or it is exclusively non-entrepreneurial [7, p. 1; 8, p. 11; 9, p. 6]. For example, on this occasion, I.V.Golovan has noted that there is an opinion that advocacy and business legal practice should be distinguished, since entrepreneurial activity is aimed at profit making, and the activity of an advocate neither has the purpose of profit nor can be generally profit! Actually there is no unity in relation to the economic essence of advocacy [10, p. 32].

In our opinion, the scientific provisions regarding the impossibility of advocacy to profit from income are unjustified. Clearly from the point of view of civil society and the functions performed by the lawyer in it, the advocacy is a legal institution that ensures the proper protection and protection of the rights of individuals and legal entities, the state.

However, in our opinion, it does not mean that the lawyer or law societies (lawyer office and lawyer associations), that implement it, cannot pursue the purpose of profit. We believe that there is no reason for opposing the activities of the advocacy to implement the protection of rights and legitimate interests, representation or other types of legal assistance to the client on one side only and entrepreneurship. The functional basis of these activities lies entirely on a different front, reflecting characteristics that do not overlap.

The activity of the Advocacy Institute for the protection of rights and freedoms characterizes it from the point of view of belonging to a certain profession,

while entrepreneurial and non-entrepreneurial characteristics of activity as profit-oriented or charitable one. Otherwise, it can be said that the doctor also does not carry out business activities, because his activities are aimed at protecting life, health, treatment of people from various diseases, and not profit one (but the operation of various medical clinics in the form of business associations does not raise any complaints); the builder does not carry out the entrepreneurial activity, because his activity is aimed at providing people with housing, not profit one (although there is a whole sphere of construction business and no complaints and objections in science does not cause it). It is necessary to realize that the lawyer is a representative of the profession, whereas the advocacy is a professional activity. Like any other professional activity, it is a source of income for the person who carries it out, and for a lawyer or lawyer association, it is precisely the purpose of their activity, since they usually do not engage in charity, carrying it out free of charge for the client. Taking into account the foregoing, we consider the position of G.M. Yaroshevskaya as unfounded, who points out the need of recognizing law associations as non-business partnerships [11, p. 484]. The nature of the lawyer associations' activities involves the receipt of profits, which is not typical for non-business partnerships.

Therefore, the provisions of paragraphs 2.1 of the exemplary statutes of the law office and lawyer association regarding the income generation as the purpose of their activities are fully justified. Such provisions, which are already enshrined in the statutes of specific law firms and associations, give them the opportunity to clearly position themselves in relations with state authorities (first of all, tax authorities), contractors, and other entities as subjects for the purpose of receiving income, to take advantage of the benefits that tax laws can provide for business entities. However, in the case when these lawyer associations are considered mostly as non-profit in their activities, they may not specify their purpose in their statute, but then they obviously will have limited opportunities for earning and spending money.

In our opinion, designed one to reform the advocacy bills, do not include proper legal regulation of organizational forms of advocacy related to the creation of legal entities. Particular attention is paid to some of the provisions of the bills, which are set out in the relevant articles devoted to the law office and the lawyer association as organizational forms of advocacy, but their content is clearly procedural. Therefore, Part 8 of Art. 13 Law Office and Part 7 of Art. 14, "Lawyer Association" of the bill [1] include that the lawyer, who created the law office, and the

lawyers, who are in labor relations with the law office, members of the Bar Association and the lawyers, who are in labor relations with the Bar Association, have the right to act in the interests of the client on the basis of the contract on the provision of legal assistance, concluded by the client in accordance with the law office or lawyer association.

However, we regard such provisions if not unlimited, at least as set out in the unsuccessful and non-relevant articles of these acts.

Of course, they leave out of legal cases of activities regulation in the interests of the client of those lawyers who have entered into civil contracts with the law office and the lawyer association. We believe that such lawyers also have the right to act in the interests of the client on the basis of an agreement on the provision of legal assistance, concluded by a client with a designated lawyer society.

In addition, these rules are superfluous, unnecessary, as well as those that carry a false semantic content. They only give rise to a discussion on the proper execution of the lawyer powers to carry out his activities in the interests of the client as the representation of his interests in a civil case. In particular, one such rule can conclude that a lawyer who is in labor relations or membership relations with an lawyer association only needs to provide a contract for the provision of legal assistance to represent the client's interests. However, it is clear that this is not the case. At the very least, such lawyer should also be confirmed before the third parties in the relationship with which he acts as a representative, the fact of his employment relationship with the lawyer association or the membership relationship. Only in such circumstances, the third party will not doubt the reasonableness of the representative office. In this regard, if, in order to confirm the authority of the lawyer for clients of the Bar Association, it is necessary to submit documents confirming the employment of a lawyer and a lawyer association, then according to these characteristics such cases do not differ significantly from those cases when the lawyer is in civil-law relations with the association. In the latter case, in addition to the contract between the client and the lawyer association the lawyer would also have to file a document attesting to his link with the association, namely, the contract between him and the lawyer association in the interests of the client. In general, in all of these cases, it would be worthwhile to confirm the powers of the lawyer by the warrant issued by the law office or lawyer association. Attention is drawn to the fact that the law on the confirmation of the powers of a lawyer is functional in its content, the peculiarities of confirmation of the powers of the lawyer in his legal

activity in the interests of the client towards the third parties are regulated by the procedural codes (CCP, CPC, CC, etc.), and the corresponding articles 13 and 14 of the bill on Bar and Advocacy [1] are exclusively those that regulate the peculiarities of organizational forms of advocacy, that is, they have an organizational orientation. Therefore, it is unlikely that they contain such procedural in their content of the situation.

The question also arises in science as to which of the existing organizational and legal forms of legal entities (economic entities) can be attributed to the lawyer association and law office and in which section of the Classifier of organizational and legal forms of management [12] to consolidate them.

Thus, V.M. Bogoslavets holds the view that lawyer associations are non-specific types of non-business associations [13, p. 5]. Having conducted a comparative analysis of the provisions of an exemplary statute of a lawyer association and the provisions of the law regarding the legal status of legal entities, M.E. Kiseliov and K.A. Zatulko have found that the lawyer association has both separate common features and distinctive features with a full partnership, a limited liability company and a production co-operative [14, p. 60-61]. The result of the study was the conclusion that, based on the legal status laid down in the Model Statute of the Lawyer Association, the Lawyer Association is closest to a limited liability company, and may therefore be classified in the section "Business Enterprises" of the Classifier of Organizational and Legal Forms of Administration [14, p. 61].

In our opinion, in spite of the proximity of lawyers to a limited liability company, they are not identified with them, with their significant differences, as evidenced by the lawyer association according to M. E. Kiseliov and K. A. Zatulko [14, p. 61]. They have the same significant differences in comparison with the producers' cooperative.

Eventually we believe that all organizational and legal forms of legal entities have quality as both common and separate attributes, and it is through these distinctive features that distinguish their individual types. Therefore, any proximity of the Lawyer Association and the Law Office or the Limited Liability Company, either to the cooperative, or to any other form of organization, does not at all mean that they are both legal and organizational forms of legal entities should be absorbed by other forms, if there are significant differences between them.

In this regard, in our view, the more correct is the position that the law office and lawyer association are independent organizational and legal forms of legal entities.

We cannot but agree with the thought of I. V. Golovan, who has noted that there is no reason to consider lawyer associations as partnerships or institutions, because the law office and lawyer association are separate institutional-legal forms [15]. As rightly N. M. Bakayanova has drawn attention, from the content of Article 83 of the Civil Code (“Organizational legal forms of legal entities”), it follows that legal entities can be created not only in the form of societies and institutions, but also in other forms established by law. In that regard, she considers the discussion on the assignment of lawyer associations or non-business partnerships, or to the institutions devoid of expediency [16, p. 232]. K.G. Knigin has also concluded that law offices and lawyer associations are specific types of legal entities, the existence of which is stipulated by the norms of Art. 83 of the Civil Code, as other forms, established by law [17, p. 422].

In our opinion, the law office and lawyer association as organizational and legal forms of a legal entity (business entity) in the absence of clearly defined by law their features and the wide variation in the use in practice of constituent documents of the features inherent in other organizational and legal forms, make up independent organizational and legal forms of a legal entity. For these reasons, we consider as correct assignment of law offices and lawyer associations in the classification of types of business entity to “other legal forms.” They are not covered by any of the forms mentioned in the previous sections of the Classifier of Organizational and Legal Forms.

Conclusions. Therefore, the carried out research makes it possible to draw the following conclusions: 1) The current model of state registration of a law office and a lawyer association is acceptable and convenient for lawyers; 2) Advocacy may be carried out in order to receive income, and therefore such a provision may be reflected in the statutes of these legal entities; 3) Attorneys and lawyer associations constitute independent organizational and legal forms of a legal entity; 4) Bills for advocacy reform contain certain disadvantages that must be eliminated.

Bibliography

1. Проект Закону про адвокатуру та адвокатську діяльність № 9055 від 06.09.2018. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64557

2. Проект Закону про адвокатуру та адвокатську діяльність № 9055-1 від 14.09.2018. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64595

3. Проект Закону про адвокатуру та адвокатську діяльність № 9055-2 від 20.09.2018. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64636

4. Постанова Кабінету Міністрів України від 27 квітня 1993 р. № 302 «Про порядок реєстрації адвокатських об’єднань». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/302-93-п/ed19960608/conv>

5. Статут адвокатського бюро. URL: <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/pologennya/dodatok-2-statut-ab.pdf>

6. Статут адвокатського об’єднання. URL: <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/pologennya/dodatok-3-statut-ao.pdf>

7. Ващенко В. І все-таки адвокат працює на прибуток? Адвокатура. 2004. № 13 (21). С. 1.

8. Арбатский А. Прощай, адвокатура. Юридическая практика. 2000. 7 декабря. № 49. С. 11.

9. Заднепровский А. Нужна ли Украине классическая адвокатура? Юридическая практика. 2001. 8 февраля. № 6. С. 6.

10. Головань І.В. Бізнес-адвокатура в Україні. Донецьк: ТОВ «Юго-Восток, Лтд», 2004. 127 с.

11. Ярошевська Г.М. Сторони договору про надання юридичних послуг. Учені записки Тавричеського національного університету ім. В.І. Вернадського. Серія «Юридическі науки». 2013. Т. 26 (65). № 1. С. 480–486.

12. Наказ Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики «Про затвердження національних стандартів України, державних класифікаторів України, національних змін до міждержавних стандартів, внесення зміни до наказу Держспоживстандарту України від 31 березня 2004 р. № 59 та скасування нормативних документів» від 28.05.2004 № 97. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0097609-04#n34>

13. Богославец В. М. Договори про надання правових послуг: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2008. 19 с.

14. Кисельов М.С., Затулко К.А. Правовий статус адвокатського об’єднання. Вчені записки Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського. Серія :Юридичні науки. 2018. Т. 29 (68). № 4. С. 59-64.

15. Головань І. В. Командне адвокатське об’єднання. Скоро сімнадцять. Всеукраїнська громадська організація «Асоціація правників України». URL: http://uba.ua/documents/doc/i_golovan_speech.pdf

16. Бакаянова Н.М. Основи адвокатури України: функціональні та організаційні аспекти: монографія. Одеса: Юридична література, 2017. 357 с.

17. Книгін К. Г. Організаційно-правові форми надання правової допомоги адвокатом за чиним законодавством України. Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. Одеса : Юрид. л-ра, 2014. Вип. 72. С. 417-423.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Dzaburiya Olena Oleksandrivna,
graduate student of National University
«Odessa Law Academy»;

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА
Джабурія Олена Олександрівна,
аспірантка Національного університету
«Одеська юридична академія»;
E-mail: sobranie305@gmail.com

INTERACTION OF POLICE AND OTHER LAW ENFORCEMENT BODIES IN THE FIELD OF PREVENTION AND INFRINGEMENT OF CRIME

Andrey KOVALENKO,

Candidate of Law Sciences, Associate Professor, Doctoral Student of the National Academy of Internal Affairs of Ukraine

The article investigates the interaction of police and other law enforcement agencies in the context of crime prevention and counteraction. On the basis of theoretical analysis of the legal essence of the notion of prevention and counteraction of crime, their difference was established, and a position on the essence of such activity was formed. Also, the author examined the legal framework for the law enforcement agencies to carry out their functions during joint tasks. Possible ways of solving problem issues of interaction are offered.

Keywords: counteraction to crime, crime prevention, police, law enforcement agencies, improvement.

Articolul investighează interacțiunea poliției și a altor organe de drept în contextul prevenirii și contracarării criminalității. Pe baza analizei teoretice a esenței juridice a noțiunii de prevenire și contracarare a criminalității, sa stabilit diferența dintre acestea și s-a format o poziție cu privire la esența acestei activități. De asemenea, autorul a examinat cadrul legal pentru ca agențiile de aplicare a legii să-și îndeplinească funcțiile în timpul sarcinilor comune. Sunt oferite modalități posibile de rezolvare a problemelor legate de interacțiune.

Cuvinte-cheie: contracararea criminalității, prevenirea criminalității, poliția, agențiile de aplicare a legii, îmbunătățirea.

ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ ПОЛИЦИИ И ДРУГИХ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ В СФЕРЕ ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ И ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ ПРЕСТУПНОСТИ

Андрей КОВАЛЕНКО,

кандидат юридических наук, доцент,
докторант Национальной академии внутренних дел Украины

В статье исследованы вопросы взаимодействия полиции и других правоохранительных органов в контексте предотвращения и противодействия преступности. На основании теоретического анализа юридической сущности понятия предотвращение и противодействие преступности, было установлено их различие, и сформировано позицию относительно сущности такой деятельности. Также, автором были исследованы нормативно-правовую основу осуществления правоохранительными органами своих функций, во время совместного выполнения задач. Предложены возможные пути решения проблемных вопросов взаимодействия.

Ключевые слова: противодействие преступности, предупреждение преступности, полиция, правоохранительные органы, совершенствования.

Relevance of the subject. In today's conditions of building a world democracy, the most important issue is the preservation of the most important values for society. One of the most important aspects of social life is the observance of human and civil rights and freedoms. In the modern world, there are many threats that negatively affect the functioning of the corresponding legal status.

The legal Ukraine of the present day has a rapidly growing law enforcement system, as the bodies involved in the prevention and counteraction of crime are constantly in the process of self-improvement and close interaction.

However, despite these processes resulting from the need for action, attention must be paid to certain

aspects of the police's interaction with other law enforcement agencies in the area of countering and preventing crime.

Formulation of the problem. That is why the study of the main issues of interaction between the police and other law enforcement agencies in the context of prevention and counteraction to crime is one of the most urgent topics for today's scientific research.

The state of the subject research. Relevant topics have repeatedly become the subject of scientific research, both domestic and foreign lawyers, among which: V. Beschastny, M. Valuysk, V. Golin, J. Gorinetsky, I. Danshin, A. Zakalyuk, Y. Kogut, O. Kobzar, M. Loshitsky, M. Moskalenko, V. Popovich, V. Shadrin, S. Yakimova, and many others.

The objectives and objectives of this study are to analyze the nature of the interaction between the police and other law enforcement agencies in the context of prevention and counteraction to crime. The goal set has necessitated the solution of a number of research tasks, among which: analysis of approaches to understanding the notion of preventing and counteracting crime, generalizing the developed scientific tendency to the interpretation of the relevant categories, an attempt to present their own views on their understanding; the study of the nature of the interaction of police and other law enforcement bodies in the context of counteraction and prevention of crime in Ukraine.

Presentation of the main research material.

Prevention and combating crime is one of the highest priority areas of state policy, and the system of bodies that carry out this activity is not limited to the National Police. In addition, scientists emphasize the fact that the police do not carry out their activities in isolation, but only functions in the area of prevention and counteraction to crime in a close relationship.

That is why the author has chosen relevant topics. The coherence of the interaction of all law enforcement agencies depends on the effectiveness of the prevention and counteraction of crime, the low level of which will enable the state to develop and build a solid economy and expand the ability to realize other important benefits.

First of all, one should note the concept of «prevention» and «counteraction» to crime, since, despite the widely developed doctrine, approaches to their interpretation differ. Thus, according to the general rule, the notion of crime prevention is defined by scientists as an activity preventing the commission of criminal offenses and does not allow them to be committed. Preventing - means «preventing something in advance, turning away» [1, p. 89]. Such a result is achieved through the use of preventive measures that «prevent, turn back something» [2, p. 827], a warning, that is, «a warning against something» [2, p. 569], or termination of commenced offenses, which is interpreted as “coercion to cease to do something” [2, p. 717]. The crime crime, in turn, is defined as a complex socio-legal phenomenon and the concept of it, which reflects the theory and practice of specific socio-management activities and public and private initiatives, as well as criminal justice efforts aimed at preventing the commission of criminal offenses and response to their commission [3].

The authors also rightly point out that the National Police of Ukraine is one of the main law enforcement agencies that implement the functions of preventing and counteracting crime in Ukraine.

At the same time, the Law of Ukraine «On National Police» dated July 2, 2015, No. 580-VII defines the tasks of the relevant body, among which there are many provisions aimed at preventing crimes, namely: the implementation of preventive and preventive activities aimed at prevention of offenses; to identify the causes and conditions that facilitate the commission of criminal and administrative offenses, to take measures, within their competence, to eliminate them, etc. [4].

In addition, it should be noted that the National Police of Ukraine carries out preventive activities not in isolation but in various types of interaction with the authorities, 1) which determine the state policy in the field of combating crime (the President of Ukraine, the Verkhovna Rada of Ukraine, the Cabinet of Ministers of Ukraine); 2) who coordinate activities in the field of prevention and counteraction to crime (Prosecutor General of Ukraine and prosecutors subordinate to him; National Security and Defense Council of Ukraine); 3) who carry out law enforcement activities in the field of crime prevention (among the subjects of this group, it is necessary to allocate two subgroups: a) bodies for which the fight against crime is one of the main functions (for example, the Department of Criminal Investigation of the National Police of Ukraine, the Main Directorate of fight against corruption and organized crime of the SBU of Ukraine, etc.); 4) who exercise control and other types of management activities (public organizations, associations, state control bodies, the press) [5, p. 154-162].

The National Police in Ukraine, as an integral mechanism for crime prevention, consists of several units that carry out the respective activities in a consolidated manner. However, there are a number of examples of the impossibility of police and police units to perform some of their powers individually.

In turn, it is necessary to pay attention to the interdependence of the work of the bodies that form the state policy in the field of prevention and counteraction to crimes and directly to the police. Since the Verkhovna Rada itself is the only legislature in Ukraine [6], only the latter has the right to collectively determine the legal status of a police officer, to indicate that he is a crime, and which is a measure of permissible conduct. Also, indicate the subordination of the National Police of Ukraine to the Ministry of Internal Affairs of Ukraine [7], which coordinates its activities. This means that the breadth and effectiveness of police functions in preventing and counteracting crime directly depends on the activity of the Cabinet of Ministers of Ukraine in general and the Ministry of Internal Affairs, in particular.

Along with this, there is an example of the actual interaction of the police with other law enforcement agencies. For example, the bodies of pre-trial investigation, in the course of the pre-trial investigation, have a procedural director - a prosecutor of a corresponding rank, a prosecutor's office that, in accordance with the Criminal Procedure Code of Ukraine [8] and the Law of Ukraine "On Prosecutor's Office" [9], exercise their powers.

Along with this, there is an example of investigations and investigative investigations, in particular in the context that some of them are conducted only with the permission of the prosecutor, some according to the decision of the investigating judge, which testifies to the close relationship of the National Police Ukraine during the fulfillment of its functions in the prevention and counteraction of crime.

In addition to the above-mentioned, according to R. Shay, the main law enforcement functions include: 1) preventive (prevention of offenses entailing legal responsibility in the field of public law); 2) protective (protection of life, health, rights, freedoms and legitimate interests of individuals); 3) protection of public order and security and property; 4) resocialization (this function is most characteristic of the organs and services for minors, services that carry out administrative supervision of persons released from places of imprisonment); 5) operational search; 6) investigation of crimes; 7) court proceedings; 8) consideration of cases concerning administrative violations; 9) consideration of cases of financial and administrative and economic offenses (ie, consideration of cases of administrative offenses committed by legal entities or entrepreneurs); 10) execution of sentences, decisions, decisions and orders of courts, orders of bodies of pre-trial investigation and prosecutors [10, p. 10-16].

Taking into account this position and comparing it with the above-mentioned developments, the author reached a consensus, regarding the National Police of Ukraine, based on the theory and practice of law enforcement activities, is one of the main law enforcement agencies of the state, which is authorized, within the limits of the current legislation, to carry out as a preventive function directly related to crime prevention, and operational search, which in some cases may also be an instrument for preventing crime.

It is necessary to note that the National Police of Ukraine within the limits of its powers has the right to carry out a wide range of functions on preventing crime in Ukraine, which is defined in the specialized law and regulated by it.

The role and place of the National Police of Ukraine as the subject of crime prevention, in

addition to the Law of Ukraine "On National Police", is also defined by the Criminal Code of Ukraine, the Criminal Procedure Code of Ukraine, the Code of Ukraine on Administrative Offenses and a number of other normative legal acts.

It is precisely the wide range of counter-measures taken by the police in all the various areas where the possibility of committing crimes distinguishes the latter from among other law enforcement agencies. The competence of the police include counteraction in the field of economic, property, organized crime, as well as crime in the sphere of life and health of man and citizen, as well as honor and dignity of the individual.

Prevention of crimes is one of the areas of the criminal legal policy of the state, consisting of a set of measures directed at separate groups and individuals who commit criminal intent, contemplate the commission of crimes and are positively perceived as a criminal way of life, in order to discredit criminal behavior, refuse to criminalize motivation and intention or continuation of criminal activity.

Conclusion. Based on the analyzed sources and scientific views on the above-mentioned problems, the following conclusions can be argued:

1. 1. Prevention of crime, it is necessary to consider the complex activity of a number of authorized entities, consisting in preventing, counteracting, diverting and preventing the commission of crimes and reducing the intensity of the processes of determination of crime at all levels.

2. Counteraction to crime is a complex activity of authorized entities, consisting of direct activities to stop directly committed crimes and investigations already committed at all levels.

3. The role and place of the National Police of Ukraine as the subject of crime prevention is determined by the relevant law, as well as by the Criminal Code of Ukraine, the Criminal Procedure Code of Ukraine, the Code of Ukraine on Administrative Offenses and a number of other normative legal acts. It is precisely the wide range of preventive police activities that distinguish the latter from other law enforcement agencies in all different areas where crime is possible. The competence of the police can include prevention in the field of economic, property, organized crime, as well as crime in the life and health of man and citizen, as well as honor and dignity of the individual.

Police do not carry out their activities individually, and above all, its activities are regulated by national institutions - the Verkhovna Rada of Ukraine and the Cabinet of Ministers of Ukraine, while also exercising its functions on prevention and counteraction to crimes, the police constantly and systematically

cooperate with other law enforcement agencies, namely: the system of courts and the Prosecutor's Office of Ukraine.

References

1. Новий тлумачний словник української мови: у чотирьох томах. – Том 2. – К.: Аконт, 2001. – 911 с.
2. Новий тлумачний словник української мови: у чотирьох томах. – Том 3. – К.: Аконт, 2001. – 927 с.
3. Куц В. Протидія злочинності: сутність і зміст / В. Куц // Науковий часопис Національної академії прокуратури України. – 2016. – № 4(12). – С. 103–112 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.chasopysnaru.gov.ua/chasopys/ua/pdf/12-2016/kuts.pdf>
4. Закон України «Про Національну поліцію»: від 02.07.2015 р. № 580-VIII – [електронний ресурс] – режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19>
5. Дмитро Михайлович Тичина/ Національна поліція України в системі суб'єктів запобігання злочинам//Вісник кримінологічної асоціації України. 2016. № 2 (13).
6. Закон України «Про Регламент Верховної Ради України»/Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, № 14-15, № 16-17, ст.133 – [електронний ресурс] – режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1861-17>

7. Постанова Кабінету Міністрів України від 28 жовтня 2015 р. № 878 «Про затвердження Положення про Міністерство внутрішніх справ України» – [електронний ресурс] – режим доступу: <https://www.kmu.gov.ua/ua/npras/248608057>

8. Кримінальний-процесуальний кодекс України/ Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9-10, № 11-12, № 13, ст.88 – [електронний ресурс] – режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

9. Закон України «Про прокуратуру»/ Відомості Верховної Ради (ВВР), 2015, № 2-3, ст.12 – [електронний ресурс] – режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18>

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Andrey Vasilyevich KOVALENKO,
Candidate of Law Sciences, Associate Professor,
Doctoral Student of the National Academy of Internal Affairs of Ukraine

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

Андрей Васильевич КОВАЛЕНКО,
кандидат юридических наук, доцент, докторант
Национальной академии внутренних дел Украины

Drept penal. Criminologie

CZU: 347.965.3:343.211.3

PROTECȚIA JURIDICO-PENALĂ A SECRETULUI PROFESIONAL AL AVOCATULUI

Lilia GÎRLA,

doctor în drept, conferențiar universitar, Departament de Drept penal, Universitatea de Stat din Moldova

Costică MOȚOC,

doctorand, Departament de Drept penal, Universitatea de Stat din Moldova

Legea penală a Republicii Moldova nu oferă protecție juridică suficientă secretelor profesionale apărute între avocat și client (beneficiarul serviciilor juridice). În Republica Moldova, spre deosebire de România, secretul profesional al avocatului în legislație este abordată doar prin prisma aspectelor etico-morale, reglementările extrapenale existente sunt modeste, iar careva prevederi penale lipsesc. Norma juridico-penală cu privire la încălcarea inviolabilității vieții personale (art.177 Cod penal), nu oferă protecție suficientă și necesară informației vizate. În urma cercetării întreprinse sunt elaborate unele soluții optime privind protecția juridico-penală a secretului profesional al avocatului prin fundamentarea cadrului conceptual, având în rezultat optimizarea cadrului incriminator prin formularea unor sugestii *de lege ferenda* menite să îmbunătățească substanțial dreptul penal al Republicii Moldova, fapt care ar permite aplicarea corectă și univocă a legii penale în materia asigurării regimului secret al informației confidentiale protejate.

Cuvinte-cheie: informație; date confidentiale; secret profesional; regim secret al informației; secret profesional al avocatului; divulgarea secretului profesional.

PROTECTION BY CRIMINAL LAW OF THE LAWYER'S PROFESSIONAL SECRECY

Lilia GYRLA,

Ph.D. in Law, docent, Criminal Law Department, Moldova State University

Costică MOȚOC,

doctorate student, Criminal Law Department, Moldova State University

Penal Code of the Republic of Moldova doesn't offer a sufficient legal protection for the professional secrets appeared between the lawyer and the client (the beneficiary of legal services). In contrast to Romania, in the Republic of Moldova the lawyer's professional secret is regulated exclusively by the ethical approach, where the extra penal regulations are modest and some penal regulations are absent. The legal norm concerning the violation of inviolability of privacy (art.177 Criminal code) doesn't ensure a sufficient and necessary protection of that category of information. As a result of our investigation, there were elaborated some optimal solutions regarding the penal protection of the lawyer's professional secret by the foundation of the conceptual framework, being resulted in optimization of the incriminating base by means of formulating of suggestions *de lege ferenda* aimed to improve substantially the Penal law of the Republic of Moldova, which will permit the correct and univocal application of the law in the penal matter of secret regime of the protected confidential information.

Keywords: information; confidential data; professional secrecy; secret regime of information; professional secrecy of the lawyer; disclosure of the professional secrecy

Introducere. Cercetarea științifică propriu-zisă lam pornit-o reieșind din constatarea regretabilă a faptului că legea penală a Republicii Moldova nu oferă protecție juridică suficientă secretelor profesionale apărute între avocat și client (beneficiarul serviciilor juridice). În știința dreptului penal substanțial al Republicii Moldova lipsesc careva cercetări științifice de sine stătătoare consacrate aspectelor juridico-penale ale protecției secretului profesional al avocatului.

Observăm că în Republica Moldova, spre deose-

bire de România, secretul profesional al avocatului în legislație este abordat doar prin prisma aspectelor etico-morale, reglementările extrapenale existente sunt modeste, iar careva prevederi penale lipsesc. Această concluzie reiese din interpretarea prevederilor din art.54 (Obligațiile avocatului) al Legii Republicii Moldova *cu privire la avocatură*, nr.1260 din 19.07.2002 [8]. Astfel, există unica prevedere generală inserată în lit.k) alin.(1) art.54, conform căreia avocatul este obligat să respecte normele Codului deontologic al avo-

catului și prevederile statutului profesiei de avocat. O atare situație atât în opinia noastră, cât și în opinia mai multor autori contemporani, nu este una corectă [15, p.95].

Considerăm că norma juridico-penală cu privire la încălcarea inviolabilității vieții personale în conformitate cu art.177 Cod penal – *culegerea ilegală sau răspândirea cu bună-știință a informațiilor, ocrotite de lege, despre viața personală ce constituie secret personal sau familial al altei persoane fără consimțământul ei* [2], nu oferă protecție corespunzătoare informației obținute, păstrate sau prelucrate în regimul secretului profesional, deoarece aceste date confidențiale sunt ocrotite în regimul secretului personal sau familial, care îi aparține deținătorului primar, pe când secretul profesional presupune că acesta este administrat de către deținătorul secund (specialistul care a obținut informații confidențiale în legătură cu exercitarea atribuțiilor sale profesionale).

Scopul articolului constă în elaborarea unor soluții optime privind protecția juridico-penală a secretului profesional al avocatului prin fundamentarea cadrului conceptual, având în rezultat optimizarea cadrului incriminator prin formularea unor sugestii *de lege ferenda* menite să îmbunătățească substanțial dreptul penal al Republicii Moldova, fapt care ar permite aplicarea corectă și univocă a legii penale în materia asigurării regimului secret al informației confidențiale protejate.

Rezultate obținute și discuții

Obligația avocatului cu privire la secretul profesional servește atât intereselor administrării justiției, cât și intereselor clientului. În consecință, aceasta trebuie să beneficieze de o protecție specială din partea statului. Mai mult, secretul profesional este considerat un instrument prin care se poate asigura accesul la justiție și menținerea statului de drept.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului (CtEDO) a corelat în mod repetat respectarea secretului profesional cu respectarea articolelor 6 și 8 CEDO. *Prin însăși natura misiunii sale, avocatul este depozitarul secretelor clientului său și destinatarul comunicărilor de natură confidențială* [4]. După cum se arată în jurisprudența CtEDO, dreptul fiecăruia la un proces echitabil depinde de „relația de încredere care există între avocat și client [7]. Subminarea secretului profesional poate reprezenta o încălcare a articolului 8 al Convenției Europene a Drepturilor Omului care protejează dreptul la respectarea vieții private și de familie [6]. Articolul „permite o protecție mai puternică a schimburilor de informații dintre avocați și clienții săi”. În același spirit, Curtea stabilește astfel: „*acest lucru este justificat prin faptul că avocaților li se atribuie un rol fundamental într-o societate democratică, acela de a apăra părțile la litigiu. Cu toate acestea, este imposibil să*

ducă la îndeplinire această sarcină esențială, dacă nu pot să garanteze celor pe care îi apără că schimburile lor de informații vor fi confidențiale” [12].

Fără garanția confidențialității, încrederea nu poate exista. Cum corect menționează Angela Păunescu, în practică, confidențialitatea corespondenței avocatului este dublată de secretul corespondenței, drept fundamental, consacrat constituțional și internațional, precum și prin inserarea în antetul corespondenței a unei clauze de confidențialitate care avertizează eventualii receptori eronați de confidențialitatea datelor conținute în mesaj [11, p.323].

Sunt principii comune pentru toți avocații europeni. Avocații europeni urmează să respecte aceste principii care sunt esențiale pentru buna administrare a justiției, pentru accesul la justiție și dreptul la un proces echitabil, astfel cum acestea sunt impuse prin Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, Carta principiilor fundamentale ale avocatului european [1]. Așadar, în conformitate cu *Principiul (b) – respectarea secretului profesional și a confidențialității cauzelor ce i-au fost încredințate*, esența profesiei de avocat include și faptul că acestuia i se vor comunica lucruri, pe care clientul nu i le-ar spune altei persoane – cele mai intime detalii ale vieții private sau cele mai valoroase secrete comerciale – și că avocatul ar trebui să fie receptiv la informațiile obținute pe bază de încredere. Carta pune un accent special pe *dualitatea naturii principiului* – respectarea confidențialității nu este doar obligația avocatului, ci este un drept fundamental uman al clientului. Regulile „*privilegiului profesional*” interzic ca informația comunicată avocatului să fie folosită împotriva clientului.

Pe lângă jurisprudența bogată a instanțelor europene referitoare la comunicările privilegiate, este important să menționăm Recomandarea Consiliului Europei Rec (2000) 21 din 25 octombrie 2000 despre libertatea exercitării profesiei de avocat în Europa care prevede că „*Ar trebui luate toate măsurile pentru a asigura respectarea confidențialității relației avocat-client. Excepțiile la acest principiu ar trebui permise doar dacă sunt compatibile cu statul de drept.*” (principiul I, alineatul 6) și că „*Secretul profesional ar trebui respectat de către avocați în conformitate cu normele, regulamentele și standardele profesionale. Orice încălcare a acestei confidențialități fără acordul clientului ar trebui să facă obiectul unor sancțiuni corespunzătoare.*” (principiul III, alineatul 2) [13].

Imunitatea *apărător-client* este recunoscută ca cea mai veche, fiind prevăzută încă în dreptul roman. Aplicarea imunității este determinată în fiecare caz concret de caracterul raporturilor dintre client și avocatul său [5, p.334]. Secretul profesional al avocatului nu are o natură juridică contractuală, ci una legală, el izvorăște

din lege și face parte din statutul profesional al avocatului [3]. După cum arată autorul român Păunescu Angela, avocatul este, în primul rând, confidentul clientului sau. Confidențialitatea și secretul profesional garantează încrederea în avocat și constituie obligații fundamentale ale avocatului. În consecință este firesc și necesar ca acesta din urmă să îi încredințeze avocatului său toate și cele mai intime secrete legate de cauză pentru care l-a angajat, iar la rândul său avocatul este dator să păstreze secretul profesional cu privire la orice aspect al cauzei pentru care a fost angajat [11, p.334].

Profesorul Igor Dolea utilizează termenul „*secretul apărării*” și aduce argumente solide pentru caracterul absolut al acestuia [5, p.334]. Din opera științifică „*Drepturile persoanei în probatoriul penal: conceptul promovării elementului privat*” (prof. Igor Dolea) putem distinge patru condiții de operare a imunității dintre apărător și client, este necesar a stabili după cum urmează: 1) dacă între aceștia a avut loc comunicarea care poate purta un caracter diferit (verbal sau în scris); 2) scopul comunicării – autorul citat precizează că scopul comunicării trebuie să fie asistența juridică, iar în cazul în care comunicarea a avut un alt scop, imunitatea nu se aplică; 3) caracterul informației – *dacă aceasta este sau nu confidențială* - aici autorul vine cu o precizare: „...se consideră confidențială informația care nu trebuie divulgată unor terțe persoane... Prezența unor terțe persoane în timpul comunicării impune nulitatea imunității. Aceleași consecințe survin atunci când clientul informează o terță persoană asupra conținutului comunicării” [5, p.334]; 4) conținutul subiectiv al comunicării - clientul este considerat o persoană fizică care solicită o consultanță din partea unui jurist. Juristul este o persoană care are anumite atribuții privind acordarea asistenței juridice. Deținătorul imunității este clientul [5, p.334-335].

Într-o altă ordine de idei vom preciza că în literatura de specialitate se menționează că *informația ce constituie secret reprezintă valoare, deoarece este necunoscută și inaccesibilă pentru persoanele terțe* [16, p.3]. Prin urmare, definiția corectă a secretului nu poate fi dedusă doar din categoria informației pentru că orice secret legal constituie nu doar o informație ca atare, ci este menținut într-o stare de prohibiție/interdicere (retragere din circuitul informațional accesibil) a accesului la o astfel de informație. **Regimul secret** este un sistem de norme juridice care reglementează relații sociale pentru protecția, obținerea, precum și utilizarea informației confidențiale. **Secretul** ca un fenomen juridic reprezintă prohibițiunea (exceptarea) accesului la o informație a cărei obținere, divulgare sau altă formă de utilizare va crea posibilitatea reală de prejudiciere a valorilor și intereselor protejate de lege.

În opera sa științifică autorul Iu. S. Pilipenko definește **secretul avocatului** ca *starea accesului interzis la informație prin stabilirea regimului special* [17, p.8-9]. Regimul special al secretului profesional al avocatului, în opinia autorului citat, reprezintă ordinea specială a reglementării juridice care acționează în sfera acordării asistenței juridice calificate și îndreptată spre formarea și protecția imunității beneficiarului prin stabilirea interdicțiilor pentru obținerea și divulgarea nesancționată a oricărei informații care a devenit cunoscută avocatului [17, p.8-9].

Analizând cu o mare atenție doctrina contemporană, putem deduce că secretele profesionale apar atunci când o persoană împărtășește date confidențiale cu un specialist care află conținutul acestei informații în legătură cu executarea obligațiilor sale profesionale. Această categorie de secrete se caracterizează prin: 1) crearea relațiilor de fidelitate dintre subiecți (beneficiarul secretului personal (*deținătorul primar*) și specialistul cărui i se încredințează informația confidențială (*deținătorul secund*)); 2) existența normelor etice caracteristice profesiei anumite; 3) prezența unui obiect complex care constituie un ansamblu de interese și valori publice și private cărora poate fi cauzat un prejudiciu în cazul divulgării unei astfel de informații. Obligația de a păstra secretul profesional poate fi caracterizată prin următoarele teze: 1) este absolută și nelimitată în timp; 2) se întinde asupra tuturor activităților avocatului, ale asociațiilor săi, ale avocaților colaboratorilor, ale avocaților salariați din cadrul formei de exercitare a profesiei, inclusiv asupra raporturilor cu alți avocați; 3) revine și persoanelor cu care avocatul conlucrează în exercitarea profesiei, precum și salariaților săi, și tuturor organelor profesiei de avocat și salariaților acestora cu privire la informațiile cunoscute în exercitarea funcțiilor și atribuțiilor ce le revin.

În conformitate cu pct.2.3.3. (Secretul profesional) din Codul deontologic al avocaților din Uniunea Europeană a fost inițial adoptat în Sesiunea Plenară din data de 28 octombrie 1998 și modificat ulterior în Sesiunile Plenare ale CCBE din 28 noiembrie 1998, 6 decembrie 2002 și 19 mai 2006 [4], *această obligație privind secretul profesional nu este limitată în timp*. Avocatul este dator să aducă la cunostință această obligație, el nu poate fi dezlegat de secretul profesional, nici de către clientul său și nici de către o altă autoritate sau persoană. Avocatul nu este și nu poate fi denunțatorul propriului client. Nici activitățile și obligațiile ce revin avocatului nu pot fi îndeplinite în contra sau cu ignorarea secretului profesional. Obligația păstrării confidențialității durează toată viața, inclusiv după ce, din orice motiv, persoana care a avut acces la informații în calitate de avocat nu mai exercită profesia de avocat [14].

O regulă de bază care pretinde respectarea confiden-

țialității este, că avocatul trebuie să respecte secretul oricărei informații confidențiale de care ia cunoștință în cadrul activității sale profesionale [3]. Avocatul este obligat să nu divulge informația privind circumstanțele și faptele aflate de la client sau care au fost cunoscute în rezultatul îndeplinirii obligațiilor profesionale. Aceste informații privesc viața privată a clientului, personală sau familială, chestiunile cu care o persoană s-a adresat pentru asistența juridică, esența consultațiilor oferite de avocat, procedeele de strategie și tactică a apărării sau reprezentării, datele privind persoana care s-a adresat după asistență și alte împrejurări care rezultă din activitatea profesională a avocatului. Caracterul imperativ al normei derivă din obligația legală și morală pe care o are avocatul în legătură cu divulgarea informației [3]. Așadar, în opinia noastră, în secretul profesional al avocatului sunt incluse: date cu privire la apelarea la servicii de avocat, inclusiv și numele beneficiarului; date și acte obținute de către avocat pe parcursul pregătirii cauzei; alte informații cu privire la beneficiar care au devenit cunoscute în proces de acordare a asistenței juridice; consultațiile date sau destinate clientului; corespondența dintre avocat și clientul său; corespondența profesională dintre avocat și confrății avocați; toate probele și actele care sunt culese pe parcursul pregătirii cauzei; notițele luate cu ocazia interviului profesional realizat de avocat cu clientul său pentru analiza faptelor, ori a unui dosar judiciar sau a unor documente cu relevanță juridică; conținutul actelor juridice și a sfaturilor juridice oferite sau destinate beneficiarului; condițiile de acordare a asistenței juridice; mărturiile primite de avocat în exercitarea profesiei; suportul material al probelor puse la dispoziția avocatului în interesul pregătirii și realizării apărării; agenda profesională a avocatului; documentele financiare și operațiunile bancare ce vizează prestațiile profesionale; alte informații în legătură cu acordarea asistenței juridice.

De specificat că avocatul este obligat să păstreze în secret nu doar informația obținută de la beneficiar, dar și alte date obținute din alte surse, dacă obținerea acestora este legată de acordarea asistenței juridice. Noi considerăm că toată informația obținută în calitate de secret profesional al avocatului poate fi divizată în două categorii mari: informația juridică generală referitoare la cauză pentru care s-a adresat persoana; informația lipsită de caracter juridic, confidențială referitoare la aspectele vieții personale și familiale. Conținutul secretului profesional al avocatului cuprinde două categorii de informații: secretele beneficiarului comunicate avocatului; datele obținute de către avocat în interesele beneficiarului. Nu este vorba numai despre informațiile la care avocatul are acces, ci ne interesează și suportul acestor informații, indiferent de modul lor de dobân-

dire, conservare, comunicare, transmitere, diseminare, valorificare, sfera raporturilor sociale în care sunt folosite, persoanele responsabile de conservarea și manipularea lor, cu distincțiile ce se impun pentru formele de exercitare a profesiei în colectiv, pentru accesul personalului non-avocat la acestea, pentru membrii organelor de conducere ale profesiei, pentru instituțiile profesiei.

Spre deosebire de legea penală a Republicii Moldova, în legea penală a României există norma juridico-penală care sancționează **divulgarea secretului profesional**. Așadar, potrivit alin.(1) art.227 C. pen. al României, *divulgarea, fără drept, a unor date sau informații privind viața privată a unei persoane, de natură să aducă un prejudiciu unei persoane, de către acela care a luat cunoștință despre acestea în virtutea profesiei ori funcției și care are obligația păstrării confidențialității cu privire la aceste date, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 3 ani sau cu amendă* [10]. Supunând noul text incriminator unui examen comparativ cu norma de incriminare anterioară corespondentă, observăm că acestea au conținut diferit. Este vorba despre alin.(1) art.196 C. pen. anterior, conform căruia, *divulgarea, fără drept, a unor date, de către acela căruia iau fost încredințate sau de care a luat cunoștință în virtutea profesiei ori funcției, dacă fapta este de natură a aduce prejudicii unei persoane, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă*. În noua redactare a textului legal, fapta de divulgare este incriminată numai dacă privește **date sau informații privind viața privată**, elemente de care cel ținut să păstreze secretul a luat cunoștință cu acordul persoanei vizate de aceste date sau informații, fie că i-au fost încredințate nemijlocit (spre exemplu, datele încredințate avocatului de către client), fie că le-a constatat în virtutea profesiei sau funcției, având consimțământul celui în cauză (de pildă, în cazul medicului).

Mai mult, spre deosebire de Republica Moldova, legislația profesiei de avocat ce reglementează păstrarea secretului profesional în România a trebuit armonizată cu legislația comunitară, în scopul asigurării protecției depline a drepturilor și libertăților fundamentale și a înlăturării oricărui fel de abuzuri și, prin urmare, în cursul anului 2004 au fost operate modificări radicale ale legislației privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat, precum și la adoptarea unui nou statut al profesiei de avocat. Prin Legea României nr.25/2017 a fost modificată Legea României nr. 51/1995 *privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat* [9]. Articolul 46 a fost completat prin acest act normativ cu alin. 4 ind. 1, introducându-se următorul text de incriminare: *“Divulgarea de către avocat, fără drept, a unei informații confidențiale din sfera privată a clientului său ori care privește un secret operațional sau*

comercial care i-a fost încredințat în virtutea aceleiași calități sau de care a putut să ia cunoștință în timpul desfășurării activităților specifice profesiei constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 1 la 5 ani”. Tot prin același act normativ modificator s-a prevăzut la alin.4 ind. 2 că: “Sunt obligați să respecte secretul profesional și membrii organelor de conducere ale profesiei de avocat cu privire la aspectele de care au luat cunoștință în virtutea exercitării prerogativelor cu care au fost investiți.” Modificările legislative mai sus enumerate ridică mai multe probleme conceptuale și de aplicabilitate [11, p.324].

Concluzii:

Spre regret, constatăm la moment în Republica Moldova lipsa unui cadru sancționator adecvat pentru încălcarea secretului profesional în Republica Moldova, deși unele norme există. De lege lata, observăm că legea penală a României prevede o normă care permite încadrarea divulgării secretului profesional al avocatului. Astfel, este prohibițiunea generală cu privire la indamisibilitatea divulgării secretului profesional în art.227 Noul Cod penal al României – *Divulgarea, fără drept, a unor date sau informații privind viața privată a unei persoane, de către acela care a luat cunoștință despre acestea în virtutea profesiei ori funcției și care are obligația păstrării confidențialității cu privire la aceste date, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 3 ani sau cu amendă.*

În Codul penal al Republicii Moldova o astfel de normă juridico-penală lipsește, însă ținând cont de faptul că obligația de a păstra secretul profesional al avocatului corespunde dreptului clientului la confidențialitate și intimitate ca parte componentă a dreptului la respectarea vieții private, se va aplica norma generală cu privire la încălcarea inviolabilității vieții personale în conformitate cu art.177 Cod penal – *culegerea ilegală sau răspândirea cu bună-știință a informațiilor, ocrotite de lege, despre viața personală ce constituie secret personal sau familial al altei persoane fără consimțământul ei.* Pe cale de consecință, luând în considerație dezideratul conform căruia obligația specială de a păstra secretul profesional trebuie să fie conținută în legislația națională a statelor membre sau a organismelor profesionale naționale competente cu puterea de a adopta reguli obligatorii ale profesiei, iar regulile naționale privind secretul profesional trebuie să includă și sancțiunile corespunzătoare în caz de încălcare a lor, se propune revizuirea cadrului incriminator atât în legea penală a României, cât și a Republicii Moldova. Astfel, ținând cont de argumentele de mai sus, propunem introducerea normelor juridico-penale speciale în Codul penal al Republicii Moldova.

„art.177¹ Cod penal al Republicii Moldova. Încălcarea regimului de protecție a secretului profesional

(1) Orice operațiune sau set de operațiuni efectuate asupra datelor cu caracter personal sau asupra seturilor de date cu caracter personal, cu sau fără utilizarea de mijloace automatizate, săvârșite prin colectarea, înregistrarea, organizarea, structurarea, stocarea, adaptarea sau modificarea, extragerea, consultarea, utilizarea, divulgarea prin transmitere, diseminarea sau punerea la dispoziție în orice alt mod, alinierea sau combinarea, restricționarea, ștergerea sau distrugerea datelor confidențiale care constituie secret profesional, se pedepsește cu amendă în mărime de la 550 la 850 unități convenționale sau cu privarea de dreptul de a ocupa anumite funcții sau de a exercita o anumită activitate pe un termen de 1 an, sau cu muncă neremunerată în folosul comunității de la 180 la 240 de ore, cu amendă, aplicată persoanei juridice, în mărime de la 2000 la 3000 unități convenționale,

(2) Acțiunile specificate la alin. (1) care

a) într-un discurs public, prin mass-media

b) cu utilizarea mijloacelor tehnice speciale destinate pentru obținerea ascunsă a informației, se pedepsesc cu închisoare de la 2 la 6 ani, cu amendă, aplicată persoanei juridice, în mărime de la 2000 la 4000 unități convenționale cu privarea de dreptul de a exercita o anumită activitate pe un termen de la 1 la 5 ani sau cu lichidarea persoanei juridice.

(3) Acțiunile specificate la alin. (1) sau (2) care au provocat sinuciderea persoanei sau încercarea de a se sinucide, se pedepsesc cu închisoare de la 2 la 5 ani.

Referindu-ne la Codul penal al României, considerăm oportună reformularea denumirii și dispoziției art.227 Noul Cod penal în așa mod încât să fie sancționată nu doar divulgarea, dar și alte operațiuni ilicite cu datele confidențiale ale persoanei care constituie secretul profesional. În special, propunem următoarea lui redacție: „*Divulgarea, fără drept, precum și colectarea, înregistrarea, organizarea, structurarea, stocarea, adaptarea sau modificarea, extragerea, consultarea, utilizarea, transmiterea, diseminarea sau punerea la dispoziție în orice alt mod, alinierea sau combinarea, restricționarea, ștergerea sau distrugerea datelor confidențiale care constituie secret profesional, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 3 ani sau cu amendă*”.

Cu scop de a asigura protecția secretului profesional de către foștii avocați se propune reglementarea suplimentară prin clauze de confidențialitate care urmează a fi anexe obligatorii la contractul de prestare a serviciilor juridice sau să devină partea componentă a acestora. În cazul în care avocatul obține anumite împuterniciri vis-a-vis de informație confidențială obținută, propunem specificarea acestora în textul clauzei, după cum urmează: obținerea, elaborarea, păstrarea, utilizarea informației, luarea măsurilor pentru

asigurarea confidențialității acesteia etc. Reieșind din cele expuse ajungem la concluzia că legea trebuie să prevadă, în mod expres, atât natura răspunderii, cât și sancțiunile, care în sine trebuie să fie corespondente ca intensitate standardului înalt de protecție a datelor personale oferite avocaților, în cazul încălcării obligațiilor și garanțiilor ce urmează a fi reglementate prin lege.

Referințe bibliografice

1. *Carta principiilor fundamentale ale avocatului european*. https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_CoC/MD_DEON_CoC.pdf (accesat: 03.03.2019)

2. Codul penal al Republicii Moldova nr.985-XV din 18 aprilie 2002. În: *Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2002, nr.128-129*.

3. Comentariu la Codul Deontologic al Avocaților din Republica Moldova (*Adoptat de Congresul Avocaților din 20 decembrie 2002, cu modificările și completările adoptate la 23 martie 2007 de Congresul Avocaților, cu modificările și completările adoptate la 01 iulie 2016 de Congresul Avocaților*) http://uam.md/media/files/files/proiect_de_comentariu_20_ianuarie_2016_dr_2_2427776.pdf (accesat: 17.03.2019)

4. Codul deontologic al avocatului român aprobat prin Decizia nr.1486 a Comisiei Permanente a U.N.B.R. în ședința din 27 octombrie 2007.

5. Dolea Igor. *Drepturile persoanei în probatoriul penal: conceptul promovării elementului privat*. – Chișinău: Cartea Juridică, 2009, 416 p. (ISBN 978-9975-9927-7-0)

6. Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov. *Respectarea dreptului la un proces echitabil în temeiul Convenției Europene a Drepturilor Omului Ghid informativ despre protecția drepturilor omului realizat de Consiliul Europei*. <https://rm.coe.int/16806f1616>

7. Ghid privind art.6 din Convenția europeană a drepturilor omului Dreptul la un proces echitabil (aspectul civil) Actualizat la 30 aprilie 2018. <http://ier.gov.ro/wp-content/uploads/2018/11/Ghid-art.-6-din-CEDO-civil-30.04.2018.pdf> (accesat: 17.03.2019)

8. Legea Republicii Moldova cu privire la avocatură, nr.1260 din 19.07.2002. În: *Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2010, nr.582*.

9. Legea României nr. 51/1995 *privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat*. }n> *Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 113 din 6 martie 2001*.

10. Noul Cod penal al României actualizat 2018, Legea 286/2009. Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal. În: *Monitorul Oficial nr.757/2012*. <http://www.imliasi.ro/Noul%20cod%20penal.pdf> (accesat: 02.09.2018)

11. Păunescu Angela. *Păstrarea secretului profesional în contextul integrării României în structurile europene*. În: Aspecte teoretice și practice ale procesului de armonizare a dreptului românesc cu dreptul european (Râmnicu Vâlcea, 2009): a XVII-a sesiunea de comunicări științifice a cadrelor

didactice și studenților, 3-4 aprilie 2009 / organizată de Universitatea Spiru Haret, Facultatea de Drept și administrație Publică Râmnicu Vâlcea; coord.: Cezar Tită, Dănuț Cornoiu, Constantin Pletea et al. - Craiova : Sitech, 2009. (ISBN 978-606-530-497-0), p.323-324.

12. Recomandările CCBE *privind protejarea confidențialității clienților în contextul activităților de supraveghere* 28/04/2016. http://unbr.ro/wp-content/uploads/2016/06/RO_CCBE_Recommendati1_1464253807.docx (accesat: 21.03.2019)

13. Recommendation no. R(2000)21 of the Committee of Ministers to member States *on the freedom of exercise of the profession of lawyer* (adopted by the Committee of Ministers on 25 October 2000 at the 727th meeting of the Ministers' Deputies) https://www.asianajaliitto.fi/files/19/R2000-21_Freedom_of_exercise_of_the_profession_of_lawyer.pdf (accesat: 14.03.2019)

14. Studiu privind funcționarea profesiei de avocat în Republica Moldova. întocmit în cadrul realizării acțiunii 3.2.1.(1) din Planul de Acțiuni pentru implementarea Strategiei de reformă a sectorului justiției pentru anii 2011-2016. Elaborat de către Ministerul Justiției al Republicii Moldova Direcția profesiei și servicii juridice Serviciul asistență juridică calificată și mediere. Chișinău, 2013. http://www.justice.gov.md/public/files/file/Directia%20notariat%20si%20avocatura/Studiu_functionarea_profesiei_de_avocat-04-07-2013.pdf (accesat: 14.03.2019)

15. Акиннина Н.Ю. *Проблемы соблюдения адвокатской тайны*. В: Вестник Югорского государственного университета, 2015, Выпуск 1 (36), с.95-98. (ISSN 1816-9228)

16. Темнов С.В. *Конституционно-правовая концепция адвокатской тайны*. 12.00.02 – конституционное право, конституционный судебный процесс, муниципальное право. Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Белгород: Белгородский государственный национальный исследовательский университет – 2015, 23 с.

17. Пилипенко Ю.С. *Адвокатская тайна: теория и практика реализации*. Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук. Специальность: 12.00.11 – судебная власть, прокурорский надзор, организация правоохранительной деятельности, адвокатура. – Москва: Московская государственная юридическая академия имени О.Е. Кутафина, 2009, 56 с.

Lilia GÎRLA,
doctor în drept, conferențiar universitar,
Departamentul Drept penal a Universității de Stat din
Moldova
E-mail: liliagyrla@yahoo.co.uk

Costică MOȚOC,
Doctorand, Departamentul Drept penal a Universității
de Stat din Moldova
E-mail: ionjan082@gmail.com

UNELE PARTICULARITĂȚI ALE EFECTUĂRII ACȚIUNILOR DE URMĂRIRE PENALĂ ÎN PRIVINȚA ȘI CU PARTICIPAREA VICTIMELOR INFRAȚIUNII DE TRAFIC DE FIINȚE UMANE

Vitalie JITARIUC,

doctorand, lector-universitar, Facultatea de Drept și Administrație publică, Universitatea de Stat „B. P. Hașdeu” din Cahul

Traficul de ființe umane a devenit obiect de îngrijorare a comunității internaționale încă de la sfârșitul secolului al XIX-lea. Tendința de intensificare a traficului de ființe umane a devenit caracteristică pentru majoritatea țărilor lumii din timpul respectiv și a impus măsuri organizate de combatere a acestui rău social. Traficul de ființe umane constituie o parte componentă gravă și destul de răspândită a infracționalității internaționale organizate. Profiturile considerabile ale acestora sunt asociate cu un risc relativ mic pentru infractori. Combaterea încălcărilor strigătoare la cer a drepturilor umane poate fi efectivă doar prin aplicarea unei abordări coordonate și multidisciplinare la care să participe toate organele de drept, legislative și pentru problemele migrației, organizațiile de protecție socială, organizațiile non-guvernamentale și toți acei pentru care soluționarea problemei în cauză constituie un aspect de îngrijorare.

Cuvinte-cheie: *trafic de ființe umane, victimă, parte vătămată, acțiune de urmărire penală, revictimizare, proces penal, judecată, traficant, exploatare, violență, metodologie de investigare, criminalitate, cooperare internațională.*

SOME PARTICULARITIES IN CARRYING OUT CRIMINAL PROSECUTION MEASURES IN RELATION TO AND WITH THE PARTICIPATION OF THE VICTIMS OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS.

Vitalie JITARIUC,

Ph.D., university lecturer, Faculty of Law and Public Administration, Bogdan PetriceicuHasdeu State University from Cahul

Trafficking in human beings has become a concern for the international community since the end of the nineteenth century. The trend of intensifying human trafficking has become characteristic of most of the world's countries of that time, and has imposed organized measures to combat this social evil. Trafficking in human beings is a serious and fairly widespread component of international organized crime. Its considerable profits are associated with a relatively low risk for offenders. Combating human rights violations can only be effective by applying a coordinated and multidisciplinary approach involving all law, legislative and migration bodies, social protection organizations, non-governmental organizations, and all those for whom the resolution of the problem is an issue of concern.

Keywords: *trafficking in human beings, victim, injured party, criminal prosecution action, revictimization, criminal trial, trafficker, exploitation, violence, investigative methodology, criminality, international cooperation.*

Introducere. Traficul de ființe umane nu constituie niște manifestări criminale sporadice, ci s-a transformat în societatea noastră, ba chiar în întreaga Europă și în alte zone de pe mapamond, într-un veritabil fenomen social, adică are un caracter de masă și influențează într-o măsură considerabilă și nefastă procesele sociale, perturbând bunul mers al societății [1, p. 92]. Traficul de ființe umane este un fenomen catastrofal de răspândit și caracteristic pentru majoritatea țărilor din spațiul ex-socialist. Este un fenomen destul de complex, asociat și altor procese și influențat de diferiți factori. Consecințele sociale, economice și morale pe care le comportă traficul de ființe umane pentru o comunitate sunt dintre cele mai nefaste.

Traficul de ființe umane este o violare gravă a

drepturilor omului. Republica Moldova este și ea lovită de acest fenomen. Din păcate, cele mai afectate au devenit femeile, iar dintre acestea – o categorie cu totul vulnerabilă în fața crizei economice – femeile tinere [5, p. 14].

Astfel, traficul de ființe umane a încetat a mai fi un fenomen nou pentru Republica Moldova. Aflându-se în fruntea topului țărilor exportatoare de carne vie, Moldova este preponderent o țară de origine pentru victimele traficului de ființe umane [3, p. 6]. Profitând, cu o uimitoare abilitate de condițiile propice oferite de societate, traficul de ființe umane s-a dezvoltat continuu și a devenit o activitate criminală complexă, bine organizată și lucrativă [1, p. 120].

Scopul studiului. În dependență de specificul ma-

terialului expus în acest articol, ne-am propus să efectuăm o analiză succintă în privința particularităților efectuării celor mai frecvent întâlnite acțiuni de urmărire penală în cadrul dosarelor de trafic de ființe umane. În conținutul acestui articol, accentul a fost pus, în special, pe particularitățile efectuării anumitor acțiuni de urmărire penală în privința și cu participarea victimelor infracțiunilor de trafic de ființe umane.

Metode aplicate și materiale utilizate. În vederea atingerii unor obiective utile, precum și a materializării soluțiilor practico-doctrinare în materia particularităților metodologice de investigare a faptelor de trafic de ființe umane, am pus accentul pe utilizarea unui spectru larg de metode de cercetare științifică, la acestea fiind atribuite: metoda sociologică, metoda comparativă, metoda istorică, metoda gramaticală, metoda analizei, metoda deducției și inducției etc.

Rezultate obținute în discuții. Motivele infracțiunilor privind traficul de persoane pot fi dintre cele mai variate: de la motive eminentemente egoiste (răzbunare, interesul material etc.), până la motive de sorginte altruistă. Diferențele dintre astfel de motive, condiționate mai ales de rolul concret al făptuitorului într-o situație sau alta, trebuie luate în considerație la individualizarea pedepselor stabilite pentru infracțiunile privind traficul de persoane [8, p. 292].

Traficul de persoane nu ține cont de vârstă sau gen, de hotare, este răspândit atât în statele dezvoltate, cât și în cele în curs de dezvoltare. Fenomenul se „acomodează” de minune la sărăcie și mizerie, dar poate fi întâlnit și în palate de lux, apare atât la popoarele antrenate în conflicte militare, cât și la cele care trăiesc în pace. Întrucât fenomenul ține în ultima vreme tot mai mult de exploatarea sexuală și scontează sume fabuloase, problema a ajuns să lezeze laturile cele mai intime ale vieții omului, pereclitând în același timp sănătatea întregii societăți, genondul ei, pentru că prima victimă este femeia [5, p. 14-15]. În cazul dat, victimele sunt folosite, în special, pentru prostituție, pornografie (filme, fotografii, imagini cu relații sexuale transmise în direct pe Internet etc.) sau sex-show-uri (striptease, diverse dansuri erotice etc.). victime cad, în primul rând, prostituatele: unele dintre ele speră că, ajungând la un alt patron, vor putea câștiga mai mulți bani și, astfel, acceptă să fie vândute, iar altele nici nu sunt întrebate, în ambele cazuri ele cunosc un tratament care nu răspunde voinței lor. Mult mai gravă este situația femeilor și fetelor care nu acceptă sub nici o formă să fie traficate și să practice prostituția. Pentru a-și atinge scopul odios, traficanții recurg, în acest caz, la orice mijloc: victimele sunt răpite sau sunt induse în eroare, promițându-li-se ceea ce ele își

doresc (de obicei, să ajungă la muncă în țările prospere pentru a câștiga un ban), apoi ele sunt însă forțate să practice prostituția, fiind intimidată, maltratată, violată sau chiar omorâte [1, p. 125].

Punând în aplicare visele domnișoarelor privind viața „frumoasă” de peste hotare, despre căsătoria cu un străin bogat – fapt ce soluționează toate întrebările – traficanții au desfășurat furnizarea organizată a femeilor din Moldova pentru bărbații din țările avansate din punct de vedere industrial. Traficul de femei a devenit de mai mult timp un fenomen cu dimensiuni globale, o parte componentă a businessului internațional criminal. Exploatarea muncii femeiești și a corpului acestora a condus la apariția industriei internaționale a comerțului cu femei. De aceea, problema în cauză nu este doar problema statului nostru, dar și o componentă a infracționalității organizate, fapt ce constituie un pericol real pentru securitatea internațională [4, p. 175].

În acest context, cunoașterea prevederilor legale naționale și internaționale existente în domeniul incriminării traficului de persoane apare ca o necesitate incontestabilă pentru apărarea drepturilor și intereselor legitime ale victimelor [3, p. 6]. Este esențială cooperarea strânsă dintre state, inclusiv prin schimbul de informații și de bune practici, precum și printr-un dialog permanent și deschis între organele polițienești, judiciare și financiare din diferite state [8, p. 13]. Or, o particularitate substanțială pentru investigarea acestor categorii de infracțiuni o reprezintă necesitatea colaborării între statele unde a avut loc recrutarea, transportarea, transferul, adăpostirea sau primirea unei persoane traficate [12, p. 138]. Tot aici, un rol important îl poate avea și identificarea unor metodologii specifice de investigare a acestor categorii de infracțiuni.

Regulile tactice generale privind efectuarea acțiunilor de urmărire penală sunt reflectate suficient în literatura de specialitate, urmare a cărui fapt considerăm că este rațional să ne focusăm atenția doar asupra particularităților anumitor acțiuni de urmărire penală efectuate în privința și cu participarea victimelor traficului de persoane.

Scopul de bază în cercetarea acestor categorii de dosare este axat pe stabilirea tuturor circumstanțelor legate de comiterea infracțiunilor vizate, pe identificarea persoanelor antrenate în comiterea lor și în descoperirea, în exclusivitate, a tuturor epizoadelor activității infracționale [12, p. 137].

Procedeele probatorii referitoare la audierea persoanelor în cazurile de trafic de persoane, în special, cele care se referă la audierea victimelor, conțin o serie de particularități:

1) *Victimele traficului de persoane își modifică*

declarația. Investigatorii trebuie să fie conștienți că schimbarea declarației victimelor traficului de persoane, poate avea drept cauze pe lângă comiterea infracțiunii de mărturie mincinoasă, existența unor tulburări post-traumatice și faptul că victima se simte încă amenințată și intimidată.

2) *Victimele traficului de persoane nu vorbesc aceeași limbă cu investigatorii.* De cele mai multe ori, în cazul investigării traficului de persoane, întrucât fenomenul traficului are un caracter transfrontalier, victimele nu vorbesc aceeași limbă cu investigatorii, fiind necesară prezența unor interpreți în cadrul procedurilor de audiere.

3) *Investigatorii și victimele traficului de persoane pot să aibă culturi diferite,* situație care contribuie la îngreunarea desfășurării procesului de investigare, deoarece între aceștia apar dificultăți în comunicare.

4) *Lipsa de încredere a victimelor în investigatori.* Încrederea reprezintă un aspect important între investigator și persoanele audiate, în special, în situația în care martorul este și victimă a traficului de persoane. În cazul traficului de persoane, încrederea victimelor în investigatori este redusă datorită experiențelor nefaste trăite de acestea.

5) *Traficanții de persoane susțin, din punct de vedere financiar, unele victime prin acordarea unor sume mici de bani.* În cazul în care victimele se hotărăsc să părăsească rețeaua de trafic de persoane și să depună plângere împotriva traficanților de persoane, atunci acestea nu vor mai beneficia de sprijinul financiar al traficanților.

6) *Victimele traficului de persoane de cele mai multe ori nu își dezvăluie vârsta reală investigatorilor.* Deoarece victimele nu dezvăluie investigatorilor vârsta lor reală, buna desfășurare a procesului de investigare va fi afectată, cum este, de exemplu, nerespectarea procedurii de audiere a martorilor și a victimelor minore [9, p. 4-9; 6, p. 325-326].

În cauzele de trafic de ființe umane, protecția victimelor și asigurarea respectării drepturilor lor nu este doar o problemă ce ține de drepturile omului. Asigurarea acestor drepturi reprezintă factorul decisiv în obținerea cooperării lor pe parcursul efectuării urmăririi penale și în procesul de judecată.

Neasigurarea protecției victimei și limitarea ei în drepturile sale pun în pericol posibilitatea condamnării traficanților pe cauzele de trafic. De frecvente ori victimele sunt expuse unor riscuri și situații de stres de grad variat în timpul urmăririi penale și a judecării. Ele sunt în mod repetat audiate la efectuarea urmăririi penale, în diverse calități procesuale și în cadrul diferitor acțiuni procesuale, fiind astfel expuse riscului revictimizării [2, p. 9].

În acest context, investigatorii înainte de a începe

planificarea audierii trebuie să se informeze cât mai bine cu privire la persoana ce va fi audiată și la cazul investigat. De asemenea, investigatorii trebuie să evalueze și riscurile la care sunt supuse victimele traficului de persoane în momentul în care sunt audiate. Organele judiciare pot să dispună efectuarea unei evaluări psihologice a victimei, evaluarea sănătății fizice a acesteia, furnizându-i și asigurându-i victimei, în anumite situații, îmbrăcăminte corespunzătoare, hrană și cazare.

Obiectivele audierii trebuie stabilite de investigatori înainte de începerea audierii propriu-zise, acestea fiind următoarele: stabilirea cu exactitate a faptelor produse și a istoricului cazului investigat; coroborarea faptelor produse cu cele confirmate de victimă în vederea stabilirii credibilității acesteia în calitate de martor; utilizarea probelor obținute în urma administrării acestui mijloc de probă, declarația victimei, în scopul identificării, arestării și trimiterii în judecată a traficanților de persoane; revizuirea în mod continuu a riscurilor la care sunt supuse familia victimei, alte victime și alte potențiale victime.

Înainte de efectuarea audierii victimei, investigatorul trebuie să redacteze un plan de audiere, ce va cuprinde o listă de întrebări ce se referă la modul în care traficanții au recrutat și exploatat victimele. În cursul urmăririi penale, audierea victimei traficului de persoane se înregistrează atunci când este posibil cu mijloace tehnice audio sau audio-video, în situația în care organele de urmărire penală apreciază ca fiind necesară înregistrarea declarației, sau dacă victima a solicitat în mod expres acest lucru. Investigatorul stabilește și locația unde se va realiza audierea victimei. În unele cazuri, atunci când este necesar, organele judiciare apelează și la serviciile unui interpret [9, p. 11-43; 6, p. 326].

Inițial, audierea trebuie canalizată spre identificarea punctelor-forte din cadrul versiunii victimei, a modalității de realizare a activității infracționale, a săvârșirii acțiunilor în privința ascunderii urmelor activității infracționale la următoarele etape: a) recrutarea victimei; b) transportarea și transferul victimei; c) adăpostirea, primirea și exploatarea victimei.

În procesul pregătirii către audiere este necesar a identifica întrebările concrete referitoare la informarea persoanei interogate despre componentele mecanismului activității infracționale [12, p. 151].

Din mărtuirisirile victimelor rezultă că tratamentul la care sunt supuse poate fi descris în culorile unui calvar înfiorător, continuu, care lasă urme adânci și de neînlăturat, zdruncinându-se grav sănătatea atât fizică, cât și psihică. Ele își pierd, de cele mai dese ori, forța psihică de a evada din captivitatea traficanților și proxeneților sau, și mai rău, suportă o perturbare

mentală, încât devin prostituate convinse, caz în care ajung promotoare fidele ale acestui mod de viață și posibili racoleri [1, p. 125].

În cadrul urmăririi penale, victima este audiată în repetate rânduri, în diferite calități procesuale (ca victimă, parte vătămată, parte civilă, iar uneori – ca martor), precum și cu ocazia desfășurării diverselor acțiuni de urmărire penală (explicații până la pornirea procesului, confruntări cu traficantul, prezentarea persoanelor sau obiectelor spre recunoașterea victimei, verificarea declarațiilor la locul infracțiunii, examinări corporale ale victimei) [2, p. 32].

Audierea propriu-zisă a victimei traficului de persoane debutează cu verificarea identității victimei, după care, aceasta relatează liber cu propriile ei cuvinte aspectele pe care le cunoaște cu privire la cazul investigat. După ce victima a relatat liber aprecierile pe care le cunoaște cu privire la cazul cercetat, investigatorul, în situația în care se impune, va formula întrebări de completare, de precizare sau unele întrebări ajutătoare [7, p. 230-231].

Investigatorul poate adresa victimei și întrebări de control în scopul de a verifica unele afirmații din punctul de vedere al exactității și veridicității. Întrebările de control sunt utile, deoarece permit investigatorului să verifice poziția de fidelitate sau de nesinceritate pe care o are victima traficului de persoane [6, p. 327].

Victimă, exploatată în procesul comiterii infracțiunii de trafic de ființe umane, este cea mai vulnerabilă categorie de martori pe dosarele de trafic. Din aceste considerente, este necesară informarea ei despre drepturile pe care le are în virtutea legislației în vigoare și, în mod special, despre dreptul la asistență juridică chiar din momentul primei confruntări cu organul de urmărire penală. Dacă victimele doresc să-și exercite acest drept, dar nu dispun de mijloace pentru a plăti un avocat ales, ofițerul de urmărire penală, procurorul și judecătorul urmează să ia măsuri pentru a asigura desemnarea unui avocat din oficiu [2, p. 67].

În situația în care, în urma discuției preliminare dintre investigator și victimă, rezultă faptul că victima este traumatizată psihic, iar audierea acesteia ar afecta grav sănătatea sa mentală, investigatorul poate să ia decizia de a renunța la audierea victimei și să încerce să utilizeze alte procedee probatorii în scopul obținerii de mijloace de probă [6, p. 327].

Cercetarea la fața locului pe categoria vizată de dosare poate fi efectuată atât în cadrul fazei investigațiilor preliminare, cât și la faza investigațiilor ulterioare. Aici, este necesar să țină cont de următoarele obiective ale acestei acțiuni de urmărire penală:

1) efectuarea cercetării la fața locului în vederea descoperirii victimelor, a eliberării lor, pentru fixarea urmelor exploatării și a condițiilor de deținere;

2) efectuarea cercetării la fața locului pentru descoperirea locului de adăpostire, despre care au declarat victimele, precum și pentru documentarea folosirii acestui adăpost în procesul de comitere a infracțiunii de trafic de persoane [12, p. 139].

Unul dintre scopurile de bază ale cercetării la fața locului se referă la descoperirea și fixarea:

1) condițiilor de deținere sau de exploatare a victimelor traficului de ființe umane (amplasarea încăperilor destinate deținerii și exploatării, suprafața lor, prezența ferestrelor, a dormitoarelor, bucătăriei, veceului etc.);

2) condițiilor generale de trai, în special, starea precară antisanoitară, mirosuri neplăcute, temperaturi înalte sau joase etc.;

3) mijloacelor de constrângere și asigurare a controlului asupra persoanelor exploatate, precum și rezultatele aplicării lor;

4) urmelor de sânge, spermă și a altor urme ce confirmă faptul exploatării sexuale;

5) obiectelor și documentelor ce fac posibilă identificarea persoanelor antrenate în traficul de ființe umane, a victimelor acestor infracțiuni, precum și a altor circumstanțe ale infracțiunii;

6) documentelor ce confirmă faptele de spălare a veniturilor obținute de pe urma traficului de persoane etc. [11, p. 209].

În caz de reținere a persoanelor implicate în traficul de ființe umane, ele urmează a fi prezentate spre recunoașterea victimelor și martorilor. Nu are sens a prezenta spre recunoaștere persoane (bănuți, învinuți) care sunt cunoscute victimelor și martorilor doar pe nume sau care le sunt cunoscute cu certitudine (de exemplu, rude). Dacă informațiile despre bănuți, învinuți nu sunt pe deplin certe, nu sunt suficient de clare sau sunt posibil eronate, apoi prezentarea spre recunoaștere oricum, urmează a fi efectuată [10, p. 236].

Urmează a fi prezentate în vederea recunoașterii și persoanele de importanță secundară din cadrul grupului criminal, ca de exemplu:

a) paznicii localurilor „de odihnă”, care, de obicei, sunt foarte bine informați referitor la caracterul „serviciilor prestate” și la persoanele care dirijează activitatea acestora;

b) soferii, care transportă prostituatele la „locurile de muncă”, iar în unele cazuri colectează bani de la clienți, transmițându-i ulterior persoanelor care conduc gruparea criminală;

c) „dispecerul”, care recepționează comenzile, el fiind punctul de legătură între organizatorul exploatării, șofer și, de exemplu, prostituată.

Urmare a prezentării spre recunoaștere a diferitor subiecți, apare posibilitatea precizării locului fiecărui

ia dintre figuranți în cadrul mecanismului activității infracționale, stabilirii acelor victime care s-au „orientat” în anumite situații complicate, transformându-se ulterior în complici faptici ai bănuțului, învinuțului. În astfel de situații, după finalizarea prezentării spre recunoaștere trebuie efectuată imediat confrunarea între cel care a recunoscut și persoana recunoscută.

Prezentarea spre recunoaștere pe această categorie de dosare mai are următoarele două particularități tactice: a) din punct de vedere al securității martorilor și victimelor, această acțiune de urmărire penală trebuie efectuată în condiții ce exclud contactul vizual între cel ce recunoaște și persoana care urmează a fi recunoscută; b) unele persoane este posibil să nu fi avut contacte vizuale cu figuranții cauzei penale, din care considerente este rezonabil a efectua prezentarea spre recunoaștere după voce. Această formă a prezentării spre recunoaștere necesită nu doar o audiere inițială minuțioasă a celui ce urmează să recunoască, dar, posibil, și efectuarea unui experiment în sensul verificării capacităților lui de a identifica vocile diferitor persoane [12, p. 163-164].

Organele de urmărire penală trebuie să reducă la minimum strict necesar numărul de confruntări pe viu dintre traficanți și victime. Astfel de confruntări plasează victima în situații de risc, amplifică trauma produsă prin efectuarea urmăririi penale și posibilitatea ca ea să refuze să coopereze ulterior la desfășurarea procesului penal în fața instanței de judecată.

Organul de urmărire penală și procurorul trebuie să reducă la minimumul strict necesar numărul de audieri ale victimei la etapa urmăririi penale și să asigure ca audierile să fie efectuate într-un mod și în condiții ce nu implică constrângerea și care sunt menite să reducă riscul provocat victimelor de retrăirea experiențelor lor traumatice.

De asemenea, este necesară desemnarea persoanelor de încredere victimelor (art. 58, alin. 4, pct. 3) CPP al RM), care pot să ofere sprijin în timpul efectuării urmăririi penale, ajutându-le să înțeleagă modul decurgerii procedurii penale, prezentarea la ora stabilită, beneficierea de asistență socială, medicală sau psihologică disponibilă în caz de necesitate [2, p. 68].

Verificarea declarațiilor la locul faptei urmărește scopul precizării și fixării la locul unde s-a produs infracțiunea declarațiilor obținute anterior de la bănuț, învinuț. Particularitatea acestei acțiuni de urmărire penală pe categoria vizată de dosare se axează pe verificarea la fața locului a declarațiilor victimelor cu referire la următoarele momente: unde au fost deținute; din care motive nu au putut să evadeze; în ce condiții se dețineau și munceau etc.? De asemenea, una dintre particularitățile semnificative ale acestei

acțiuni de urmărire penală constă în faptul că verificarea declarațiilor victimelor infracțiunii la fața locului trebuie să se desfășureze la etapa inițială a cercetării. În caz contrar, pot apărea dificultăți în latura descoperirii locului deținerii și exploatării victimelor [12, p. 164-165].

Recuperarea psihologică și reinsertia socială a victimelor traficului de ființe umane efectuat în scop de exploatare socială este foarte anevoioasă și de lungă durată, necesitând o abordare psiho-criminologică și medicală specifică, desfășurată în condiții staționare adecvate [1, p. 126].

Și instanțele de judecată trebuie ele însăși să aplice măsuri de protecție a victimelor, în caz de necesitate, utilizând modalitățile speciale de audiere a martorului și/sau să dispună audierea victimei în ședință judiciară închisă [2, p. 69].

Concluzii: Astfel, în urma cercetării efectuate ajungem la concluzia că pentru selectarea acțiunilor de urmărire penală, efectuate în vederea stabilirii faptelor, acțiunilor, circumstanțelor presupuse este necesar să determinăm, în primul rând, ce urme au fost lăsate, în realitate, prin comiterea faptelor de trafic de ființe umane (urme obiective – pe diferiți purtători materiali, sau urme subiective – în memoria oamenilor). Ulterior, este necesar a sistematiza probele admistrare, a determina legăturile posibile între fapte și circumstanțe, identificând astfel cel mai efectiv model al acțiunilor de urmărire penală.

Planificând efectuarea anumitor acțiuni de urmărire penală, este necesar să ținem cont de prevederile legii procesual-penale, asigurând administrarea materialului probator ce corespunde cerințelor admisibilității, utilității, pertinentei și concludenței.

Selectarea acțiunilor de urmărire penală necesare pentru stabilirea unor anumite circumstanțe concrete ale cauzei penale, consecutivitatea cercetării epizoadelor în cadrul dosarelor complicate și determinarea tacticii efectuării unor acțiuni de urmărire penală pe dosarele de trafic de ființe umane, toate acestea sunt determinate, în mare măsură, de particularitățile fiecărei cauze luate aparte și de situația de urmărire penală.

Bibliografie

1. Botnari Gh., Bujor V., Bejan O. Caracterizare criminologică și juridico-penală a traficului de ființe umane. Centrul de Prevenire și Asistență Criminologică. Chișinău, 2008.
2. Cojocar C., Wiseman H. L. Traficul de ființe umane. Analiza în profunzime a dosarelor penale arhivate din

Republica Moldova pentru perioada anului 2004-2005. Chișinău, 2006.

3. Costachi J., Vizdoagă I., Guțu D., Balan E. Prevederi legislative privind combaterea traficului de ființe umane. Chișinău, 2006.

4. Frederick L., Gamache D. Prevenirea violenței în familie și a traficului de ființe umane. Îndrumar. Winrock International. Chișinău, 2002.

5. Misail-Nichitin D., Revenco A., Seuță V., Gorceag L. Prevenirea traficului de femei. Ed. Gunivas. Chișinău, 2003.

6. Moise A. C., Stancu Em. Criminalistica. Elemente metodologice de investigare a infracțiunilor. Ed. Universul Juridic. București, 2017.

7. Stancu Em., Moise A. Criminalistica. Elemente de tehnică și de tactic a investigării penale. Ediția a II-a. Ed. Universul Juridic. București, 2014.

8. Ștefăroaia M. Reglementarea răspunderii pentru infracțiunile privind traficul de persoane în dreptul comparat. CEP USM. Chișinău, 2012.

9. United Nations. United Nations Office on Drugs and Crime. Global Initiative to Fight Human Trafficking. Anti-human trafficking manual for criminal justice practitioners. Module 8: Interviewing victims of trafficking in persona who are potential witnesses. Viena, 2009.

10. Баев О. Я., Солодов Д. А. Производство следственных действий: криминалистический анализ УПК

РФ. Практика, рекомендации. Издание 2-е, исправленное и дополненное. М., 2010.

11. Журавлев С. Ю., Пигаев А. М. Торговля людьми: механизм преступной деятельности, методика расследования. Изд. Юрлитинформ. М., 2006.

12. Фархутдинов Р. Р. Методика расследования торговли людьми. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Челябинск, 2011.

Informația despre autor.

Vitalie JITARIUC

Doctorand, lector-universitar, Facultatea de Drept și Administrație publică,

Universitatea de Stat „B. P. Hașdeu” din Cahul

e-mail: vjitariuc@gmail.com.

tel: 062033033

Information about author

Vitalie JITARIUC

Ph.D., university lecturer, Faculty of Law and Public Administration,

Bogdan PetriceicuHasdeu State University from Cahul.

e-mail: vjitariuc@gmail.com.

tel: 062033033

УДК [343.85:343.344](477)

ОСОБЕННОСТИ ИНДИВИДУАЛЬНЫХ МЕР ПРЕДОТВРАЩЕНИЯ НЕЗАКОННОГО ОБРАЩЕНИЯ С ОРУЖИЕМ, БОЕВЫМИ ПРИПАСАМИ ИЛИ ВЗРЫВЧАТЫМИ ВЕЩЕСТВАМИ В УКРАИНЕ

Евгений Владимирович КИЗИМЕНКО,

соискатель Харьковского национального университета внутренних дел

В данной статье предложено определение индивидуальных мер предотвращения незаконного обращения с оружием, боевыми припасами или взрывчатыми веществами в Украине; охарактеризована система факторов, которые влияют на избрание объекта для осуществления индивидуальных мер по предотвращению незаконного обращения с оружием. Автор статьи подчеркивает, что предотвращение преступлений осуществляется на общесоциальном, специально-криминологическом и индивидуальном уровнях.

Ключевые слова: индивидуальные меры по предотвращению незаконного обращения с оружием, боевыми припасами или взрывчатыми веществами, индивидуальная профилактическая работа, меры убеждения, меры социальной помощи.

SPECIAL FEATURES OF INDIVIDUAL MEASURES FOR THE PREVENTION OF ILLEGAL HANDLING OF WEAPONS, MILITARY SUPPLIES OR EXPLOSIVE SUBSTANCES IN UKRAINE

Yevhen KYZYMKO,

degree-seeking student of Kharkiv National University of Internal Affairs

The author of this article has offered the definition of individual measures on preventing the illegal handling of weapons, military supplies or explosives in Ukraine; has characterized the system of factors that influence the selection of an object for the implementation of individual measures on preventing the illegal handling of weapons. The author of the article has emphasized that crime prevention is carried out at the general social, specially criminological and individual levels.

Keywords: individual measures on preventing illegal handling of weapons, military supplies or explosives, individual preventive work, measures of persuasion, measures of social assistance.

Autorul acestui articol a oferit definiția măsurilor individuale privind prevenirea manipulării ilegale a armamentului, a bunurilor militare sau a explozivilor în Ucraina; a caracterizat sistemul de factori care influențează selectarea unui obiect pentru punerea în aplicare a măsurilor individuale privind prevenirea manipulării ilegale a armelor. Autorul articolului a subliniat că prevenirea criminalității se desfășoară la niveluri sociale generale, în special criminologice și individuale.

Cuvinte-cheie: măsuri individuale privind prevenirea manipulării ilegale a armamentului, a materialelor militare sau a explozivilor, munca preventivă individuală, măsurile de convingere, măsurile de asistență socială.

Постановка проблемы. Предотвращение преступлений осуществляется на общесоциальном, специально-криминологическом и индивидуальном уровнях. Индивидуальное предотвращение преступного поведения предусматривает деятельность государственных и негосударственных органов, организаций и их представителей по выявлению лиц, от которых можно ожидать совершения преступлений, осуществление положительного корректирующего воздействия на окружающую их социальную микросреду. Меры индивидуального предотвращения преступного поведения, реализуемые в отношении лица, играют роль социального инструмента, который призван нейтрализовать или устранить внутренние негативные черты этой личности и его поведения.

Актуальность темы исследования. К проблемам предотвращения преступности в разное время было привлечено внимание таких ученых, как Б. М. Головкин, В. В. Голина, О. М. Джужа, А. П. Закалюк, С. М. Иншаков, Я. Ю. Кондратьев и других. Вопросам индивидуальных мер предотвращения незаконного обращения с оружием, боевыми припасами или взрывчатыми веществами не уделялось достаточно внимания, и учитывая сложившуюся ситуацию в Украине, они требуют повышенного внимания со стороны ученых и правоохранительных органов.

Изложение основного материала. Индивидуальные меры предотвращения преступного поведения – это прежде всего определенное влияние на тех лиц, от которых можно потенциально ожи-

дать совершения преступлений с использованием оружия или распространения незаконного оборота оружия. Данный вид деятельности представляет собой целенаправленную работу с конкретным человеком и его ближайшим окружением. Объектами такого предупреждения являются индивиды, поведение и образ жизни которых свидетельствуют о реальной возможности совершения ими преступлений. Взгляды, мотивы, система ценностных ориентаций личности могут стать основанием для мер предупредительного воздействия только в том случае, когда эти взгляды, мотивы, ориентации проявились в антиобщественном поведении.

Меры индивидуального предотвращения преступного поведения, связанные с незаконным обращением с оружием, боевыми припасами или взрывчатыми веществами, являются составной частью предупреждения преступности в масштабе всего общества. Следует отметить, что меры улучшения экономических, политических, социальных условий жизни, повышения культурного уровня, разумеется, дают определенный эффект в снижении криминогенной обстановки в стране. Преступность, связанная с незаконным оборотом оружия, характеризуется и тем, что решающее значение имеют индивидуальные негативные качества личности. Влияние на потенциально криминогенную личность, еще и агрессивной направленности, возможно также с помощью индивидуальной работы с ней в правоохранительных органах. Индивидуализация предупреждения преступлений, связанных с незаконным обращением с оружием, боевыми припасами или взрывчатыми веществами, в комплексе с другими видами предупредительной деятельности может значительно снизить рост насилия и жестокости в нашем обществе.

Индивидуальное предотвращение преступного поведения также предусматривает коррекцию антиобщественной деятельности отдельных участников конфликта с тем, чтобы не допустить противоправного решения конфликта с их стороны. Большое внимание следует уделять индивидуальной профилактической работе с лицами и контролю со стороны правоохранительных органов.

Так, главной задачей индивидуального предотвращения является устранение угрозы потенциального преступления. Именно поэтому объектом индивидуального предотвращения преступлений являются: поведение и образ жизни лиц, которые с высокой вероятностью склонны к совершению преступления; социальные элементы их личности, отражающие антиобщественную направленность; социально значимые при формировании и реализации личности некоторые психофизические осо-

бенности индивидов; неблагоприятные, криминогенные условия окружающей среды и жизненного уклада; другие долговременные обстоятельства, которые способствуют созданию криминогенной ситуации и облегчают совершение преступления.

Некоторые ученые для определения круга лиц, которые нуждаются в индивидуальном предотвращении, считают необходимым иметь фактические, правовые и криминологические основания [1, с. 55].

Фактические основания индивидуального предотвращения незаконного обращения с оружием выражаются в реальном поведении лица, в котором заложено потенциальное преступление. Антиобщественное поведение является реальным проявлением личности, ее главной направленностью и доминирующим внутренним содержанием. Важный этап мероприятий индивидуального предотвращения характеризуется выявлением тех, от кого можно ожидать совершения преступлений, связанных с применением огнестрельного оружия. Традиционно, к данной категории относят также и лица, от которых можно потенциально ожидать совершения преступлений, а именно:

- лиц, отбывающих наказание за совершение незаконного обращения с оружием, насильственных, корыстно-насильственных и других преступлений, где использование огнестрельного оружия было одним из способов совершения преступления;
- лиц, ранее судимых за совершение насильственных преступлений, в том числе, с использованием огнестрельного оружия;
- лиц, которые были замечены в торговле оружием, его незаконном приобретении, изготовлении, ношении и хранении;
- лиц, которые совершали нарушения общественного порядка и хулиганство;
- лиц, совершивших административные правонарушения, которые связаны с несоблюдением правил обращения с опасными предметами и материалами: нарушение требований нормативно-правовых актов о хранении, использовании и учете взрывчатых материалов в отраслях промышленности - ст. 94 КУоАП; нарушение правил перевозки опасных веществ и предметов, крупногабаритных и тяжеловесных грузов на транспорте - ст. 133 КУоАП; нарушение лицами правил хранения, ношения или перевозки огнестрельного, холодного или пневматического оружия и боевых припасов - ст. 191 КУоАП, нарушение работниками предприятий, учреждений, организаций правил хранения или перевозки огнестрельного, холодного или пневматического оружия и боевых припасов (ст. 195 КУоАП);

- лиц, которые жестоко обращаются с животными, склонны решать межличностные конфликты насильственным путем;

- лиц, страдающих хроническими или другими психическими заболеваниями, в том числе не исключаяющими вменяемости, болезненная направленность которых связана с агрессивными выпадами, представляющих опасность для окружающих;

- хронических алкоголиков и наркоманов;

- лиц, вернувшихся из «горячих точек» и испытывающих трудности с ресоциализацией;

- лиц, не имеющих определенного места жительства, рода занятий и тому подобное.

На участках офицеров полиции возлагается осуществление индивидуально-профилактических мероприятий в виде бесед, собеседований, опросов, контрольных встреч. Данные меры индивидуальной профилактики позволяют выявлять лиц, склонных к совершению преступлений, связанных с незаконным использованием огнестрельного оружия и осуществлять по отношению к ним меры предупредительного характера. Для более полного выявления таких лиц необходимо более тщательно подходить к обработке информационных источников, поступающие из исправительных учреждений, подразделений Национальной полиции, прокуратуры и суда, сообщений различных организаций, а также заявлений граждан.

Индивидуальной профилактической работы, которая полностью зависит от своевременного установления личности, требуют военнослужащие и демобилизованные лица, принимавшие участие в боевых действиях в зоне ООС, имеют боевой опыт и навыки обращения с огнестрельным оружием, взрывчатыми веществами. Учитывая материальные и психологические трудности, которые испытывают такие лица после возвращения из зоны боевых действий, существует вероятность их вовлечение в преступную деятельность как в сфере преступного оборота огнестрельного оружия, так и использования для совершения тяжких преступлений. В силовых ведомствах для предотвращения незаконного вывоза огнестрельного оружия и боеприпасов с территории ООС все чаще практикуют усиленные патрули, которые комплектуются военнослужащими и правоохранителями.

Кроме того, Национальной полицией проводятся широко рекламируемые акции по «добровольной сдаче» оружия. Однако эти меры малоэффективны. Несмотря на то, что из незаконного оборота изымается определенное количество огнестрельного оружия, количество совершенных преступлений с их использованием значительно

превышает количество тех, которые потенциально предотвратили.

Так, для выявления каналов незаконного вывоза оружия из зоны ООС необходимо задействовать оперативные возможности всех силовых структур. Особое внимание необходимо уделять именно:

- территориям, прилегающим к зоне проведения ООС, блокпостам, местам, где проводят свое свободное время военнослужащие, а также лицам, с которыми они общаются после боевых дежурств и тому подобное;

- районным военкоматам, куда прибывают демобилизованные или военнослужащие для регистрации во время отпусков - окружению демобилизованных или военнослужащих, находящихся в отпуске или командировке.

Изучение состояния судебно-следственной практики по незаконному обороту оружия позволяет констатировать, что подразделения полиции далеко не в полной мере обеспечивают выполнение задач по предотвращению преступлений и используют с этой целью предоставленные законодателем инструменты. Эти просчеты и недостатки в работе правоохранительных органов следует отнести к условиям, которые способствуют совершению этих преступлений. В частности, анализ приговоров судов по ч. 1 ст. 263 УК Украины показывает, что в ходе судебного рассмотрения уголовных производств, в большинстве случаев остаются не установленными источники поступления в незаконный оборот огнестрельного оружия и взрывчатых веществ, которые стали предметом преступления, а также лиц, которые являются причастными. По данным МВД Украины, только в 2017 году полиция изъяла из незаконного оборота 2426 единиц огнестрельного оружия, в том числе - 109 боевых винтовок и карабинов, 123 автомата, 23 пистолета-пулемета, 1016 пистолетов и револьверов, 98 охотничьих винтовок и карабинов, 6 боевых ружей, 333 единицы самодельного оружия, 173 охотничьих ружья, 256 обрезов, 148 единиц другого оружия. [2].

Так, в сентябре 2018 в Донецкой области начались всеукраинские оперативно-профилактические мероприятия, направленные на изъятие из незаконного оборота оружия, боеприпасов и взрывчатых веществ, а также предотвращение и раскрытие преступлений, совершенных с использованием оружия, пресечение деятельности преступных организаций. В Дружковке сотрудники управления противодействия наркопреступности полиции Донецкой области получили информацию о том, что наркозависимый, ранее судимый за сбыт наркотиков, хранит дома боевые гранаты. Во время

обыска совместно с Дружковскими полицейскими и работниками прокуратуры в шкафу в коридоре было обнаружено гранаты Ф-1 и РГД-5 и запалы к ним. 36-летний хозяин объяснил, что боеприпасы ему «подарил в 2014 году малознакомый человек». Еще одну гранату в жилом доме изъяли полицейские Константиновки. 40-летний мужчина хранил РГД-5 в качестве сувенира - на полке в серванте. В Краматорске две гранаты Ф-1 и РГД-5 вместе с патронами нашли закопанными в землю под фасадом частного дома [3].

Правовые основания индивидуального предохранения - это урегулированность индивидуально-предупреждения нормами права. Действующее законодательство содержит ряд правовых оснований индивидуального предохранения. Так, военные действия с 2014 года продолжающиеся на востоке Украины показывают, что на психологическое состояние бойцов ООС влияет и общество, ведь именно из-за неприятия их в мирной жизни, военнослужащие и демобилизованные становятся фигурантами уголовных заголовков. В странах НАТО, на которые равняется Украина, есть множество специальных программ по реабилитации бойцов, где каждый армеец, который возвращается с войны под контролем специалистов и государство заботится о своих защитниках. Так, не получив вовремя ни общественной поддержки, ни профессиональной - бывшие защитники не находят своего места в обычной жизни. Кто-то возвращается на фронт, а кто-то теряет контроль над собой. Психологи, как украинские, так и стран-членов НАТО, сходятся в одном: нужно немедленно внедрять программы по психологической реабилитации воинов ООС, что должно стать задачей для государства [4].

В криминологии необходимо понимать, что наличие определенного уровня количественно-качественных показателей криминогенности лица позволяет выделить из массы соответствующей категории лиц именно тех, от кого с высокой степенью вероятности следует ожидать совершения преступления. В последние годы приходится констатировать наличие тенденции к повышению общественной опасности преступности, связанной с незаконным оборотом оружия, используемой для совершения тяжких и особо тяжких преступлений. По данным аналитической компании Small Arms Survey, в Украине по приблизительным оценкам суммарное количество легального и нелегального оружия, которое находится у населения, составляет около 5 млн. единиц [5].

Личность преступника наиболее полно характеризуется именно в момент совершения преступления, и здесь прослеживаются криминологические

особенности поведения определенных категорий преступников. В частности, личность вооруженного преступника отличается набором признаков, характерных именно для нее: а именно - специфических навыков, умений, комплекса интересов и других существенных и относительно устойчивых свойств, что закономерно сформировались под влиянием негативных элементов социальной среды, которые в конечном счете нашли реализацию в совершении преступления с использованием оружия как средства для достижения поставленной цели, для самоутверждения или самозащиты.

Среди таких лиц могут быть: профессиональные вооруженные преступники, которые испытывают интерес к оружию, обладают навыками и умениями обращения с ним (киллеры, оружейники, террористы) вооруженные преступники-специалисты (убийцы, налетчики, похитители людей, лица, осуществляющие захват заложников); вооруженные преступники-любители (разбойники, грабители, лица, причиняющие вред здоровью потерпевших, насильники) преступники-дилетанты (бытовые убийцы, уличные разбойники и грабители, хулиганы, участники массовых беспорядков, футбольные «фанаты»); военнослужащие, возвращающиеся из зоны боевых действий с «трофеями» в виде огнестрельного оружия, боевых припасов.

Итак, в зависимости от присущих направлений криминологического предупреждения форм, методов и средств, которые, в свою очередь, зависят от состояния сформированности и степени реализации элементов системы детерминации преступного проявления, которые и составляют его причины и условия, индивидуально-предохранительную деятельность можно разделить на три этапа: 1) к формированию мотива преступного проявления и намерения его совершить; 2) после его сформированности, но до начала реализации; 3) после начала реализации намерения через совершение конкретных преступных действий. С учетом названных качественных различий этапов принимаются меры криминологической профилактики, предотвращения и пресечения преступных проявлений. Конкретными средствами применения указанных мер является убеждение, оказание помощи, принуждение.

Меры убеждения - процесс логического обоснования лицом мысли об отказе от продолжения криминогенного поведения, преступных намерений, антиобщественных установок. На практике положительно зарекомендовали себя такие мероприятия, как: индивидуальные и коллективные беседы, обсуждение поведения лица, прослушивания курса лекций на правовые темы, установления надним ин-

дивидуального или коллективного шепства, стимулирование участия в общественной деятельности. Криминогенное поведение лица нередко свидетельствует о его жизненном неблагополучии, конфликтах, бытовой неустроенности и о других трудностях. Особенно это касается лиц с криминальным прошлым. Так, согласно Закону Украины «О социальной адаптации лиц, отбывающих или отбывших наказание в виде ограничения свободы или лишения свободы на определенный срок» [6] государством обеспечивается осуществление комплекса мероприятий по содействию в трудоустройстве освобожденных лиц; повышение квалификационного уровня или переквалификация освобожденных лиц; предоставление специалистами центров социальной адаптации и центров социальных служб для семьи, детей и молодежи психологических, социально-педагогических, социально-медицинских, социально-экономических, юридических и информационных услуг лицам, отбывавшим наказание в виде лишения свободы и др.

Меры социальной помощи – трудоустройство, улучшение бытовых условий, изменение образа жизни путем повышения социального статуса, образования, получение престижной специальности, лечения, установления полезных контактов, выбора жизненных перспектив и тому подобное.

В 2015 году Президентом Украины был принят Указ «О дополнительных мерах по социальной защите участников антитеррористической операции», в котором обязал государственным администрациям безотлагательно: ввести работу телефонных «горячих линий» для оказания консультативной помощи участникам антитеррористической операции и членам их семей, предоставления им соответствующих услуг по принципу «единого окна», а также социальных и медицинских услуг с выездом в места проживания демобилизованных военнослужащих; способствовать привлечению волонтеров, волонтерских организаций к мероприятиям по социальной реабилитации и адаптации участников антитеррористической операции; решить с участием соответствующих органов местного самоуправления вопросы относительно принятия региональных программ по медицинскому, социальному обеспечению, адаптации, психологической реабилитации, профессиональной подготовки (переподготовки) участников антитеррористической операции и предусмотрение в местных бюджетах расходов на их выполнение; активизировать на соответствующей территории работу по обеспечению предоставления участникам антитеррористической операции помощи по решению вопросов, связанных с их лечением, ре-

билитацией и социальной адаптацией, создав для этого, в частности, центры помощи участникам антитеррористической операции как вспомогательные органы и привлекая к деятельности таких центров представителей общественности [7].

Принуждение создает для лица неблагоприятные последствия физического, материального и технического характера. На практике широко применяются такие меры принуждения на криминогенное поведение, как профилактический контроль, осуществляемый правоохранительными органами или общественностью по месту жительства или учебы лица, административный арест и административное задержание, штраф, заключение под стражу, устройство в приемники-распределители для взрослых и несовершеннолетних, прекращение бродяжничества и попрошайничества, беспризорности, проституции, наркомании.

Выводы. Подытоживая вышеизложенное, следует заметить, важное значение имеет разработка концепции государственной политики в области контроля за вооружением, которая должна отражать современное состояние и тенденции развития оборота оружия, комплекс мер по предупреждению его незаконного оборота, рассчитанного на длительный период. Только наличие предлагаемого руководящего документа позволит концентрированно, целенаправленно устранять негативные факторы в данной области и обеспечить в обществе условия для его нормального функционирования.

Литература

1. Криминология: Общая и Особенная части: учебник / И. М. Даньшин, В.В. Голина, М. Ю. Валуцкая и др. ; под общ. ред. В. В. Голина. - 2-е изд. перераб. и доп. - М. : Право, 2009. - 288 с
2. У 2017 році Нацполіція вилучила з незаконного обігу понад дві тисячі гранат URL:http://mvs.gov.ua/ua/news/11656_U_2017_roci_Nacpoliciya_viluchila_z_nezakonnogo_obigu_ponad_dvi_tisyachi_granat_INFOGRAFIKA_FOTO.htm
3. Нацполіція вилучила 5 бойових гранат у наркозалежного URL: https://espresso.tv/news/2018/09/02/nacpoliciya_vyluchyla_5_bojovykh_granat_u_narkozalezhnogo_z_d
4. Після демобілізації: як повернути ветеранів до нормального життя URL: <https://ua.112.ua/mnenie/pisliademobilizatsii-yak-povernuty-veteraniv-do-normalnoho-zhyttiazamist-pyiatstva-i-rozboiv-237983.html>
5. Українці офіційно мають на руках почти миллион стволів URL:<https://www.unian.net/society/10226355-ukraincy-oficialno-imeyut-na-rukah-pochti-million-stvolov-policiya.html>
6. Закон України О социальной адаптации лиц, отбывающих или отбывших наказание в виде ограничения свободы или лишения свободы на определенный срок 17.03.2011 № 3160-VI URL:<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3160-17>
7. Указ Президента Украины О дополнительных мерах по социальной защите участников антитеррористической операции № 150/2015 от 07.10.2015 URL:<https://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/150/2015>

УДК: 343.97 : 343.775

ОБЩЕМИРОВОЕ ИЗМЕРЕНИЕ ПРЕСТУПНОСТИ В СФЕРЕ НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЯ: ПРОЯВЛЕНИЯ И КРИМИНОГЕННЫЕ СВЯЗИ

Максим МАКСИМЕНЦЕВ,
кандидат экономических наук,
Харьковский национальный университет внутренних дел

Статья посвящена анализу природы, феномена преступности в сфере недропользования и сопутствующих ей угроз. Установлено, что этот вид преступности характеризуется высоким уровнем и ежегодным приростом в 5–7 % в течение последних десяти лет. Она опирается на развитую криминальную систему снабжения, обеспечения трансконтинентального движения полезных ископаемых. Выявлены элементы конвергенции преступного недропользования с экономическими и политическими криминальными практиками, а также с наркопреступностью, торговлей людьми, рабством. Фиксируются связи незаконной добычи полезных ископаемых с деятельностью террористических организаций, незаконных вооруженных и военизированных групп.

Ключевые слова: недропользование, полезные ископаемые, окружающая среда, политика, экономика, преступность.

GLOBAL MEASUREMENT OF CRIME IN THE SPHERE OF SUBSOIL USE: MANIFESTATIONS AND CRIMINOGENIC LINKS

Maksym MAKSYMMENTSEV,
PhD in Economics, Degree-Seeking Student
of Kharkiv National University of Internal Affairs

The article is focused on the analysis of nature, phenomenon of crime in the sphere of subsoil use and the associated threats. It has been established that this type of crime is characterized by a high level and an annual increase of 5-7% over the past ten years. It relies on a developed criminal supply system, ensuring the transcontinental movement of mineral resources. The elements of the convergence of the criminal subsoil use with economic and political criminal practices, as well as drug crime, human trafficking, slavery have been revealed. The links of illegal mining of mineral resources with the activities of terrorist organizations, illegal armed and militarized groups are recorded.

Keywords: subsoil use, mineral resources, environment, politics, economics, crime.

Вступление. Преступность в сфере недропользования является одним из источников политической дестабилизации как регионального, так и глобального характера. Известно, что стремление к получению доступа к природным богатствам недр, в частности углеводородам, а также редким металлам, алмазам способствует развязыванию внутренних (гражданских) и межгосударственных вооруженных конфликтов, созданию и поддержанию функционирования террористических организаций, как факторов асимметричного воздействия на правительства различных стран, международные организации. Таким образом, преступное недропользование предстаёт весьма специфическим криминально-криминогенным феноменом, требующим углублённого научного изучения, разработки неординарных мер системного противодействия на общемировом уровне с соответствующей проекцией на региональный, государственный.

Актуальность исследования. Проблемам противодействия преступности в сфере недропользования посвящены труды С. Б. Бахмудова, А. В. Виноградовой, С. Б. Гавриша, Т. В. Корняковой, В. К. Матвийчука, Н. В. Нетесы, Г. С. Полищука, И. В. Попова, В. М. Присяжного, Ю. А. Турловой, А. М. Шульги и других ученых. Отдавая должное существующим наработкам, в то же время следует признать отсутствие исследований общемирового измерения преступности в сфере недропользования, что выявляет пробел как в криминологической доктрине, так и в практике совместного (международного) предупреждения этих преступлений.

Цель статьи заключается в описании и объяснении основных проявлений преступности в сфере недропользования в общемировом измерении, а также в выявлении её связей с иными видами преступности.

Изложение основного материала. Согласно

опубликованному в 2016 отчета Интерпола о состоянии экологической преступности за последнее десятилетие рост этого вида преступности составил не менее 5–7% в год. Это означает, что экологические преступления, в том числе нелегальная добыча и реализация золота, других полезных ископаемых, возрастает в два–три раза быстрее глобального ВВП [1]. Информация, собранная Интерполом и ООН по экологической преступности вообще и в сфере недропользования, в частности, свидетельствует о том, что это – прибыльная деятельность, опирающаяся на хорошо сформированную криминальную систему снабжения. Последняя включает в себя многочисленных агентов, способствуют трансконтинентальному движению полезных ископаемых.

Особый интерес представляют связи с другими видами преступной деятельности, общеуголовной, политической и экологической преступности. Так, 84 % из числа опрошенных Интерполом представителей национальных бюро этой организации сообщают о конвергенции экологической преступности вообще и преступности в сфере недропользования, в частности, с другими видами организованной преступности [2].

В этом контексте, прежде всего, стоит заметить то, что степень организованности экологических криминальных практик сегодня позволяет их рассматривать как элемент транснациональной экологической преступности. По результатам исследования Л. Эллиота (L. Elliott) – это одно из самых быстрорастущих направлений транснационального преступного предпринимательства с высокими доходами и низким уровнем риска для тех, кто занимается торговлей, контрабандой полезных ископаемых. Отмечается высокая степень дифференциации криминальной специализации в зависимости от видов природных ресурсов. При этом полученные от криминальных промыслов средства нередко используется для политической борьбы. Но – констатирует ученый – в отличие от других форм транснациональной преступности, в отношении преступного недропользования пока нет международного договора о предупреждении, пресечении, привлечения виновных к ответственности [3, p. 87].

Как и многие другие виды экологических преступлений, незаконная добыча полезных ископаемых связана с финансовыми преступлениями, особенно с легализацией (отмыванием) денег. Например, как отмечается в Стратегическом отчете Интерпола, колумбийские «наркобароны», которые контролируют незаконную золотодобычу, развили сложный механизм преступной деятель-

ности, в который вовлечены дилеры и ювелиры из США. Инвестирование в драгоценные металлы позволило картелям отмывать полученные от наркопреступности средства, увеличивать свои доходы и покупать больше оружия, поддерживать системные антиправительственные действия, оказывать вооруженное сопротивление [4].

В первом десятилетии XXI в. высокие цены на золото значительно повысили рентабельность его добычи в странах Латинской Америки. В то же время, США дали старт новой кампании «войны с наркотиками», в частности в Колумбии и Мексике («План Колумбии» и «Инициатива Мериды»). Это обстоятельство резко снизило рентабельность наркотрафика из Латинской Америки в США. В результате возникли значительные стимулы для преступных групп, контролирующих торговлю наркотиками, чтобы перейти на добычу золота, а фрагментарный характер кустарной добычи этого драгоценного металла в Латинской Америке значительно облегчило такую криминальную диверсификацию. Эти группы быстро поняли, что контроль над большими золотоносными запасами, удаленными от правительства, позволит им создать большую маржу прибыли с гораздо меньшим риском [5]. В конце концов, правительство Колумбии признало, что около 90 % золотодобывающих компаний работают нелегально [6, p. 29].

Подобное изменение преступной специализации от наркобизнеса к незаконной добыче золота оказалось настолько успешным, что в Перу и Колумбии – крупнейших производителях кокаина в мире – объемы незаконного экспорта золота (в денежном эквиваленте) уже превышают объемы экспорта кокаина. Несмотря на то, что мировые цены на золото в последние годы постепенно уменьшались, организованные преступные группировки продолжают стимулировать расширение его незаконной добычи.

На сегодняшний день по данным швейцарской неправительственной организации «Глобальная инициатива против транснациональной преступности» (далее – Глобальная инициатива) около 28 % золота, добытого в Перу, 30 % золота, добытого в Боливии, 77 % – добываемого в Эквадоре, более 80 % – в Колумбии, и 80–90 % венесуэльского золота имеет нелегальное, преступное происхождение. К незаконной добыче золота привлечены сотни тысяч работников в Латинской Америке, многие из которых крайне уязвимым к факторам трудовой эксплуатации, торговли людьми [5].

Весьма интересен и опыт полевых исследований Глобальной инициативы, проведенных в феврале – декабре 2015 г. в Латинской Америке. В

частности, были обнаружены разветвлённые сетевые связи между организованными преступными группировками, занимающимися наркопреступностью и недропользованием, с террористическими группами, негосударственными фондами, банковскими учреждениями, которые облегчают отмывание денег, реализацию коррупционных схем, привлечение местного населения к принудительному труду, торговле людьми [5]. Среди прочего, было выявлено также, что латиноамериканские страны с высокими темпами нелегальной добычи золота являются одними из крупнейших поставщиков этого металла на основные перерабатывающие (горно-обогащительные) заводы в такие страны, как Швейцария и США, которые улучшают золото для крупнейших ювелирных и электротехнических компаний мира [5].

Совершенно ясно, что функционирование подобных механизмов не может обходиться без ряда аксессуарных, вспомогательных криминальных практик. К ним относятся прежде всего коррупция, торговля людьми, трудовая эксплуатация. Наличие связей с подобными преступлениями подтверждается и экспертами Интерпола в проекции на общемировую плоскость незаконной добычи полезных ископаемых.

В Стратегическом отчете Интерпола отмечается, что коррупция является ключевым посредником в торговле незаконно добытыми полезными ископаемыми через общую разветвлённую сеть поставок. Существование коррупции в правоохранительных органах позволяет преступникам получить необходимые документы, такие как лицензии или разрешения, а также обойти аресты или изъятия [4]. При этом анализ тенденций распространения этого вида преступности дает основания утверждать, что должностные лица правоохранительных и других органов государственной власти являются не только пассивными субъектами в коррупционных схемах, но и их активными генераторами, иницируя их функционирование, требуя неправомерную выгоду от специальных субъектов природопользования. Так происходит вырождение не только политики рационального природопользования, но и всего сектора государственной юстиции, что угрожает стабильности развития страны.

Например, рядом должностных лиц в Малайзии обеспечивается работа веб-ресурсов, авторизация на которых осуществляется через коррупционные механизмы, а сами эти ресурсы открывают возможность доступа к торгам незаконно добытыми полезными ископаемыми по заниженным ценам. Это обстоятельство, по оценкам Ин-

терпола, свидетельствует о том, что коррупция глубоко укоренена в горнодобывающей отрасли этой страны [4]. Кроме того, организованные преступные группировки в ряде азиатских, а также африканских и латиноамериканских стран, организующие, обеспечивающие функционирование нелегальной добычи полезных ископаемых, имея налаженные коррупционные связи с правоохранительными органами, пограничной службой, таможней (в частности, для транспортировки добытых полезных ископаемых, их экспорта), часто используют эти связи для осуществления торговли людьми, содействию нелегальной миграции, незаконной переправки через границу.

Эти же группы используют нелегальную рабочую силу, принудительный труд для совершения преступлений в сфере недропользования. При этом условия труда не соответствуют требованиям безопасности. Сами работы являются тяжелыми и вредными для здоровья: чрезмерная продолжительность рабочего времени, отсутствие средств индивидуальной защиты, воздействие токсических веществ (таких как ртуть и пр.), слабая инфраструктура и т.п.

Отдельно в Стратегическом отчете Интерпола отмечается, что нелегальная добыча характеризуется интенсивной эксплуатацией женщин и детей, что уменьшает затраты на оплату труда. Эта категория старателей, шахтёров, как правило, являются нелегальными мигрантами, которых часто перевозят как жертв торговли людьми, сексуальной эксплуатации и принудительного труда [4]. Указанное обстоятельство наглядно свидетельствует о связи преступности в сфере недропользования с бедностью, ведь жертвы торговли людьми в основном попадают в рабство из-за попытки найти страны с более благоприятными условиями жизни, наличием работы, доступом к социальным благам. В этом контексте целесообразно говорить о сочетании механизмов виктимизации и криминализации (в криминологическом смысле этого термина). Тяжёлое имущественное положение работников приводит к их вовлечению в преступную деятельность, в значительной степени повышает риск стать жертвой торговли людьми.

На местном уровне, акцентируют эксперты Интерпола, экологическая преступность в целом и в сфере недропользования, в частности – альтернатива бедности для малоимущих, уязвимых слоёв населения. Преступные практики способны обеспечить дополнительный, а иногда и единственный, источник заработка для них. Преступные группировки часто используют потребности уязвимых категорий местного населения, привле-

кая к криминальным добывающим промыслам в обмен на продукты питания, воду или лекарства [4].

Особенно остро зависимость между выживанием беднейших слоёв населения и их вовлечённостью в эколого-криминальные практики, в частности, в сфере недропользования, наблюдается в таких странах как Сомали, Нигерия, Эфиопия, Бангладеш, Бразилия, Индия, Колумбия, где организованные преступные группы среди прочего контролируют водоснабжение. В этих странах население, живущее в тропических широтах, часто имеет доступ к воде исключительно через такие преступные группы, что превращает значительную часть местных общин в вынужденных соучастников преступного недропользования. Симптоматичным в этом контексте также является и то, что по данным исследования Л. Гюизы (L. Güiza) 64 % из тех, кто вовлечен в непосредственную (физическую) незаконную добычу золота в Колумбии, имеют лишь начальное образование, а 20 % - не имеют никакого, являются неграмотными [7, p. 42].

Исходя из этого, стоит отдавать себе отчёт и в том, что преступность в сфере недропользования, будучи в большинстве своём проявлениями корысти, предстаёт результатом дисфункции ряда институтов экономической деятельности. Показательно то, что этот вид преступных практик в наибольшей степени развивается именно в странах «третьего мира», в которых уровень бедности сверхвысок. Впрочем, вполне понятно, что местным уровнем воспроизводства преступность в сфере недропользования, как метасистемный феномен, не ограничивается, а распространяет своё функциональное влияние на политическую сферу, синтезируясь с политическими криминальными практиками.

Крайне угрожающей является тенденция укрепления связей незаконной добычи полезных ископаемых с деятельностью террористических организаций, незаконными вооружёнными группами, парамилитарными образованиями. Учитывая контроль над сектором горнодобывающей промышленности в некоторых регионах, эти группы интегрируют прибыль от добычи и транспортировки полезных ископаемых в механизмы других видов преступной деятельности. Например, по оценкам экспертов Интерпола, Революционные вооружённые силы Колумбии (FARC) финансируют не менее 20 % своей деятельности поступлениями от нелегальной добычи золота и ртути. Существуют также факты, свидетельствующие о том, что Аль-Шабааб и Демократические Союзы союзни-

ков Национальной армии освобождения Уганды (ADF-NALU) распространили свою деятельность на незаконную добычу полезных ископаемых [4].

Многочисленные негосударственные вооружённые группировки, террористические группы и организации обеспечивают свое финансирование за счёт организации и контроля за незаконной добычей полезных ископаемых. Они эксплуатируют природные ресурсы (включая золото, колтан и алмазы) в районах конфликтов. По оценкам Контртеррористического управления ООН (Резолюция S/RES/2195 (2014)) не менее 40 % всех внутренних вооружённых конфликтов имеют связь с природными ресурсами. Одним из основных источников финансирования негосударственных вооружённых группировок, включая террористические организации, таких как Аль-Каида, Диаш («Исламское государство»), талибов и повстанческих групп в Демократической Республике Конго, является незаконная добыча полезных ископаемых [8]. Подробно задокументирован (Резолюция S/2013/440 (2013)) механизм нелегального трафика угля, что подтверждает его значительную роль в финансировании террористической организации Аль-Шабааб. В 2013 и 2014 годах объёмы такого трафика достигали 250 млн. дол. США ежегодно с тенденцией к росту [9].

Использование денег от незаконной добычи золота, нефти и других природных ресурсов по своим масштабам превосходит традиционные источники финансирования военных конфликтов, международного терроризма. Мировая карта незаконных потоков полезных ископаемых, составленная рабочей группой из числа экспертов Интерпола, организации «Rhipto» (Норвежский центр глобального анализа и сотрудничества с ООН), Глобальной инициативы, показывает, что незаконная эксплуатация природных ресурсов, таких как золото, алмазы, нефть, уголь является самой мощной общей категорией финансирования вооружённых конфликтов, удельный вес которой в структуре «бюджетов» незаконных вооружённых формирований, террористических организаций достигает 38–40 %. Еще 26 % – незаконное налогообложение (вымогательство) недропользования на территориях осуществления фактического контроля такими организациями, формированиями [2].

Незаконная добыча нефти была главным источником финансирования «Исламского государства» в 2014 и 2015 годах. Незаконный доход от нефти также имеет решающее значение для финансирования ведущих криминальных сетей Латинской Америки, Ливии, Нигерии [2].

Кроме того, нельзя также обойти вниманием и то обстоятельство, что нередко с целью установления контроля над месторождениями полезных ископаемых иницируются локальные (внутригосударственные) и межгосударственные вооруженные конфликты, стимулируются внутривосточные противоречия, создаются предпосылки для насильственного захвата государственной власти. Одними из основных модераторов течения подобного рода конфликтов являются частные военные компании, деятельность которых в ряде случаев может рассматриваться в контексте совершения преступлений агрессии (в терминологии Римского статута Международного уголовного суда). Также заметим, что преступления агрессии могут быть как средствами для доступа к природным ресурсам страны-жертвы агрессии, так и объектами её обеспечения за счет преступного недропользования.

Выводы. В результате проведенного исследования установлено, что указанный вид преступности характеризуется высоким уровнем и ежегодным приростом в 5–7% в течение последних десяти лет. Кроме того выявлены элементы конвергенции преступного недропользования с экономическими (в частности, с отмыванием денег, полученных преступным путем) и политическими преступными практиками. Добыча полезных ископаемых опирается на развитую криминальную систему снабжения, обеспечения трансконтинентального движения полезных ископаемых, позволяет рассматривать преступное недропользование как элемент транснациональной преступности. В структуре же последней отмечается смещение криминальной специализации от наркобизнеса к незаконной добыче золота. В Перу и Колумбии объемы незаконного экспорта золота (в денежном эквиваленте) превышают объемы экспорта кокаина. Несмотря на то, что мировые цены на золото в последние годы постепенно уменьшались, организованные преступные группировки продолжают стимулировать расширение его незаконной добычи.

Организованные преступные группировки в ряде азиатских, а также африканских и латиноамериканских стран, которые организуют, обеспечивают функционирование нелегальной добычи полезных ископаемых, имея налаженные корруп-

ционные связи с правоохранительными органами, пограничной службой, таможней, часто используют эти связи для осуществления торговли людьми, незаконной переправки через границу. Эти же группы используют нелегальную рабочую силу, принудительный труд для совершения преступлений в сфере недропользования. Установлены связи незаконной добычи полезных ископаемых с деятельностью террористических организаций, незаконных вооруженных и военизированных групп.

Литература

1. UNEP-INTERPOL report : value of environmental crime up 26 %. URL : <https://www.interpol.int/News-and-media/News/2016/N2016-073> (дата обращения: 02.11.2018).
2. World Atlas of Illicit Flows / The Global Initiative Against Transnational Organized Crime. URL : <http://globalinitiative.net/world-atlas-of-illicit-flows/> (дата обращения: 10.11.2018).
3. Elliott L. Transnational Organized Crime. *Journal of International Affairs*. 2012. № 1, Vol. 66. P. 87–104.
4. Strategic Report : Environment, Peace and Security A Convergence of Threats / International Criminal Police Organization, UN Environment. URL : <https://www.interpol.int/Crime-areas/Environmental-crime/Resources> (дата обращения: 02.11.2018).
5. Organized Crime and Illegally Mined Gold in the Americas / The Global Initiative Against Transnational Organized Crime. URL : <http://globalinitiative.net/organized-crime-and-illegally-mined-gold-in-the-americas-6-april-2-4pm-geneva/> (дата обращения: 10.11.2018).
6. Amancio N. L. Illegal Mining is Destroying Amazonia. *Our Planet. Environmental Crime*. 2017. Match. P. 28–29. URL : https://docs.wixstatic.com/ugd/655326_4bbc5cdf77384d48adf980c3ec39237a.pdf (дата обращения : 27.11.2018).
7. Güiza L. Mercury and gold mining in Colombia : a failed state. *Universitas Scientiarum*. 2013. № 18 (1). P. 33–49.
8. Resolution S/RES/2195 : Document of United Nation. Security Council. 19.12.2014. URL : <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/en/sres2195-2014> (дата обращения: 15.11.2018).
9. Resolution S/2013/440 : Document of United Nation. Security Council. 24.07.2013. URL : <https://undocs.org/S/2013/440> (дата обращения: 15.11.2018).

ИССЛЕДОВАНИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В СУДЕ АПЕЛЛЯЦИОННОЙ ИНСТАНЦИИ В УГОЛОВНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ УКРАИНЫ

Елена СОЛДАТЕНКО,

кандидат юридических наук, доцент,
профессор кафедры уголовного процесса
Днепропетровского государственного университета внутренних дел

Александр ЮНАЦКИЙ,

кандидат юридических наук, доцент
доцент кафедры частной охранной деятельности
Запорожского национального технического университета

В статье рассматриваются особенности исследования доказательств в суде апелляционной инстанции в уголовном производстве. Указывается на то, что введенная в законодательство Украины модель апелляционного производства нуждается в совершенствовании. Среди проблем исследования доказательств судом апелляционной инстанции следует отметить отсутствие четкого алгоритма действий, что негативно влияет на однозначность формирования внутреннего убеждения судей апелляционной инстанции и не позволяет окончательно дать ответ на вопрос о правосудности (неправосудности) обжалованного судебного решения.

Ключевые слова: суд апелляционной инстанции, апелляционное производство, доказывание, исследование доказательств, оценка доказательств.

Articolul se referă la particularitățile investigării probelor în cadrul curții de apel în cadrul procedurii penale. Modelul de procedură de apel introdus în legislația Ucrainei trebuie îmbunătățit. Printre problemele de investigare a probelor de către curtea de apel este de remarcat că nu există un algoritm clar de acțiuni care afectează în mod vădit neclaritatea formării convingerilor interne ale judecătorilor instanței de apel și nu permite să se răspundă definitiv întrebarea despre justiția (ne dreptatea) deciziei judiciare contestate.

Cuvinte-cheie: Curtea de Apel, procedura de recurs, demonstrarea, studiul probelor, examinarea probelor.

INVESTIGATION OF EVIDENCE IN THE COURT OF APPEAL IN CRIMINAL PROCEEDINGS OF UKRAINE

Elena SOLDATENKO,

Candidate of Law Sciences (PhD in Law), Associate Professor,
Professor, Criminal Procedure Department
Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs

Aleksandr YUNATSKYI,

Candidate of Law Sciences (PhD in Law), Associate Professor,
Associate Professor, Private Safeguarding Activity Department
Zaporizhzhya National Technical University

The article deals with the peculiarities of the investigation of evidence in the court of appeal in the criminal proceedings. The model of appeal proceedings introduced in the legislation of Ukraine needs to be improved. Among the issues of investigation of evidence by the court of appeal, it is noteworthy that there is no clear algorithm of actions that adversely affects the unambiguousness of the formation of the internal convictions of the judges of the appellate instance and does not allow to finally answer the question about the justice (unrighteousness) of the challenged judicial decision.

Keywords: Court of Appeal, appellate procedure, proving, study of evidence, examination of evidence.

Постановка проблемы. Проблемы реализации действующего уголовного процессуального закона, многочисленные законопроект-

ные предложения указывают на недостаточную эффективность судебной системы и контроля в уголовном судопроизводстве, формализацию

процесса принятия соответствующих процессуальных решений. Это также может свидетельствовать о том, что процесс реформирования института судебного контроля продолжается, идет поиск путей его совершенствования, создания доступной и эффективной системы судопроизводства, соответствующей европейским ценностям и стандартам защиты прав человека.

Актуальность темы исследования. Одной из гарантий обеспечения защиты прав и свобод граждан Украины в уголовном судопроизводстве выступает возможность апелляционного обжалования решений судов первой инстанции, не вступивших в законную силу, и рассмотрение этой жалобы апелляционными судами.

Учитывая это, следует отметить, что контрольная функция суда апелляционной инстанции требует глубокого изучения и качественно нового осмысления, целью которых являются совершенствование и повышение эффективности апелляционного производства.

Состояние исследования. Теоретической базой для изучения вопросов апелляционного производства являются научные исследования по проблемам доказывания на стадиях пересмотра судебных решений, выполненных на основе прошлого законодательства (В.Б. Алексеев, В.И. Гончаренко, М.М. Гродзинский, А.Н. Копьева, Н.П. Кузнецов, П.А. Лупинская, М.М. Михеенко, Н.М. Перетяцько, Н.Н. Полянский и др.). Специальных исследований по данной проблематике проводилось очень мало. Опубликованы только отдельные научные труды, в которых уделяется внимание специфике доказывания в суде апелляционной инстанции (Н.Р. Бобечко, Н.В. Кицен, С.А. Ковальчук, В.И. Маринив, В.И. Слипченко и др.).

Целью и задачей статьи является установление проблем исследования доказательств в суде апелляционной инстанции в уголовном производстве Украины.

Изложение основного материала. Апелляционное производство – стадия уголовного процесса, в которой суд высшей инстанции по апелляционным жалобам участников уголовного производства в предусмотренном законом порядке пересматривает судебные решения суда первой инстанции, не вступившие в законную силу. Целью апелляционного производства является обеспечение исправления вышестоящим судом ошибок и нарушений требований закона, допущенных в ходе досудебного расследования и производства в суде первой инстанции, обеспечение прав и охраняемых законом интересов участни-

ков уголовного судопроизводства, утверждение законности и справедливости в уголовном судопроизводстве [1, с. 338].

Согласно ч. 4 ст. 31 УПК Украины, уголовное производство в апелляционном порядке осуществляется коллегиально судом в составе не менее трех профессиональных судей и производится согласно правилам судебного разбирательства в суде первой инстанции (статьи 342-345 Кодекса) с учетом особенностей, предусмотренных главой 31 УПК Украины [2].

Как правило, суд апелляционной инстанции пересматривает судебные решения суда первой инстанции в пределах апелляционной жалобы. Апелляционный суд вправе выйти за пределы апелляционных требований только в следующих случаях:

- 1) если не ухудшается положение обвиняемого;
- 2) если не ухудшается положение лица, в отношении которого решался вопрос о применении принудительных мер медицинского или воспитательного характера;
- 3) при наличии оснований для принятия решения в пользу лиц, не подавших апелляционную жалобу. В таком случае суд апелляционной инстанции обязан принять решение в пользу этих лиц.

При наличии соответствующего ходатайства участников уголовного производства суд апелляционной инстанции обязан: повторно исследовать обстоятельства, установленные в ходе уголовного производства, при условии, если они исследованы судом первой инстанции не полностью или с нарушениями; исследовать доказательства, не исследованные судом первой инстанции, только в случае, если при рассмотрении в суде первой инстанции было ходатайство об исследовании таких доказательств; исследовать доказательства, ставшие известными после принятия решения судом первой инстанции. При этом следует иметь в виду, что такие доказательства могут быть представлены участниками судебного производства или истребованы судом при наличии соответствующего ходатайства участника уголовного производства при подготовке к апелляционному рассмотрению.

По результатам апелляционного рассмотрения по жалобе на приговор или определение суда первой инстанции суд апелляционной инстанции вправе:

- оставить приговор или определение без изменений;
- изменить приговор или определение;

- отменить приговор полностью или частично и вынести новый приговор;
- отменить решение полностью или частично и принять новое решение;
- отменить приговор или определение и закрыть уголовное производство;
- отменить приговор или определение и назначить новое рассмотрение в суде первой инстанции.

В соответствии со ст. 409 УПК Украины, основаниями для отмены или изменения судебного решения являются: неполнота судебного разбирательства; несоответствие выводов суда, изложенных в решении, фактическим обстоятельствам уголовного производства; существенное нарушение требований уголовного процессуального закона; неправильное применение закона Украины об уголовной ответственности.

Следует также отметить, что судебное решение признается соответствующим фактическим обстоятельствам уголовного производства в случае, если в его основу положены выводы, основанные на достоверных доказательствах, исследованных непосредственно во время судебного разбирательства. Судебное решение не может быть признано соответствующим фактическим обстоятельствам уголовного производства, если судом не проверены и не опровергнуты доводы в защиту обвиняемого и не устранены сомнения в его виновности, которые могли повлиять на правильность применения закона Украины об уголовной ответственности, а также на определение вида наказания или на применение принудительных мер воспитательного или медицинского характера.

Кроме того, в ч. 1 ст. 411 УПК Украины предусмотрены основания, при наличии которых приговор, определение суда подлежат отмене или изменению на основании несоответствия судебного решения фактическим обстоятельствам уголовного производства:

- 1) выводы суда не подтверждаются доказательствами, исследованными в ходе судебного разбирательства;
- 2) суд не принял во внимание доказательства, которые могли существенно повлиять на его выводы;
- 3) при наличии противоречивых доказательств, имеющих существенное значение для выводов суда, в судебном решении не указано, почему суд принял во внимание одни доказательства и отверг другие;
- 4) выводы суда, изложенные в судебном решении, содержат существенные противоречия [3].

Таким образом, вопросы об исследовании доказательств и их оценке в суде апелляционной инстанции являются самыми весомыми при принятии правильного решения.

Рассматривая эти вопросы, следует также обратить внимание на то, что в УПК Украины нет самостоятельной статьи, посвященной особенностям исследования доказательств в суде апелляционной инстанции. Суд апелляционной инстанции проводит исследования доказательств по правилам, установленными статьями 84-94 Кодекса, с учетом особенностей, предусмотренных главой 31 УПК Украины.

Проверка соответствия судебного решения фактическим обстоятельствам уголовного производства может быть осуществлена в процессе доказывания, которое, согласно ч. 2 ст. 91 УПК, проводится путем сбора, проверки и оценки доказательств.

Кроме того, учитывая положение о том, что апелляционное рассмотрение проходит по правилам судебного разбирательства в суде первой инстанции, можно сделать вывод, что методы и средства исследования доказательств будут тождественны. Однако судебное разбирательство в суде апелляционной инстанции не должно дублировать исследование доказательств, которое проводилось в суде первой инстанции. Оно должно осуществляться в объеме, который является достаточным и необходимым для проверки законности и обоснованности приговоров или определений, с учетом доводов и требований, приведенных в апелляционной жалобе [4, с. 244].

Также отметим, что в п. 18 Постановления Верховного Суда Украины от 21.01.2016 года в деле № 5-249к15 суд означает, что непосредственность исследования доказательств является обращенное в суд требование закона об исследовании им всех собранных в конкретном уголовном производстве доказательств путем допроса обвиняемых, потерпевших, свидетелей, эксперта, осмотра вещественных доказательств, оглашения документов, воспроизведения звукозаписи и видеозаписи и т.п. Эта основа уголовного судопроизводства имеет значение для полного выяснения обстоятельств уголовного производства и его объективного решения. Непосредственность исследования доказательств позволяет суду надлежащим образом проверить их (как каждое доказательство отдельно, так и во взаимосвязи с другими доказательствами), осуществить их оценку по критериям, определенным в ч. 1 ст. 94 УПК Украины, и сформировать полное и объективное

представление о фактических обстоятельствах конкретного уголовного производства [5].

Следует иметь в виду, что законодатель в ходе уголовного производства в апелляционном порядке использует термин «исследование доказательств», не раскрывая его содержания. Поэтому можно предположить, что в соответствии со ст. 23 и ч. 2 ст. 91 УПК Украины, исследование доказательств происходит путем их проверки и оценки.

Однако такое распространенное толкование исследования как совокупности проверки и оценки кажется нам не совсем правильным, так как, исходя из общих положений доказывания, оценка доказательств следует после их проверки и выражается в конечных процессуальных документах апелляционного суда. Более того, отождествление исследования доказательств с их проверкой также не совсем правомерно.

Данная позиция подтверждается тем, что в доктрине уголовного процесса под исследованием доказательств принято понимать осуществляемую субъектами доказывания в определенной законом процессуальной форме деятельность по анализу их содержания (учитывая полноту изложения, логическую последовательность, отсутствие противоречий, неточностей, пробелов), сравнение с другими имеющимися в материалах уголовного производства доказательствами, выяснение их согласованности, установление источников доказательств, а также проведение процессуальных действий, направленных на их проверку. Отсюда следует, что исследование доказательств происходит как с помощью мыслительной (логической), так и практической деятельности [6, с. 237]. Чтобы оперировать доказательствами, использовать в доказывании, их предстоит изучить, поэтому исследование доказательств является необходимым элементом доказывания [7, с. 40].

Также следует обратить внимание на то, что исследование доказательств на стадии апелляционного производства имеет ряд особенностей, которые обуславливаются сущностью этой стадии, а также такими ее общими положениями, как предмет апелляционной проверки, границы апелляционного пересмотра и недопустимости «поворота к худшему».

В отличие от исследования, проверка доказательств – это деятельность, направленная на подтверждение (опровержение) информации, содержащейся в них. Проверить доказательство – значит собрать данные, на основе которых можно сделать вывод о его подлинности и допустимости.

Отметим, что для производства в суде апел-

ляционной инстанции характерны определенные особенности проверки доказательств. Во-первых, в зависимости от оснований обжалования она проводится факультативно. Иными словами, в случаях, когда стороны при обжаловании решения суда первой инстанции оспаривают сами фактические данные и обстоятельства, проверка доказательств не требуется.

Во-вторых, в апелляционной инстанции проверка доказательств имеет неполный (усеченный) характер. В отличие от производства в суде первой инстанции, проверке в апелляции подлежит не каждое доказательство, а лишь то, которое каким-либо образом связано с поданной апелляционной жалобой.

В-третьих, действие ст. 349 УПК не распространяется на апелляционное производство, поэтому доказывание в апелляционной инстанции может заключаться как в непосредственном исследовании доказательств, так и ограничиваться исследованием доказательств по материалам производства.

Что касается оценки судебных доказательств, то она является важнейшей составляющей производства в суде апелляционной инстанции. Оценка доказательств представляет собой, в первую очередь, логический (умственный) процесс по изучению таких их свойств, как принадлежность, допустимость, достоверность и достаточность, и формированию заключения о них. Она, как и любое другое действие в уголовном процессе, имеет целевую направленность предназначенную для решения многих задач.

Даже когда проверка доказательств в апелляционной инстанции является не востребуемой, оценка доказательств осуществляется при каждом апелляционном исследовании. Однако она имеет свои особенности по сравнению с оценкой доказательств судом первой инстанции.

1. Следует различать оценку и переоценку доказательств. Оценке подлежат все новые доказательства в производстве или полученные в суде апелляционной инстанции. Вся имеющаяся в производстве совокупность доказательств подвергается повторной оценке судом апелляционной инстанции или их переоценке.

2. Оценка доказательств осуществляется судом апелляционной инстанции всегда. Она может проводиться не только при их непосредственном исследовании, но и при их изучении только по материалам уголовного производства. Это зависит от того, доказывание или обоснование собственного заключения осуществляет суд апелляционной инстанции.

3. Оценка доказательств в апелляционной инстанции имеет неполный (усеченный) характер по сравнению с оценкой доказательств в суде первой инстанции. Это относится как к объему оцененных доказательств, так и к оценке конкретных свойств доказательств. Особенность оценки апелляционной инстанции проявляется также в объеме работы с определенными свойствами доказательств. Так, суд первой инстанции оценивает поочередно принадлежность, допустимость, достоверность каждого доказательства и достаточность их совокупности для принятия решения по делу. В апелляции же не всегда суду необходимо исследовать все свойства доказательств, они могут исследоваться отдельно, в сочетании или вообще не исследоваться.

Кроме того, объем доказательств, подлежащих оценке судом апелляционной инстанции, может не совпадать с объемом оценки первой инстанции. Он может быть расширен по сравнению с доказательствами, которые были оценены в суде первой инстанции, за счет предоставления их сторонами или сбора апелляционным судом новых доказательств.

4. И еще одна отличительная особенность – отсутствие непосредственности в исследовании большинства доказательств. Как было отмечено, оценка доказательств судом апелляционной инстанции проводится при каждой апелляционной проверке. Однако объем и способы познания фактических обстоятельств (непосредственное или исследование по материалам уголовного производства) зависят от того, какие основания для обжалования решения предоставлены, а также от того, доказывание или обоснование собственного заключения осуществляет суд апелляционной инстанции.

Как показывает судебная практика, именно при оценке и переоценке доказательств в суде апелляционной инстанции обнаруживаются большинство до конца нерешенных проблем. Объяснения же высших судебных органов не решают их, а еще больше запутывают, приводя к затягиванию рассмотрения дел или даже к умышленным нарушениям.

Как мы уже отмечали, свою правовую позицию по этому вопросу Верховный Суд Украины выразил в деле №5-249к15 от 21.01.2016 года. Этой позиции, в целом, ранее придерживался и Высший специализированный суд по рассмотрению гражданских и уголовных дел. Согласно ей с учетом положений ст. 23 и ч. 4 ст. 95 УПК Украины, исходя из принципа непосредственности исследования доказательств, апелляционный

суд не вправе дать им другую оценку, нежели ту, которую дал суд первой инстанции, если эти доказательства не были исследованы при апелляционном пересмотре приговора.

То есть, если апелляционный суд будет только ссылаться на показания свидетелей, которых он не допрашивал, и при этом даст другую оценку этим показаниям как доказательствам, то такое решение нельзя признать законным и обоснованным и, поэтому оно подлежит отмене с назначением нового рассмотрения в суде апелляционной инстанции.

По мнению абсолютного большинства судей апелляционной инстанции, указанная правовая позиция Верховного Суда Украины не является достаточно обоснованной, более того, является противоречивой и непоследовательной [8].

Выводы. Таким образом, введенная в законодательство Украины модель апелляционного производства нуждается в совершенствовании. Среди проблем оценки доказательств судом апелляционной инстанции следует отметить отсутствие четкого алгоритма действий, что негативно влияет на однозначность формирования внутреннего убеждения судей апелляционной инстанции и не позволяет окончательно дать ответ на вопрос о правосудности (неправосудности) обжалованного судебного решения.

Список использованной литературы

1. Кримінальний процес : підручник / За заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. – К. : “Центр учбової літератури”, 2013. – 544 с.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України станом на 11.01.2019 р. [Електронний ресурс]: закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. – Режим доступу: <https://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4651a-17>. – Дата доступу: 04.03.2019.
3. Про деякі питання порядку здійснення судового провадження з перегляду судових рішень у суді апеляційної інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України [Електронний ресурс]: лист Вищого спеціалізованого суду від 21.11.2012 р. № 10-1717/0/4-12. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v1717740-12>. – Дата доступу: 04.03.2019.
4. Маринів В.І. Окремі питання доказування в апеляційному провадженні за новим Кримінальним процесуальним кодексом України / В.І. Маринів // Докази і доказування за новим Кримінальним процесуальним кодексом : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, (6-7 грудня 2012 р., м. Київ). – Харків : Видавець Строков Д.В., 2013. – С. 243-245.

5. Постанова ВСУ від 21 січня 2016 року у справі № 5-249к15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/E84BAE31236A51A1C2257F7D00414217](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/E84BAE31236A51A1C2257F7D00414217). – Дата доступу: 04.03.2019.

6. Бобечко Н.Р. Апеляційне та касаційне провадження у кримінальному судочинстві України : дис. д-ра. юрид. наук : 12.00.09 / Назар Ростиславович Бобечко. – Л., 2016. – 498 с.

7. Соркин В.С. Особенности процессуального доказывания в уголовном судопроизводстве: монография / В.С. Соркин. – Гродно : ГрГУ, 2002. – 96 с.

8. Правова позиція ВС щодо правил оцінки та переоцінки доказів обмежує повноваження апеляційної інстанції та призводить до порушень прав обвинувачених [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zib.com.ua/ua/125221-pravova_poziciya_vs_schodo_ocinki_ta_pereocinki_dokaziv_apel.html. – Дата доступу: 04.03.2019.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ:

Елена Анатолиевна СОЛДАТЕНКО,
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры уголовного процесса
Днепропетровского государственного
университета внутренних дел

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Elena Anatolievna SOLDATENKO,
andidate of Law Sciences (PhD in Law),
Associate Professor,
Associate Professor, Criminal Procedure
Department of Dnipropetrovsk State University of
Internal Affairs soldat-72-21@ukr.net

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ:

Александр Владимирович ЮНАЦКИЙ,
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры частной охранной деятельности
Запорожского национального технического
университета

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Aleksandr Vladimirovich YUNATSKYI,
Candidate of Law Sciences (PhD in Law),
Associate Professor,
Associate Professor, Private Safeguarding Activity
Department of Zaporizhzhya National Technical
University yunatskiy_a@ukr.net

Drept civil

CZU: 347.91/95 (498)

PROCEDURAL SUBJECT MATTER JURISDICTION OF ROMANIAN COURTS OF LAW IN DISPUTES INVOLVING PROFESSIONALS

Rodica Diana APAN,

PhD in Law, assoc. prof.

Faculty of Law in Cluj Napoca „Dimitrie Cantemir” Christian University, Bucharest

This article aims to analyze the procedural subject matter jurisdiction of courts of law in commercial matters. For this purpose, the paper develops on the rules governing the commercial matters and the general regulations under the Civil Procedure Code which were recently amended following the decisions of the High Court of Cassation and Justice and of the Constitutional Court on the regulations in this field.

Keywords: *procedural subject matter jurisdiction, specialized court, specialized department, professional, appeal.*

COMPETENȚA MATERIALĂ PROCESUALĂ A INSTANȚELOR DIN ROMÂNIA ÎN DOMENIUL LITIGILOR CU PROFESIONISTII

Rodica Diana APAN,

conf. univ. dr. în drept, Facultatea de Drept Cluj Napoca

Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir” București

Prezentul articol își propune să analizeze competența materială procesuală a instanțelor în domeniul comercial. În acest scop sunt dezvoltate reglementările domeniiale în materie comercială și reglementările generaliste cuprinse în Codul de procedură civilă și modificate de data recentă, urmare a deciziilor Înaltei Curți de Casație și Justiție și a Curții Constituționale asupra reglementărilor în materie.

Cuvinte cheie: *competență materială procesuală, tribunal specializat, secție specializată, profesionist, apel, recurs*

Introduction. **Relevant aspects in establishing the subject matter procedural jurisdiction in the commercial filed.** Adoption of the Law no.310/2018 [10] amending and completing Law no.134/2010 on the Code of Civil Procedure, as well as amending and completing other normative acts, had the purpose, as stated in the doctrine [4], “to bring some of the provisions of the new Civil Procedure Code into conformity with the decisions of the Constitutional Court rendered until 2018”.

In the matter of jurisdiction, Law no.71/2011 for the implementation of the Law no.287/2009 on the Civil Code [11] stipulates in Article 226, paragraph 1, letter a, the following: “(1) By decision of the Superior Council of Magistracy, at the proposal of the court’s management board, in relation to the number of cases, civil divisions may be established, specialized in the resolution of certain types of litigation, considering their object or nature, *such as:* a) insolvency claims, preventive conciliation and an ad hoc mandate; b) claims in respect of commercial companies and other companies, with or without legal personality, as well as in the matter of the trade register; c) claims

regarding the restriction, prevention or distortion of competition; d) claims on securities and other.”

Article 228, para.2 of the same law provides that: “*When determining the causes of jurisdiction of specialized courts established at national level, in Argeș, Cluj, Mureș counties or, as the case may be, of reorganized civil departments, account shall be taken of the number and nature of the cases, the specialization of the judges, the need to capitalize on their professional experience, and the Court’s workload.*”

We mention that the adoption of Law no.287/2009 [12] on the Civil Code, substantiated the thesis of the unity of private law, namely the monist conception on it which determined the commercial tribunals and departments within tribunals to be renamed as specialized tribunals and specialized civil departments within tribunals.

The Decisions of the High Court of Cassation and Justice (HCCJ) have also circumscribed the scope of the regulations in the filed of jurisdiction, more precisely:

- Decision of the High Court of Cassation and

Justice no.18/2016 [17] rendered in the appeal in the interest of the law, (procedure based on provisions of art.514 and art.515 of the Code of Civil Procedure) a decision examining the appeal filed by the Pitesti Court of Appeal's leading board on the functional jurisdiction of the specialized courts in settlement of disputes with the professionals.

We mention *ab initio* that these are other disputes than those referred to in art.226 paragraph 1, letters a-d of the Law no.71/2011, referring to the provisions of art. 228 paragraph 2 of the same law, considering that, in the practice of courts of law in this matter, there is a lack of a legal criterion for the attribution of jurisdiction in these disputes, the situation being as follows: a part of the practice considered that this criterion is represented by the notion of "professional"; another part of the practice considered it relevant only the value criterion, ignoring the notion of "professional" in determining the functional jurisdiction of the courts.

By HCCJ Decision no.18/2016 it was established that specialized courts and specialized tribunals will trial disputes with values over 200,000 lei, irrespective of the status of professionals held by the litigants.

- Decision of the HCCJ no.18 of 01.10.2018, [18] which established that it is the courts of appeal that have subject matter jurisdiction to settle the appeals declared following the Decision no.369 of May 30, 2017 of the Constitutional Court (CC), [19] against the decisions rendered in appeal by the tribunals, in cases having as object claims worth up to 200,000 lei inclusively.

So, we ascertain that circumscribing the procedural subject matter jurisdiction of the specialized courts and specialized departments of the tribunals, implies these two spheres of analysis, which we will develop in the following.

The subject matter procedural jurisdiction of the specialized courts, respectively the specialized civil departments, in relation to the provisions of the special laws in the commercial field. The regulations by domains of commercial matters provide expressly the following jurisdiction [6, p.78-81], with the proviso that, as acknowledged in the doctrine [4], jurisdiction shall be called "*subject matter procedural jurisdiction*" and not "*functional jurisdiction*".

2.1. Insolvency claims, pre-match agreement and ad hoc mandate

The insolvency applications, preventive conciliation and ad hoc mandate, contained in paragraph a) in the exemplary enumeration of art.226, para.1 of Law no.71/2011, are found to be regulated by Law no.85 of 2014 on insolvency and insolvency prevention procedures [13]. It establishes in Article 41, paragraph

1, the exclusive jurisdiction of the court at the debtor's headquarters for the insolvency proceedings, the ad hoc mandate, the preventive conciliation and the court of appeal to hear the appeal against the court's decisions, independently of the request to open the procedure being formulated by the creditor or by the debtor himself. Thus, the criterion for the determination of territorial jurisdiction in this matter is the debtor's headquarters, against which or which makes a claim for opening the insolvency proceedings.

We note that in these matters the criterion of the value of the litigation is inapplicable, these litigations being in the subject matter procedural jurisdiction of the specialized department of the tribunal, respectively the specialized court, and in the exclusive jurisdiction of the syndic judge, by reference to their object. The value criterion is strictly used in order to determine, in the application for opening the insolvency proceedings, whether a certain liquid and exigible claim observes the threshold value of 40,000 lei, which is a criterion for the analysis of the admissibility of the claim, whether the claims is formulated by the creditors or by the debtor himself, not a criterion for determining the jurisdiction of that specialized court.

The doctrine [2] carried out an analysis, which we reiterate as example, of the number of applications for opening the insolvency proceedings registered on the docket of the Specialized Tribunal Cluj Napoca and lodged between January 1, 2017 and until October 14, 2017, and it results that a total number of 724 cases dealing with insolvency proceedings were registered during this period.

2.2. Claims regarding companies, trade register and competition

The settlement of claims regarding companies has the following subject matter procedural jurisdiction in special laws:

-a large majority of companies with legal personality are governed by Corporate Law no.31/1990, [14] and in accordance with the provisions of Article 63, Title II «Establishment of companies», Chapter V «Some procedural provisions», the claims and appeals provided by this law are within the jurisdiction of the courts and are settled by the court in whose jurisdiction the company has its headquarters. The notion of «tribunal» is used in the sense of a specialized court, i.e. specialized departments. In the scope of Law no.31/1990, reference is made to the procedural rule according to which the judgment given by the tribunal is subject only to the appeal, a reference which we expressly encounter in: art.62, paragraph 3, regarding the opposition; art.223, para.3 regarding the court ruling on the request for exclusion; art.226, letter c, regarding the associate in the collective company, in

simple partnership or in the limited liability company, who, in the absence of provisions in the constitutive act or when the unanimous agreement is not achieved, can withdraw from the company for reasons based on the judgment of the tribunal; art. 237, paragraph 5 and paragraph 11 regarding the dissolution, respectively the liquidation of the company; art. 264 regarding the decision of the tribunal to appoint the liquidators in joint stock companies and limited partnerships.

- according to the provisions of art. 6, par.1 and 2 of the Emergency Ordinance no.116/2009 [15] the director of the Trade Register Office attached to the tribunal or the person designated by the director, authorizes, through a resolution, the setting-up of the companies, the registration of all records in the trade register, the advertising, as well as the registration in the trade register of the sworn statements and the data contained therein. The resolutions are enforceable by law and against them may be filed a complaint within 15 days from the date on which they are issued, for the parties, and for any other interested person from the date of publication of the act amending the constitutive act in the Official Gazette of Romania, Part IV, respectively Part a VII.

In the sense of art.2, par.2 of GEO no.116/2009 *the court* means the specialized court or specialized section of the tribunal in whose jurisdiction the professional has its registered office. The complaint against the resolutions of the director of the Trade Register Office or the person designated by him/her, shall be addressed urgently and particularly under the conditions of common law. The court, represented

by a single judge panel, settles the complaint, in the council room, without summoning the parties. Also, the specialized tribunal or specialized section of the tribunal in whose jurisdiction the professional has its registered office has subject matter procedural jurisdiction to hear the requests filed by the National Trade Register Office or by any interested person to find the dissolution and removal of the person legal proceedings, as well as oppositions in the event of merger, including cross-border merger and division of the legal entity subject to registration. Hence, according to both legal acts mentioned above, the subject matter procedural jurisdiction corresponds to the specialized tribunal, respectively to the specialized civil department, and the value criterion is not relevant in this domain, nor in the matter of insolvency.

An analysis of the cases registered in the matter of companies regulated by Law no.31/1990 and in the matter of trade register, on the docket of the Specialized Tribunal Cluj Napoca between January 1st 2017 and December 30th 2018, [22] is reflected in Figure 1, according to which we could draw the following conclusions : - cases on merger/division represent 3% ; - cases in the matter of deregistration following dissolution 15% ; - cases on the dissolution of companies (trade register) 74% ; - cases concerning the withdrawal of an associate 1% ; - cases concerning claims lodged based on GEO 116/2009 (trade register) 3%; - actions for annulment of the decision of the associates'/shareholders' general assembly 3%; - complaints against the resolution of the trade register director 1%.

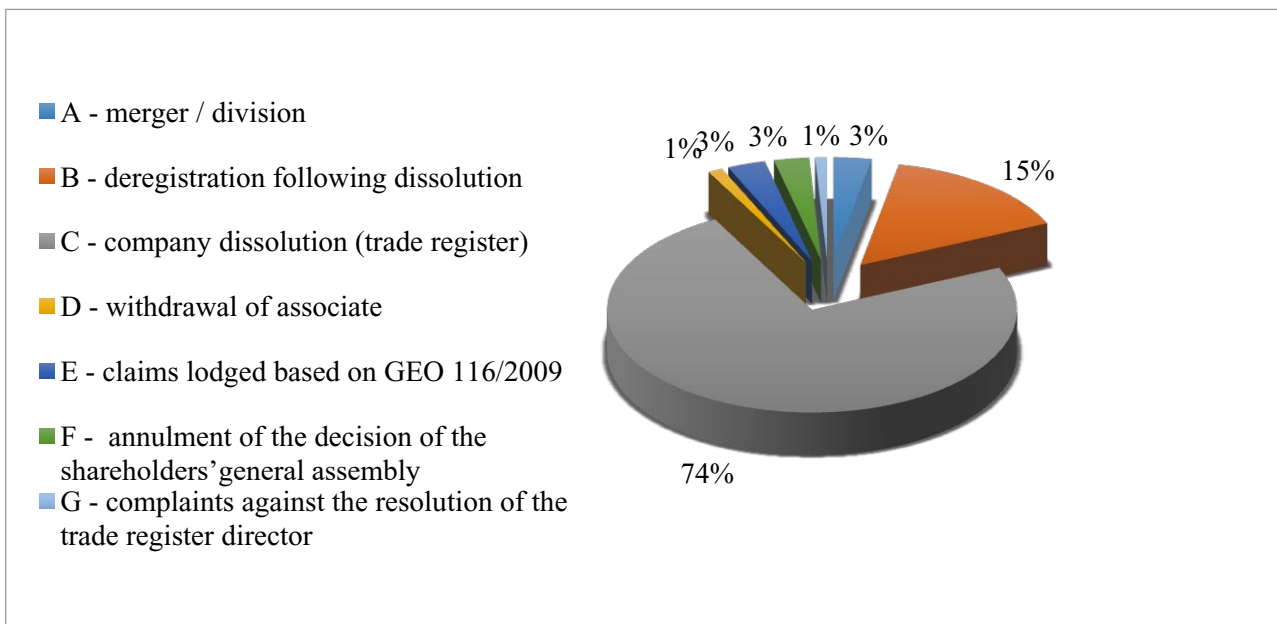


Figure 1 – Types of cases registered in the matter of companies regulated by Law no.31/1990 and in the matter of trade register, on the docket of the Specialized Tribunal Cluj Napoca between January 1st 2017 and December 30th 2018

Subject matter procedural jurisdiction of specialized courts and specialized civil departments as reflected by HCCJ Decision no.18/2016 and HCCJ Decision no.18/2018. Through Decision no.18/2016 (pt.173) it is noted the opinion according to which *to classify litigations not according to the object or the nature of the cause, but according to the professional status of one of the parties, is without any cover in the positive law*, being contrary to the provisions of Art.122 of the Civil Procedure Code, according to which “new rules of jurisdiction may be established only by amending the rules of this Code” and the provisions of art.126 para.2 of the Romanian Constitution, according to which *“the jurisdiction of the courts and the procedure for the trial are provided only by law”*.

As a consequence, the Decision no.18/2016 explicitly describes the subject matter procedural jurisdiction of the specialized courts and the specialized civil departments, as it derives from the provisions of Law no.71/2011 and taking into account the criteria established there,[6,7] to which the HCCJ is not competent to add others. In interpreting and applying the provisions of art.226, para.1, letters a-d and art.228, para. 2 of Law no.71/2011, *for the determination of the subject matter procedural jurisdiction of specialized courts/tribunals, one must take into account the legal criteria relating to the object or the nature of disputes, such as those envisaged as exemplary by Art.226 paragraph 1 of Law no.71/2011*.

In conclusion, in accordance with the operative part of Decision no.18/2016, the subject matter procedural jurisdiction in disputes with professionals is determined not by reference to the ‘*professional*’ statut, and the value of the subject-matter of the case in the alternative but by reference to the subjects which, by way of example, were included in the provisions of art.226, para.1, letter a of Law no.71/2011, namely: - insolvency claims, preventive concordance and ad hoc mandate; - business (commercial) claims and claims of other companies with or without legal personality and trade register matters; - competition cases - limitation, hindrance or distortion; - claims for securities; - other claims.

Also, according to the HCCJ, in the Decision no.18/2016, the judge, as the first interpreter of the law, has the role/task to appreciate the subject matter procedural jurisdiction of the tribunal in the cases sent

for judgment, by detecting the “*common elements*” envisaged by the legislator in the regulation of the four criteria included in the provisions of Article 226, paragraph 1, letter a. Thus, the judge, as the first interpreter of the law, has the role of detecting common elements such as those envisaged by the legislator in establishing the four categories of exemplary litigation and assess his own subject matter procedural jurisdiction in solving the litigation with which it has been invested.

In the light of what is stated in Decision no.18/2016,[1] concerning the subject matter procedural jurisdiction of the specialized courts respectively of the specialized civil departments, the *quality of professional* of one of the parties of the legal trial *does not represent the criterion in relation to which is established the subject matter procedural jurisdiction of the specialized courts or of the specialized civil sections of the courts and this criterion is not relevant for subject matter procedural jurisdiction, in the absence of the norms of law which expressly determine such competence*. It is found that the *criterion of the value of the dispute appears to be (re) gaining prevalence* and therefore, mainly the specialized courts but also the specialized civil sections irrespective of the quality of professional held by the litigants, in accordance with the provisions of art.94 of the Civil Procedure Code, according to which «the city courts shall judge: j). in the first instance, claims whose object is monetised or, where applicable, not monetised:k) any other monetary claims worth up to 200,000 lei, irrespective of the quality of the parties, professional or non-professional; ... «

The concept of “professional” which reflects the thesis of unity of private law, respectively the one-tier perspective on private law, is regulated by:

- the provisions of Article 2, paragraph 1 of the Civil Code, according to which this code regulates the patrimonial and non-patrimonial relations between persons as subjects of civil law;

- article 2, paragraph 2 of the Civil Code which establishes the “statute” of the Civil Code as an ensemble of rules representing “*common law*” in relation to other regulations in the fields to which the letter or the spirit of its provisions refers;

- the provisions of article 3, paragraph 1 of the Civil Code, which expressly include within their scope the relations between professionals, as well as the relations between them and any other subjects of civil law, by reference to art.3, para. 2 and para. 3 of the same code;

- article 3, paragraph 2 and paragraph 3 of the Civil Code, define the notions of “professional” and “enterprise”, as follows: “professionals are considered to be all who exploit an enterprise” and the exploitation

of an enterprise designates “the systematic exercise by one or more persons of an organized activity consisting in the production, management or disposal of goods or in the provision of services, whether or not they have a lucrative purpose.” [3, p.3-5]

Law no.71/2011 for the implementation of Law no. 287/2009 on the Civil Code, stipulates in Article 8, paragraph 1, the categories that comprise the notion of “professional” as defined in art.3, para.2 of the Civil Code, namely: the trader, the entrepreneur, the economic operator, as well as any other persons authorized to carry out economic or professional activities, as such notions are provided by law, at the date of entry into force of the Civil Code. Moreover, para. 8, para. 2 of Law no.71/2011 stipulate that “In all the normative acts in force, the expressions *trade deeds* and *trade acts* are replaced with the expression “production, trade activities or provision of services”, giving expression once again to the theory of unity of private law. [8, p.31-41] [9, p.1-4].

On this date the doctrine [5, p.40-50] classifies “professionals – traders of the economic (commercial) enterprise” in two categories: professionals - traders individuals - in the following forms: the authorized person, the individual holder of an individual enterprise and the individual member of a family enterprise and professionals – traders legal entities in the following forms: companies, autonomous administrations, economic interest groups, cooperative companies, cooperative organizations, European cooperative companies and European interest groups.

As a consequence, the concept of *litigation with professionals*, that is to say, one party’s quality of professional, is not the criterion against which it is established the subject matter procedural jurisdiction of the specialized courts and of the specialized departments of the tribunals. They will judge litigations worth more than 200,000 lei, irrespective of the professional status of the litigants.

Decision no.18/2018 of the HCCJ notes the existence of two guidelines in the case law regarding the subject matter jurisdiction of the recourses made against the decisions rendered in appeal by the tribunals, in the cases having as object monetised claims worth up to 200,000 lei: some courts consider that these recourses are under the jurisdiction of the High Court of Cassation and Justice, while others have held that the courts of appeal have jurisdiction.

The regulation on recourse and appeal under Law no.134/2010 on the Code of Civil Procedure was the following:

“Art. 96. The courts of appeal judge: (...) 2. as courts of appeal, the appeals declared against the judgments pronounced by the courts of first instance;

3. as courts of recourse, in the cases specifically stipulated by the law; 4. any other claims which the law places under their jurisdiction.”

Art. 97. The High Court of Cassation and Justice judges: 1. The recourses declared against the decisions of the courts of appeal, as well as those against other decisions, as provided by the law; (...) 4. any other claims which the law places under its jurisdiction.”

Art. 483.(1) The judgments pronounced in the appeal, those given, according to the law, without a right to appeal, as well as other judgments in the cases expressly provided by the law, are subject to appeal. (2) The following judgments cannot be subject to recourse: judgments given in the claims provided by art. 94 pt.1 letters. (a) to (j), civil navigation and port activities, labor and social security disputes, expropriation, claims for damages caused by judicial errors, as well as other monetized claims in value up to 500,000 lei inclusively. The judgments of the courts of appeal are also not subject to recourse, in cases where the law provides that decisions of first instance are only subject to appeal. «

Through Law no.2/2013 on measures to reduce the workload of the courts, and on preparing the implementation of Law no.134/2010 on the Code of Civil Procedure,[16] art. XVIII are established *in synthesis*, as ascertained in pt.23 of the HCCJ Decision no.18/2018, according to art.483 par.(2) of the Code of Civil Procedure, “judgments pronounced in (...) monetized claims of value up to 500,000 lei (...) are not subject to recourse”, and Law no.2/2013 included a transitory provision, which increased the threshold value mentioned above, from 500,000 lei to 1,000,000 lei, in art. XVIII par. (2), a provision to be applied in proceedings commenced from the date on which the law enters into force and until 31 December 2018 inclusively.

As a result of the Constitutional Court Decision no.369/2017 [20] on upholding the unconstitutionality exception of the phrase “as well as in other monetized claims worth up to 1,000,000 lei inclusively” comprised in art. XVIII par. (2) of Law no. 2/2013 on measures to reduce the workload of the courts, as well as on preparing the implementation of Law no.134/2010 on the Code of Civil Procedure, it is established that the phrase mentioned above is unconstitutional. Furthermore, as stated in pt.25 of Decision no.367/2017, “there is a legal void in terms of subject matter jurisdiction in settling recourses against judgments issued in appeal in the cases of monetized claims with a value of 200,000 and below, and “challenging them through recourse was recognized as an effect of this decision issued by the Constitutional Court.

By Decision no.369/2017, for the uniform interpretation and application of the provisions of art.96 pt.3, art.97 pt.1 and art.483 of the Code of Civil Procedure, the jurisdiction to settle recourses against decisions rendered in appeal by tribunals, in cases having as object monetized claims worth 200,000 lei and below, lies with the courts of appeal.

Furthermore, through Decision no.52/2018 of the HCCJ [21] established that, in interpreting and applying the provisions of art.27 of the Code of Civil Procedure, with reference to art.147 par. (4) of the Constitution of Romania, Decision no.369/2017 produces effects on the judgments pronounced after its publication in the Official Gazette of Romania, in the monetized disputes valued 1,000,000 lei and below, initiated after the publication of the decision, respectively as of 20 July 2017.

The doctrine [4] referred above outlines, in relation to the HCCJ Decision no.18 / 2018, that “the rule that the High Court of Cassation and Justice is a court of full jurisdiction in judging recourses was abandoned, thus restoring the system of the old Code where the courts of appeal judge the majority recourses. The return, possibly justified by the situation of resources of the judiciary, is a considerable regression, and it marks an alienation from the legislative solutions in use in European countries, where the role of the court of cassation rests with the supreme court” and shows that, currently, the established rules of jurisdiction analyzed above are incorporated in Law no.310/2018, as follows:

- the tribunals judge according to art.95 of the Code of Civil Procedure:

1. in the first instance, all claims that are not assigned by law in the jurisdiction of other courts;

2. as courts of appeal, appeals against judgments rendered by city courts at first instance;

3. as courts of appeal, appeals against judgments rendered by city courts, which, according to the law, are not subject to the appeal and in any other cases expressly provided by law;

4. any other claims assigned by law under their jurisdiction.

- the court of appeal judges according to art. 96 of the Code of Civil Procedure:

1. in the first instance, claims in contentious administrative and fiscal matter, according to the special law;

2. as instance of appeal, appeals against judgments pronounced by tribunals in first instance;

3. as instance of recourse, recourses against judgments pronounced by tribunals in appeals or against judgments pronounced in first instance by tribunals, which, according to the law, are not subject

to the appeal and in any other cases expressly provided for by law;

4. any other claims assigned by law under their jurisdiction.

- The High Court of Cassation and Justice judges, according to art.97 of the Code of Civil Procedure:

1. the recourses against the decisions of the courts of appeal and against other judgments, in the cases provided by the law;

2. recourses in the interest of the law;

3. requests for a preliminary ruling to settle issues of law;

4. any other requests assigned by law under its jurisdiction.

Conclusions. Consequently, the present study examines regulations in relation to matters, as well as the regulations contained in the Law no.134/2010 amending the Code of Civil Procedure and assigning jurisdiction in commercial matters. It can be concluded that the relevant rules on jurisdiction in commercial matters are:

- the regulations in the domains expressly referred to in art.226, paragraph a, letter a-d, of the Law no.71/2011, namely, insolvency claims, arrangement with creditors, and ad hoc mandate; requests in the matter of trading companies and other companies, with or without legal personality, as well as in the matter of the trade register; requests concerning the restriction, prevention or distortion of competition; claims regarding securities and others, the court having jurisdiction in these cases is the specialized tribunal or specialized civil department within the tribunal.

- for disputes with a value of up to 200,000 lei, jurisdiction lies with the city court, and for disputes whose value is over 200,000 lei, jurisdiction is assigned to the tribunal, irrespective of the quality of professional of the litigant parties. In the first hypothesis, the ruling of the city court is subject to the appeal before the tribunal and to recourse before the court of appeal, and in the second hypothesis, the ruling given by the tribunal is subject to the appeal before the court of appeal and recourse before the HCCJ without reference to any other threshold.

Bibliography

1. Apan, R.D., 2017, Drept comercial, vol. I, Bucharest: Pro Universitaria.

2. Apan, R.D., The features of the claims lodged within the insolvency proceedings. The responsibility of public institutions in debt recovery, unic autor, revista Curentul Juridic, Nr.4, 2017, p.102-116, available on

http://revcurentjur.ro/old/arhiva/attachments_201704/recjurid174_10F.pdf accessed on 22.02.2019.

3. Baias, F., Chelaru E., Constantinescu R., Macovei I., 2012, Noul cod civil. Comentariu pe articole, Bucharest: C.H.Beck.

4. Briciu, T.C. Stancu, M., Dinu, C.C., Zidaru, G.L., Pop P. Comentarii asupra modificării noului Cod de procedură civilă prin Legea nr.310/2018. Între dorința de funcționalitate și tendința de restaurație, available on <https://www.juridice.ro/essentials/2901/comentarii-asupra-modificarii-noului-cod-de-procedura-civila-prin-legea-nr-310-2018-intre-dorinta-de-funcionalitate-si-tendinta-de-restauratie>, accessed on 15.02.2019.

5. Cărpenaru, S.D., 2016, Tratat de drept comercial român, ed.V, București:Universul Juridic.

6. Năsui, G., 2018, Drept procesual civil, Bucharest: Universul Juridic.

7. Nica, Gh., 2013, Jurisdiction in civil courts, -Summary of PhD thesis, available on <http://doctorate.ulbsibiu.ro/wp-content/uploads/REZUMATTEZAENGLnica.pdf>.

8. Piperea, G., 2012, Drept comercial. Întreprinderea, Bucharest:Ed.CH Beck.

9. Turcu, I., Botina, M., 2013, Dreptul afacerilor întreprinderii. Vol.I, Praxis, Bucharest: CH Beck.

10. Law no.310/2018 amending and completing Law no.134/2010 on the Code of Civil Procedure, published in the Off. Gazette of Romania, Part I no.1074 of 18.12.2018

11. Law no.71/2011 for the implementation of the Law no.287/2009 on the Civil Code, published in the Off. Gazette of Romania, Part I no.409 of 10.06.2011, consolidated version of 22.02.2019.

12. Law no.287/2009 on the Civil Code, published in the Off. Gazette of Romania, no.511 of 24.07.2009, consolidated version of 20.02.2019.

13. Law no.85 of 2014 on insolvency and insolvency prevention procedures published in the Off. Gazette of Romania, no.466 of 25.06.2014, amended, version consolidated on 20.02.2019.

14. Corporate Law no.31/1990, republished on 17.11.2004, consolidated version on 20.02.2019.

15. Emergency Ordinance no.116/2009 establishing

measures regarding the carrying-out of the registration in the trade register, published in the Off. Gazette, no.926 of 30.12.2009, consolidated version of 20.02.2019.

16. Law no.134/2010 on the Code of Civil Procedure published in the Off. Gazette of Romania, no.89 din 12.02.2013, consolidated version of 28.02.2019.

17. Decision of the High Court of Cassation and Justice no.18/2016 published in the Off. Gazette of Romania, no.237 of 6.04.2017.

18. Decision of the High Court of Cassation and Justice no.18 of 01.10.2018 published in the Off. Gazette of Romania, Part I, no. 965 of 14.11.2018

19. Decision no.369 of May 30, 2017 of the Constitutional Court published in the Off. Gazette of Romania, Part I, no. 582 of 20.07.2017.

20. Constitutional Court Decision no.369/2017 published in the Off. Gazette of Romania, Part I No. 582 of 20.07. 2017.

21. Decision of the HCCJ no.52/2018 published in Off. Gazette of Romania, no.609 of 17.07.2018.

22. Data was collected from www.portaljust.ro

INFORMAȚII DESPRE AUTOR:

Rodica Diana APAN
 doctor în drept, conferențiar universitar,
 avocat în Baroul Cluj,
 prodecan al Facultății de Drept Cluj Napoca,
 Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir”,
 e-mail: avocat.apan@gmail.com,
 tel.40 723609381

Rodica Diana APAN
 PhD in Law, associate professor,
 lawyer in the Cluj Bar
 Vice Dean of the Faculty of Law in Cluj Napoca,
 „Dimitrie Cantemir” Christian University,
 e-mail: avocat.apan@gmail.com,
 tel.40 723609381

CZU: 343.535

PARTICULARITĂȚILE SUBIECTULUI INFRAȚIUNILOR LEGATE DE INSOLVABILITATE

Vera URSU,
doctorand, Universitatea de Stat din Moldova

În acest articol se analizează elementele caracteristice ale subiectului infracțiunilor prevăzute la art. 252 și 253 CP RM. Autorul stabilește că, subiectul infracțiunilor legate de insolabilitate, pe lângă condițiile generale privind vârsta și responsabilitatea, urmează să întrunească și condițiile speciale – fie că este debitorul insolubil, fie că este un reprezentant al debitorului insolubil. În orice caz, reieșind din sancțiunea art. 252 și 253 CP RM, persoana juridică nu poate fi subiect al acestor infracțiuni.

Cuvinte-cheie: *subiect, infracțiuni legate de insolabilitate, insolabilitate fictivă, insolabilitate intenționată, debitor insolubil, reprezentant al debitorului.*

THE SUBJECT'S PECULIARITIES OF THE OFFENSES CONCERNING INSOLVENCY

Vera URSU,
PhD candidate, Moldova State University

In this article there are analyzed characteristic features of the subject of the offences provided by the art. 252 and 253 CP RM. The author argues that the subject of the offenses concerning insolvency in addition to the general conditions relating to the age and the responsibility, to meet the specific conditions - whether it is insolvent debtor, whether it is representative of insolvent debtor. In any case, the sanction provided by the art. 252 and 253 CP RM, the legal entity may not be the subject of these offences.

Keywords: *subject, offences concerning insolvency, deliberate insolvency, fictitious insolvency, insolvent debtor, representative of insolvent debtor.*

Introducere. Conform alin.(1) art. 51 din Codul penal al Republicii Moldova [1] (*în continuare CP RM*), temeiul real al răspunderii penale îl constituie fapta prejudiciabilă săvârșită, iar componența infracțiunii, stipulată în legea penală, reprezintă temeiul juridic al răspunderii penale. Concomitent, conform art. 15 CP RM, gradul prejudiciabil al infracțiunii se determină conform semnelor ce caracterizează elementele infracțiunii: obiectul, latura obiectivă, subiectul și latura subiectivă.

Așa dar, unul dintre elementele constitutive ale infracțiunii, pe lângă obiect, latura obiectivă și latura subiectivă, este și subiectul.

Subiectul infracțiunii este caracterizat în dreptul penal ca fiind elementul de bază al infracțiunii, deoarece fără existența lui nu putem fi în prezența unei componente de infracțiune; or, la general vorbind, *de facto* fapta socialmente periculoasă poate fi săvârșită în anumite circumstanțe de orice persoană, însă *de iure* subiectul infracțiunii poate fi doar persoana care întrunește anumite semne prevăzute de lege. În literatura de specialitate autohtonă, subiect al infracțiunii este recunoscută persoana care a comis o faptă prevăzută de legea penală și care, grație faptului că posedă toate semnele prevăzute de lege pentru această categorie de subiecți, este pasibilă de răspundere penală [2, p. 205].

Potrivit art.21 CP RM, subiect al infracțiunii poate fi atât persoana fizică, care întrunește condițiile necesare privind vârsta și responsabilitatea, cât și persoana juridică.

În ceea ce privește vârsta, legea penală stabilește clar de la câți ani intervine răspunderea penală pentru faptele săvârșite, și anume – 16 ani, iar pentru unele infracțiuni strict reglementate de alin.(2) art. 21CP RM, făptuitorul răspunde penal începând cu vârsta de 14 ani.

Referitor la semnul subiectului infracțiunii – responsabilitatea, consemnăm că în doctrină nu se întâlnesc opinii contradictorii cu privire la conceptul acesteia, la modul de stabilire și la influența ei asupra răspunderii penale. Astfel, în doctrină prin responsabilitate se înțelege: starea psihică a persoanei care, ținându-se cont de nivelul de dezvoltare, socializare, vârstă și stare a sănătății psihice în momentul săvârșirii infracțiunii, constă în capacitatea acesteia de a-și da seama de acțiunile sale și de a le conduce și, în legătură cu aceasta, de a fi supusă răspunderii penale și pedepsei [3, p. 123]; starea psihofizică a persoanei care este capabilă să-și dea seama de valoarea firească a acțiunilor sau inacțiunilor sale și de urmările acestora și își poate dirija în mod conștient voința, în raport cu aceste fapte [4, p. 43].

În conformitate cu art. 22 CP RM, responsabilitatea reprezintă starea psihologică a persoanei care are capacitatea de a înțelege caracterul prejudiciabil al faptei, precum și capacitatea de a-și manifesta voința și a-și dirija acțiunile. După cum se poate remarca, persoana trebuie să dispună de libertatea de voință și de acțiune. În literatura de specialitate [5, p. 64], libertatea de voință este definită ca posibilitatea faptuitorului de a lua decizii în mod liber față de săvârșirea faptei și are libertatea de hotărâre și libertatea de acțiune potrivit propriei sale voințe.

Prin urmare, capacitatea de a înțelege corect și de a evalua faptele sale și importanța acțiunilor prejudiciabile, în același timp de a conduce în mod conștient cu propria sa voință și cu acțiunile sale, delimitează persoana responsabilă de cea iresponsabilă [6, p. 103]. De altfel, o persoană este implicit prezumată responsabilă atâta vreme, cât nu există împrejurări, fapte, atitudini etc. de natură să trezească îndoială asupra capacității sale, sub aspectul oricăruia dintre factorii intelectivi și volitivi [7, p. 42].

Cu privire la prevederile legale ale iresponsabilității, aceasta își are sediul materiei la art. 23 CP RM, potrivit căruia: nu este pasibilă de răspundere penală persoana care, în timpul săvârșirii unei fapte prejudiciabile, se afla în stare de iresponsabilitate, adică nu putea să-și dea seama de acțiunile ori inacțiunile sale sau nu putea să le dirijeze din cauza unei boli psihice cronice, a unei tulburări psihice temporare sau a altei stări patologice. Astfel, iresponsabilitatea este starea de incapacitate psihofizică a unei persoane care nu-și poate da seama de caracterul, sensul și valoarea socială, morală sau judiciară a faptelor pe care le săvârșește și a urmărilor acestora sau care nu-și poate determina și dirija în mod normal voința, în raport cu faptele sale [8, p. 139]. Pe cale de consecință, persoana nu poate fi subiect al infracțiunii și, deci, nu poate fi trasă la răspundere penală, dacă nu are capacitatea de a înțelege de ce fapta sa prezintă pericol social și de ce este interzisă și nici care sunt rosturile pedepsei [7, p. 209].

Conținut de bază. Analizând în mod distinct subiectul infracțiunilor economice, urmează să stabilim că acesta este, în primul rând, persoana fizică responsabilă care la momentul săvârșirii infracțiunii a atins vârsta de 16 ani, iar în cazul infracțiunilor prevăzute la art. 236 – 241, 242, alin.(1) art. 242¹, art. 242², art. 243-245³, art. 245⁵ – art. 245⁸, art. 245¹¹ – art. 245¹², art. 246², art. 248 – art. 251, art. 257 CP RM, subiect poate fi persoana juridică, cu excepția autorităților publice.

Din categoria infracțiunilor economice reglementate de Capitolul X al CP RM sunt și infracțiunile legate de insolvabilitate care sunt prevăzute în art. 252 CP RM intitulat *Insolvabilitate intenționată* și art. 253 CP RM intitulat *Insolvabilitate fictivă*.

În corespundere cu sancțiunea normei incriminatoare, infracțiunile legate de insolvabilitate pot fi săvârșite de persoana fizică responsabilă, care la momentul comiterii faptei avea împlinită vârsta răspunderii penale de 16 ani.

Într-adevăr, persoana fizică responsabilă poate fi subiect al infracțiunilor legate de insolvabilitate până la împlinirea vârstei de 18 ani –potrivit căreia, Codul civil al Republicii Moldova (*in continuare CC RM*) [11] stabilește dobândirea capacității depline de exercițiu.

Este adevărat că, în acord cu art. 19 și 20 din CC RM, doar persoana fizică, care are capacitate deplină de exercițiu, poate practica activitatea de întreprinzător. Din art. 20 din CC al RM rezultă că activitatea de întreprinzător poate fi practică de sine stătător (adică, fără acordul altor persoane) de la vârsta de 18 ani. Bineînțeles, aceasta dacă respectiva persoană: 1) nu este lipsită de capacitatea de exercițiu din cauza tulburărilor psihice (în corespundere cu art. 24 din CC RM); 2) nu este limitată în capacitate de exercițiu din cauza abuzului de alcool, substanțe narcotice sau alte substanțe psihotrope (în conformitate cu art. 25 din CC RM). Din alin. (2) art. 25 din CC al RM deducem că persoana, limitată în capacitate de exercițiu din cauza abuzului de alcool, substanțe narcotice sau alte substanțe psihotrope, poate practica activitatea de întreprinzător doar cu acordul curatorului.

Totuși, din alin. (2) și (3) art. 20 din CC RM aflăm că capacitatea deplină de exercițiu poate fi dobândită înainte de împlinirea vârstei de 18 ani: 1) prin căsătorie; 2) prin emancipare. În acest al doilea caz, care este reliefat la alin. (3) art. 20 din CC RM, activitatea de întreprinzător este practică de către minor nu de sine stătător, ci cu acordul părinților, adoptatorilor sau al curatorului.

Pe lângă condițiile generale, subiectul infracțiunilor legate de insolvabilitate, urmează să întrunească și condițiile speciale – calitățile prevăzute de lege.

Dat fiind faptul că infracțiunile legate de insolvabilitate, similar altor infracțiuni economice, au caracter de blanchetă, se prezintă necesitatea de a consulta alte acte normative, în afară de legea penală, inclusiv pentru a determina calitățile speciale ale subiectului, autor al infracțiunii.

Așadar, în conformitate cu *Legea insolvabilității nr. 149/2012* [9], subiectul infracțiunii prevăzute la alin.(1) art. 252 CP RM, urmează să dețină una dintre următoarele calități speciale:

- 1) persoană cu funcție de răspundere, angajată într-o societate necomercială debitoare;
- 2) persoană care gestionează o organizație comercială, obștească sau altă organizație nestatală, care este debitoare;

3) persoana fizică care practică activitatea de întreprinzător și care este debitor.

În ceea ce privește prima calitate specială, urmează să explicăm următoarele.

Reieșind din dispoziția alin.(1) art. 123 CP RM, persoana cu funcție de răspundere este acea persoană care îndeplinește următoarele trei condiții: 1) este o persoană căreia i se acordă drepturi și obligații într-o întreprindere, instituție, organizație de stat sau a administrației publice locale ori într-o subdiviziune a lor; 2) aceste drepturi se acordă permanent sau provizoriu, prin stipularea legii, prin numire sau alegere, ori în virtutea unei însărcinări; 3) aceste drepturi și obligații i se acordă în vederea exercitării funcțiilor autorității publice sau a acțiunilor administrative de dispoziție ori a celor organizatorico-economice [10, p. 832].

Prin societate necomercială se înțelege, în virtutea prevederilor art. 180 CC RM, persoana juridică al cărei scop este altul decât obținerea de venit și care sunt constituite în formă de asociație, fundație sau instituție.

Societățile necomerciale se fondează pentru satisfacerea intereselor spirituale, profesionale, culturale, științifice, sociale etc., ceea ce necesită mijloace materiale, inclusiv bănești, obținute din cotizările de membru, din donații, dar și din activitățile economice aducătoare de profit. Prin urmare, în anumite condiții, și persoanele juridice cu scop nelucrative au dreptul, cu titlu de excepție, să desfășoare activitate de întreprinzător [12, p. 106].

Întru generalizarea celor expuse, urmează să stabilim că, persoana căreia, într-o asociație, fundație sau instituție de stat, fără scop lucrativ, i s-au acordat drepturi și obligații, permanent sau provizoriu, prin stipularea legii, prin numire sau alegere, ori în virtutea unei însărcinări, în vederea exercitării funcțiilor sale, este pasibilă de răspundere penală conform alin.(1) art. 252 CP RM. În ceea ce privește cea de-a doua calitate specială care poate să o dețină subiectul infracțiunii prevăzute la alin.(1) art. 252 CP RM, urmează să precizăm că din definiția formulată în art.124 CP RM reiese că persoana care gestionează organizația comercială, obștească sau altă organizație nestatală este acea persoană care îndeplinește următoarele trei condiții: 1) este o persoană căreia i se acordă drepturi și obligații într-o organizație comercială, obștească sau altă organizație nestatală ori într-o subdiviziune a acestora; 2) aceste drepturi și obligații i se acordă permanent sau provizoriu, prin numire, alegere sau în virtutea unei însărcinări; 3) aceste drepturi și obligații i se acordă în vederea exercitării funcțiilor sau acțiunilor administrative de dispoziție ori organizatorico-economice [13, p. 917].

În conformitate cu prevederile art. 106 CC RM, societate comercială este organizația comercială cu capital social constituit din participațiuni ale fondatorilor (membrilor) și care poate fi constituită doar sub formă de societate în nume colectiv, de societate în comandită, de societate cu răspundere limitată și de societate pe acțiuni.

Pe de altă parte, în conformitate cu *Legea cu privire la asociațiile obștești nr. 837/1996* [14], asociația obștească este o organizație necomercială, independentă de autoritățile publice, constituită benevol de cel puțin trei persoane fizice și/sau juridice (asociații obștești), asociate prin comunitate de interese în vederea realizării, în condițiile legii, a unor drepturi legitime.

Noțiunea de altă organizație nestatală, în corespundere cu prevederile legislației civile, are înțelesul noțiunii de societate necomercială (excluzând asociația obștească) și din care fac parte asociația, fundația și instituția.

Cât privește cooperativele de întreprinzător și cele de producție, considerăm că, așa cum rezultă din Codul civil și din *Legea cu privire la antreprenoriat și întreprinderi*, acestea nu sunt societăți comerciale (organizații comerciale). În accepțiunea art.124 CP RM, cooperativele de întreprinzător și cele de producție urmează a fi raportate la categoria „altă organizație nestatală” [15, p. 115].

În virtutea prevederilor alin.(2) art. 73 ale *Legii nr. 149/2012*, pentru comiterea de acțiuni ilegale în exercitarea atribuțiilor, administratorul/lichidatorul poartă răspundere disciplinară, materială, contravențională sau penală, conform legii.

Ținem să subliniem că, administratorul insolabilității și administratorul provizoriu sunt persoane fizice desemnate de către instanța de insolabilitate să exercite atribuțiile prevăzute de lege în perioada de observație, în procesul de insolabilitate și în procedura de restructurare a debitorului, iar lichidatorul este o persoană fizică desemnată de către instanța de insolabilitate să conducă activitatea debitorului în cadrul procedurii falimentului și al procedurii simplificate a falimentului și să exercite atribuțiile stabilite de lege sau de instanța de judecată.

Dacă ar fi să ne referim la cea de-a treia calitate specială care poate să o dețină subiectul infracțiunii prevăzute la alin.(1) art. 252 CP RM, și anume – cea de persoană fizică care practică activitatea de întreprinzător, urmează să subliniem că această calitate o dețin fondatorii întreprinderilor individuale, fondatorii și membrii gospodăriilor țărănești și titularii de patentă de întreprinzător.

Procesul de insolabilitate nu poate fi intentat asupra unei persoane fizice care practică de fapt o ac-

tivitate de întreprinzător, dar nu este înregistrată ca atare. O astfel de persoană poate fi urmărită, pentru obligațiile sale contractuale și cele delictuale, în mod individual, prin acțiunile civile de restituire a datoriei, de daune interese etc.[16, p. 253]

Astfel, o persoană fizică care practică activitatea de întreprinzător, însă această activitate nu este înregistrată, nu poate compărea în calitate de subiect al infracțiunii prevăzute la alin.(1) art. 252 CP RM, dat fiind faptul că în privința ei nu poate fi intentat un proces de insolvență.

Ceea ce este comun pentru toate categoriile de subiecți enumerate mai sus, este calitatea de debitor și anume debitorul în sensul *Legii nr. 149/2012*, nu în sensul dreptului civil.

Așadar, conform art. 2 al *Legii nr. 149/2012*, debitorul este orice persoană, indicată la art. 1 alin. (2), care are datorii la plata creanțelor scadente, inclusiv a creanțelor fiscale, împotriva căreia a fost depusă în instanță de judecată o cerere de intentare a unui proces de insolvență, iar potrivit alin. (2) al art. 1 al aceleiași legi - prezenta lege este aplicabilă persoanelor juridice, indiferent de tipul de proprietate și forma juridică de organizare, întreprinzătorilor individuali, inclusiv titularilor de patentă de întreprinzător, societăților de asigurări, organismelor de plasament colectiv în valori mobiliare, companiilor fiduciare, organizațiilor necomerciale, înregistrate în Republica Moldova în modul stabilit.

În opinia lui V. Stati [17, p. 36], pe care o considerăm absolut întemeiată, împotriva debitorului poate și să nu fie depusă în instanța de judecată o cerere de intentare a unui proces de insolvență. Calitatea de debitor există atât în cazul insolvenței *de-facto* (neconfirmată pe cale judiciară), cât și în situația insolvenței *de-jure*.

Până la intrarea în vigoare a *Legii nr. 180/2014 pentru modificarea și completarea unor acte legislative* [18], care, printre altele, a prevăzut completarea art. 252 CP RM cu alin. (3) și (4), persoana care reprezenta o bancă debitoare putea fi subiect al infracțiunii specificate la alin.(1) art. 252 CP RM. Asta, deoarece, o bancă putea să aibă calitatea de debitor, cu toate că insolvența băncilor nu era reglementată de *Legea insolvenței*, ci de *Legea instituțiilor financiare nr. 550/1995* [19].

În prezent, persoana, care reprezintă o bancă debitoare, poate fi subiect al infracțiunii prevăzute la alin. (3) art. 252 CP RM și, în afară de condițiile generale privind responsabilitatea și vârsta, acesta trebuie să aibă și calitatea specială de administrator al băncii.

Anterior, în art. 3 al *Legii nr. 550/1995*, se explica noțiunea de administrator ca fiind membru al consiliului, al organului executiv, al comisiei de cenzori,

contabilul-șef, conducătorul filialei persoanei, precum și altă persoană investită prin lege sau statut să-și asume obligații, de sine stătător sau împreună cu alții, în numele și în contul persoanei. Suplimentar, art. 21 al aceleiași legi prevedea „...*administratori ai băncii pot fi numai persoane fizice, cu excepția membrilor comisiei de cenzori ale căror împuterniciri pot fi delegate organizației de audit, dacă aceasta nu efectuează controlul de audit al băncii. Aceste persoane trebuie să fie confirmate de Banca Națională înainte de începerea exercitării funcției...*”.

La momentul de față, normele amintite *supra* sunt abrogate începând cu data de 01.01.2018, dată la care intră în vigoare noua *Lege privind activitatea băncilor nr. 202/2017* [20], care, la rândul ei, nu conține reglementări privind noțiunea de administrator.

Cu toate acestea, o definiție suficient de clară a noțiunii de *administrator al băncii* o găsim în pct. 3 al anexei la *Hotărârea BNM nr.203/2017* [21], care stabilește că „*prevederile prezentului regulament se aplică următorilor administratori: 1) administratori ai băncii: a) membrii consiliului băncii; b) membrii comisiei de cenzori ai băncii; c) membrii organului executiv al băncii, inclusiv președintele, vicepreședintele; d) contabilul-șef al băncii, contabilul-șef adjunct al băncii, în cazul în care această persoană va exercita obligațiile contabilului-șef al băncii; e) conducătorul filialei băncii, conducătorul adjunct al filialei băncii, în cazul în care această persoană va exercita obligațiile conducătorului filialei băncii; 2) administratori ai filialei băncii străine: a) conducătorul filialei băncii străine, adjunctul conducătorului filialei băncii străine; b) contabilul-șef al filialei băncii străine, contabilul-șef adjunct al filialei băncii străine, în cazul în care această persoană va exercita obligațiile contabilului-șef al filialei băncii străine; 3) lichidatorul băncii în proces de lichidare.*”

Legea penală națională, în încercarea de a defini noțiunea supusă analizei, prevede în art. 134¹³ norma de blanchetă în care se stipulează că „*prin administrator al băncii, în sensul art. 191 alin. (2)¹, art. 197 alin. (3), art. 239¹ alin. (2) și art. 239², se înțelege persoana definită astfel prin Legea instituțiilor financiare nr. 550-XIII din 21 iulie 1995.*”

Considerăm depășită această reglementare, or, pe de o parte, și infracțiunile prevăzute la alin.(3) art. 252 și alin.(3) art. 335 CP RM, prevăd în calitate de subiect special administratorul băncii, norme care nu se regăsesc specificate în art. 134¹³ CP RM, pe de altă parte, reglementările *Legii nr.550/1995* în ceea ce privește definiția interesată au fost abrogate începând cu 01.01.2018. În acest context, propunem abrogarea art. 134¹³ CP RM.

Pe de altă parte, în ceea ce privește subiectul

infracțiunii prevăzute la alin.(1) art. 253 CP RM, urmează să stabilim că pe lângă semnele generale privind vârsta și responsabilitatea, acesta poate fi numai reprezentantul debitorului care a depus cererea introductivă, concluzie desprinsă din dispozițiile alin.(2) art. 15 al *Legii nr. 149/2012*. Dacă creditorul sau alte persoane împuternicite cu acest drept, depun cerere fictivă de intentare a procesului de insolabilitate, acestea nu vor răspunde conform alin.(1) art. 253 CP RM.

Reieșind din prevederile alin.(2) art. 13 al *Legii nr. 149/2012*, subiect special este, după caz: 1) persoana fizică ce desfășoară activitate de întreprinzător; 2) membrul organului executiv al persoanei juridice ce desfășoară activitate de întreprinzător; 3) persoana care, conform legislației, are dreptul să reprezinte persoana juridică ce desfășoară activitate de întreprinzător; 4) asociatul cu răspundere nelimitată; 5) lichidatorul debitorului (în cazul în care lichidarea debitorului se efectuează în corespundere cu alte acte normative (altele decât Legea insolabilității) [22, p.491].

Din perspectiva sancțiunii faptelor ce prevăd răspunderea penală pentru infracțiunile legate de insolabilitate, persoana juridică nu poate fi subiect și, respectiv, nu poate fi trasă la răspundere pentru faptele sale.

Cu toate acestea, urmează să facem referire la exemplul statului român, care, odată cu introducerea în dreptul penal a răspunderii persoanei juridice, prezumă posibilitatea tragerii la răspundere penală a acesteia și pentru infracțiunile legate de insolabilitate (bancrută frauduloasă).

Legiuitorul moldav a evitat a institui răspunderea penală a persoanei juridice pentru infracțiunile legate de insolabilitate, mai ales că prototipul acestor fapte a fost împrumutat din legislația penală rusă care nu prevede răspunderea penală a persoanei juridice.

În acest sens, considerăm oportună modificarea legislației penale, în sensul posibilității de sancționare a persoanei juridice pentru infracțiunea de insolabilitate intenționată și insolabilitate fictivă, în cazul în care sunt întrunite condițiile pentru antrenarea acestei răspunderi, și anume, dacă aceasta nu a îndeplinit sau a îndeplinit necorespunzător dispozițiile directe ale legii ce stabilesc îndatoriri sau interdicții privind efectuarea unei anumite activități și se constată cel puțin una dintre următoarele circumstanțe: a) fapta a fost săvârșită în interesul persoanei juridice respective de către o persoană fizică împuternicită cu funcții de conducere, care a acționat independent sau ca parte a unui organ al persoanei juridice; b) fapta a fost admisă sau autorizată, sau aprobată, sau utilizată de către persoana împuternicită cu funcții de conduce-

re; c) fapta a fost săvârșită datorită lipsei de supraveghere și control din partea persoanei împuternicite cu funcții de conducere.

Concomitent, urmează să subliniem că, tragerea la răspundere a persoanei juridice pentru infracțiunile legate de insolabilitate nu urmează să înlăture tragera la răspundere penală și a persoanei fizice, care urmează să survină în mod inevitabil, or, anume o persoană fizică (sau mai multe) se face responsabilă de săvârșirea unei infracțiuni în interesul sau în legătură cu activitatea persoanei juridice.

În acest sens, propunem ca sancțiunea art. 252 și 253 CP RM să cuprindă și pedeapsa pentru persoana juridică, care să se manifeste prin amendă și privarea de dreptul de a exercita o anumită activitate, iar agravantele, cu posibilitatea de lichidare a persoanei juridice.

Concluzionând cele expuse, urmează să stabilim următoarele:

- Subiectul infracțiunilor legate de insolabilitate este persoana fizică responsabilă, care a împlinit vârsta de 16 ani și care, fie este debitor – în cazul debitorului persoană fizică, fie este reprezentant al debitorului – în cazul debitorului persoană juridică.

- Nu poate fi subiect al infracțiunilor prevăzute la art. 252 și 253 CP RM, persoana juridică, concluzie dedusă din sancțiunea normelor analizate.

- Ceea ce este comun pentru toate categoriile de subiecți ai infracțiunilor legate de insolabilitate, este calitatea de debitor și anume debitorul în sensul *Legii nr. 149/2012*, nu în sensul dreptului civil, însă calitatea de debitor există atât în cazul insolabilității *de-facto* (neconfirmată pe cale judiciară), cât și în situația insolabilității *de-jure*.

- O persoană fizică care practică activitatea de întreprinzător, însă această activitate nu este înregistrată, nu poate compărea în calitate de subiect al infracțiunii prevăzute la alin.(1) art. 252 CP RM, dat fiind faptul că în privința ei nu poate fi intentat un proces de insolabilitate.

- Considerăm depășită reglementarea art. 134¹³ CP RM și, totodată, propunem abrogarea acestei norme, deoarece, pe de o parte, alin.(3) art. 252 și alin.(3) art. 335 CP RM, prevăd în calitate de subiect special administratorul băncii, norme care nu se regăsesc specificate în art. 134¹³ CP RM, pe de altă parte, reglementările *Legii nr.550/1995* în ceea ce privește definiția interesată au fost abrogate începând cu 01.01.2018.

- Subiectul infracțiunii prevăzute la alin.(1) art. 253 CP RM poate fi numai reprezentantul debitorului care a depus cererea introductivă, astfel, dacă creditorul sau alte persoane împuternicite cu acest drept, depun cerere fictivă de intentare a procesului de in-

solvabilitate, acestea nu vor răspunde conform alin. (1) art. 253 CP RM.

Propunem ca sancțiunea art. 252 și 253 CP RM să cuprindă și pedeapsa pentru persoana juridică, care să se manifeste prin amendă și privarea de dreptul de a exercita o anumită activitate, iar agravantele, cu posibilitatea de lichidare a persoanei juridice.

Referințe bibliografice

1. Codul penal al Republicii Moldova nr. 985-XV din 18.04.2002. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 128-129/1012 din 13.09.2002

2. Botnaru S., Grama M., Șavga A. și al. Drept penal. Partea Generală. Vol.I. Chișinău: Tipografia Centrală, 2012. p. 205

3. Антонян Ю.М., Бородин С.В. Преступность и психические аномалии. Москва: НАУКА, 1987. С. 123-124

4. Botnaru S. Categoriile „capacitate psihică” „discernământ”, „vinovăție” și „responsabilitate” în dreptul penal. În: Revista Națională de Drept, 2013, nr.11, p.42-45

5. Moldovan A. Drept penal. Partea Generală. Brașov: Lux Libris, 2009, p. 69

6. Павлов В.Г. Субъект преступления. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2001. С. 103

7. Botnaru S. Categoriile „capacitate psihică” „discernământ”, „vinovăție” și „responsabilitate” în dreptul penal. În: Revista Națională de Drept, 2013, nr.11, p.42

Grama M. Aspecte generale ale iresponsabilității în dreptul penal. În: Studia Universitas, 2007, nr.3, p.139

8. Bulai C. Manual de drept penal. Partea Generală. București: ALL, 1997, p. 209

9. Legea nr. 149 din 29.06.2012. Publicată la 14.09.2012 în Monitorul Oficial nr. 193-197 art nr : 663 Data intrării în vigoare : 13.03.2013

10. S. Brînză, V. Stati. Drept penal. Partea specială. Volumul II. Tipografia Centrală. Chișinău 2011, p. 832

11. Codul civil al Republicii Moldova, adoptat de Parlamentul Republicii Moldova la 06.06.2002//Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2002, nr. 82-86

12. Roșca N., Baieș S. Manual „Dreptul afacerilor”. Ediția a III-a, Chișinău, 2011, p. 106

13. Brînză S., Stati V. Drept penal. Partea Specială. Vol. II. Chișinău: Tipografia Centrală, 2011, p.917

14. Legea nr. 837 din 17.05.1996 cu privire la asociațiile obștești. Publicat : 02.10.2007 în Monitorul Oficial Nr. 153-156BIS

15. R. Popov. Subiecții speciali ai infracțiunilor prevăzute în capitolul XVI din partea specială a Codului penal. În Revista Științifică a Universității de Stat din Moldova, Studia Universitatis, 2012, nr.8(58), p. 115

16. Roșca N., Baieș S. Manual „Dreptul afacerilor”. Ediția a III-a, Chișinău, 2011, p. 254

17. Stati V. „Răspunderea penală pentru infracțiunile legate de insolvabilitate” Monografie, Chișinău, 2003; p.36

18. Legea Nr. 180 din 25.07.2014 pentru modificarea și completarea unor acte legislative Publicat : 15.08.2014 în Monitorul Oficial Nr. 238-246 art Nr : 559

19. Legea Nr. 550 din 21.07.1995 instituțiilor financiare. Publicat : 01.01.1996 în Monitorul Oficial Nr. 1 art Nr : 2 Data intrării în vigoare : 01.01.1996

20. Legea Nr. 202 din 06.10.2017 privind activitatea băncilor. Publicat : 15.12.2017 în Monitorul Oficial Nr. 434-439 art Nr : 727 Data intrării în vigoare : 01.01.2018

21. Hotărârea Nr. 203 din 27.07.2017 cu privire la aprobarea Regulamentului cu privire la exigențele față de administrator Publicat : 11.08.2017 în Monitorul Oficial Nr. 289-300 art Nr : 1544

22. V. Stati. Infracțiuni economice. Note de curs. Chișinău, 2014, CEP USM, p.491

DATE DESPRE AUTOR:

Vera URSU,
avocat în cadrul Biroului Asociat de Avocați
„Avolex”, mun. Chișinău
tel. 078 047 639
e-mail: veronyca.ursu@gmail.com

DATA ABOUT THE AUTHOR:

Vera URSU,
lawyer of Associated Law Office „Avolex”,
Chisinau
tel. +373 78 047639
e-mail: veronyca.ursu@gmail.com

CZU: 347.91/.95

PROCEDURA ÎNCUVIINȚĂRII SPITALIZĂRII FORȚATE ȘI A TRATAMENTULUI FORȚAT

Alexandru PRISAC,
Doctor în drept, conferențiar universitar
Angela CORJAN,
Magistru în drept

În acest articol sunt analizate particularitățile esențiale ale procedurii privind încuviințarea spitalizării forțate și a tratamentului forțat. În particular, au fost scoase în evidență aspectele ce țin de competența generală a instanțelor judecătorești la examinarea acestor categorii de cauze civile.

De asemenea, sunt evidențiate acele imperfecțiuni ale legislației Republicii Moldova ce țin de acest fel de procedură civilă. Au fost date soluții la situațiile, care deseori apar în practica judiciară, privind aplicarea normelor de procedură civilă privind instituția juridică respectivă.

Cuvinte-cheie: procedură, probe, psihiatric, forțat, tratament.

PROCEDURE FOR CROSSING SPITALIZATION AND FORCED TREATMENT

Alexandru PRISAC,
Doctor in Law, Associate Professor
Angela CORJAN,
Master in Law

In this article we discuss the essential features of the procedure for the grant of forced hospitalization and forced treatment. In particular, aspects of the general jurisdiction of the courts in the examination of these categories of civil cases were highlighted.

Also, there are evidences of the imperfections of the moldovan legislation related to this kind of civil procedure. Solutions have been given to the situations, which often occur in judicial practice, regarding the application of the rules of civil procedure regarding the respective legal institution.

Keywords: procedure, evidence, psychiatric, forced, treatment.

Introducere. Art. 5 § 1 lit. e) din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, prevede posibilitatea privării de libertate a unei persoane susceptibile să transmită o boală contagioasă, a unui alienat, a unui alcoolic, a unui toxicoman sau a unei persoane care vagabondează. În literatura de specialitate toate aceste situații în ansamblu sunt subsumate unei detenții de ordin medical-social, fiind vorba despre persoane ce prezintă probleme de adaptare la viața în societate, care trebuie protejate adeseori împotriva propriilor acte periculoase, după cum nu arareori comportamentul antisocial pe care-l adoptă poate fi de natură să impună, cel puțin temporar, privarea de libertate [1, p. 272-273]. Totuși această poate avea loc numai pe căile prevăzute de lege.

Metode aplicate și materiale utilizate. Rezultatele cercetării au fost obținute în urma utilizării următoarelor metode de cunoaștere: sinteza, analiza, și comparația. Metoda analitică a contribuit la evidențierea particularităților reglementării acestui fel de

procedură în Codul de procedură civilă al Republicii Moldova.

Rezultatele obținute și discuții. De regulă, potrivit art. 23 alin. (1) din Legea ocrotirii sănătății [2], consimțământul pacientului este necesar pentru orice prestație medicală propusă (profilactică, diagnostică, terapeutică, recuperatorie). Totuși legislația națională admite anumite derogări de la principiul dat în scopul protejării sănătății publice, prin obligarea persoanelor de a urma un tratament coercitiv. Procedura privind încuviințarea spitalizării forțate și a tratamentului forțat reprezintă un instrument de limitare a drepturilor pacientului compatibil cu drepturile fundamentale ale omului.

Spitalizarea forțată și tratamentul forțat ale persoanei în temeiul unei hotărâri judecătorești se admite doar în cazurile prevăzute de lege. Unele dintre acestea sunt:

- efectuarea examinării medicale obligatorii, inclusiv pentru depistarea infecției HIV/SIDA, a sifilisului

și a tuberculozei la persoanele aflate în penitenciare (art. 6 alin. (2) lit. d) din Legea cu privire la drepturile și responsabilitățile pacientului);

- spitalizare și izolare obligatorie (carantină) a persoanelor afectate de infecții contagioase și a celor suspectate de vreo boală infecțioasă ce prezintă pericol social (art. 6 alin. (2) lit. e) din Legea cu privire la drepturile și responsabilitățile pacientului);

- în caz de refuz la asistență medicală, exprimat de reprezentantul legal al pacientului (ruda apropiată), când o atare asistență este necesară pentru salvarea vieții pacientului, organele de tutelă și curatelă au dreptul, la solicitarea organizațiilor medicale, de a se adresa în instanța judecătorească pentru protecția intereselor persoanei bolnave (art. 13 alin. (7) din Legea cu privire la drepturile și responsabilitățile pacientului);

- bolnavii de tuberculoză în formă activă care se sustrag de la tratament benevol, încalcă regimul prescris ori abuzează de băuturi alcoolice sau folosesc substanțe stupefiante sunt trimiși la tratament coercitiv, în modul prevăzut de legislația în vigoare (art. 44 alin. (2) din Legea ocrotirii sănătății);

- persoanele care suferă de boli venerice sunt supuse unui examen medical și tratament obligatoriu în instituțiile curativ-profilactice respective, precum și supravegherii prin dispensarizare până la vindecare. În caz de sustragere de la examenul medical și tratamentul benevol, persoanele vor fi supuse unui examen și unui tratament coercitiv în staționarul de boli venerice (art. 45 alin. (1) și (4) din Legea ocrotirii sănătății).

Cererea de spitalizare forțată și tratament forțat al persoanei se depune de o instituție medico-sanitară la instanța de la domiciliul persoanei sau de la locul ei de aflare. Până la adresarea în instanța de judecată, legea oferă unităților medico-sanitare, în unele cazuri, și anumite măsuri administrative cu caracter coercitiv pentru a identifica sursele de infecție. Astfel, potrivit art. 45 alin. (6) din Legea ocrotirii sănătății, la solicitarea unităților medico-sanitare, organele de poliție sunt obligate să aducă în unitățile curativ-profilactice respective persoanele care suferă de boli venerice, persoanele referitor la care există date suficiente de a presupune că sunt infectate sau că suferă de boli venerice, precum și persoanele care au venit în contact cu astfel de bolnavi și să acorde acestor unități ajutor la identificarea sursei de infecție.

O particularitate specifică a cererii de spitalizare forțată și tratament forțat este că în ea urmează a fi consemnată legitimitatea solicitării acestei măsuri. Cu alte cuvinte, instituția medico-sanitară urmează să indice argumentele și concluziile cu privire la necesitatea spitalizării forțate și tratamentului forțat.

Toate acestea urmează a fi reflectate în avizul comisiei medicale a instituției medico-sanitare asupra necesității spitalizării forțate și tratamentului forțat, care se anexează la cerere.

Potrivit art. 310 CPC, „(1) Instanța judecătorească examinează, în 3 zile de la data depunerii, cererea de spitalizare forțată și tratamentul forțat. (2) Participarea în ședință de judecată a persoanei a cărei spitalizare se solicită și a reprezentantului instituției medico-sanitare din a cărei inițiativă a fost pornit procesul ce este obligatoriu. (3) În cazul în care se eschivează de a se prezenta în judecată, persoana este adusă forțat în temeiul unei încheieri judecătorești, care nu poate fi atacată cu recurs. (4) Examinarea cauzei privind spitalizarea forțată și tratamentul forțat al persoanei are loc în absența ei dacă sănătatea nu-i permite să se prezinte în ședință de judecată.”

Acest text de lege stipulează anumite reguli speciale privind examinarea cererii de spitalizare forțată și tratament forțat, pe lângă cele generale de examinare a acțiunii civile.

Termenul de examinare a acestei cereri este unul restrâns. Instanța judecătorească examinează, în 3 zile de la data depunerii, cererea de spitalizare forțată și tratament forțat. Rațiunea instituirii unui astfel de termen pornește de la necesitatea de a înlătura pericolul pe care îl prezintă o boală pentru persoana ce urmează a fi tratată și pentru ceilalți membri ai societății. Dacă va fi încălcat acest termen, judecătorul poate fi sancționat disciplinar, ceea ce nu duce la nulitatea actelor de procedură.

În art. 310 alin. (3) CPC nu admite participarea la proces prin reprezentarea persoanei a cărei spitalizare se solicită. Participarea în ședința de judecată a persoanei, a cărei spitalizare se solicită, și a reprezentantului instituției medico-sanitare din a cărei inițiativă a fost pornit procesul este obligatorie. Totuși persoana dată este în drept de a fi asistată în judecată de un avocat.

Persoana a cărei spitalizare se solicită urmează a fi înștiințată despre locul, data și ora ședinței de judecată. În cazul în care se eschivează de a se prezenta în judecată, persoana este adusă forțat în temeiul unei încheieri judecătorești, care nu poate fi atacată cu recurs.

Pot exista situații când persoana a cărei spitalizare se solicită să fie în imposibilitate de a se prezenta din cauza sănătății. În acest caz, examinarea cauzei privind spitalizarea forțată și tratamentul forțat al persoanei va avea loc în lipsa ei.

În conformitate cu prevederile art. 311 alin. (1) CPC, „(1) După ce examinează cererea în fond, instanța judecătorească pronunță o hotărâre motivată prin care admite sau respinge cererea de spitalizare

forțată și tratament forțat. (2) Hotărârea prin care s-a admis cererea constituie temeiul spitalizării forțate și a tratamentului forțat al persoanei pe parcursul termenului stabilit de lege. Hotărârea respectivă nu afectează capacitatea de exercițiu a persoanei.”

Hotărârea judecătorească privind spitalizarea forțată și tratamentul forțat este supusă aceluiași condiții de conținut stipulate în art. 241 CPC. Însă alin. (1) al art. 311 CPC se stipulează o regulă specială privind acest act de dispoziție, în special, referitor la dispozitivul și motivarea ei. Hotărârea prin care se admite sau se respinge cererea de spitalizare forțată și tratament forțat urmează a fi motivată. Astfel, hotărârea nu va consta doar din partea introductivă și dispozitivă, ci va cuprinde toate cele patru părți componente stipulate în art. 241 CPC.

Instanța de judecată poate pronunța fie o hotărâre de admitere, fie de respingere a cererii de spitalizare forțată și tratamentul forțat. Astfel, este imposibilă

pronunțarea unei hotărâri de admitere parțială a acestei cereri.

Pentru a fi supusă spitalizării forțate și tratamentului forțat o anumită persoană este suficientă hotărârea judecătorească în lipsa eliberării unor acte subsecvente de către instanța de judecată.

Hotărârea prin care s-a admis cererea de spitalizare forțată și tratament forțat nu afectează capacitatea ei de exercițiu, întrucât legea admite aceasta numai prin instituirea măsurilor de ocrotire.

Bibliografie

1. Bîrsan C. Convenția europeană a drepturilor omului: comentariu pe articole. Ed. a 2-a, rev., București: Editura C.H. Beck, 2010.
2. Legea ocrotirii sănătății nr. 411-XIII din 28.03.1995. Publicat: 22.06.1995 în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 34/373.

Drept administrativ

UDK: 342.922/304.3

DELICTOLOGICAL CHARACTERISTIC OF PERSONALITY OF JUVENILE OFFENDER

Nikolay VESELOV,

associate professor of the Department of Criminal Law disciplines of the Kriviy Rih Faculty of the National University "Odessa Law Academy", candidate of Legal Sciences,
Associate Professor, Senior Researcher;

Diana CHABANENKO,

3rd year student of Kriviy Rih Faculty of Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs

The article considers the content and purpose of the delictual characterization of the personality of a juvenile offender in the administrative-legal aspect. The purpose of this article is to study the socio-psychological mechanism of behavior of minors who committed administrative misconduct. It has been established that the delictual characterization of the person who committed the administrative offense has many common features with the criminological characteristics of the offender's personality. At the same time, in contrast to crimes, the representation of children often does not form a clear boundary between the unwanted (immoral) behavior and the illegal, constituting the composition of an administrative offense. The main characterizing the juvenile offender is the degree of social deformation and adaptation of this personality. Knowledge about the characteristic features of the personality of a minor offender helps to better determine his guilt and to choose an effective measure of legal reaction to an unlawful act. The consideration of the administrative-legal and socio-psychological aspects of the personality of a juvenile offender is the starting point for improving the juvenile administrative justice, which should be aimed at socializing the child, developing his legal consciousness at the level of an autonomous or, at least, conventional morality.

Keywords: administrative offense, delictology, child, personality, socio-psychological aspect.

ДЕЛІКТОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ОСОБИСТОСТІ НЕПОВНОЛІТНЬОГО ПРАВОПОРУШНИКА

Микола ВЕСЕЛОВ,

доцент кафедри кримінально-правових дисциплін Криворізького факультету Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник

Діана ЧАБАНЕНКО,

студентка 3-го курсу Криворізького факультету Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

У статті розглядається зміст та призначення деліктологічної характеристики особистості неповнолітнього правопорушника в адміністративно-правовому аспекті. Метою цієї статті є вивчення соціально-психологічного механізму поведінки неповнолітніх осіб, які вчинили адміністративні проступки. Встановлено, що деліктологічна характеристика особи, яка скоїла адміністративний проступок має багато спільних рис з кримінологічною характеристикою особистості злочинця. Разом з тим, на відміну від злочинів, в уявленні дітей часто не сформовано чіткої межі між небажаною (аморальною) поведінкою та протизаконною, що становить склад того чи іншого адміністративного правопорушення. Головним, що характеризує неповнолітнього правопорушника є ступінь соціальної деформації і дезадаптації його особистості. Знання про характерні властивості особистості неповнолітнього правопорушника допомагає правильнішому встановленню його форми вини та обранню ефективного заходу правового реагування на неправомірний вчинок. Урахування адміністративно-правових та соціально-психологічних аспектів особистості неповнолітнього правопорушника є вихідною засадою удосконалення ювенальної адміністративної юстиції, яка має бути спрямована на соціалізацію дитини, розвиток її правової свідомості на рівні автономної або, хоча б, конвенціональної моралі.

Ключові слова: адміністративне правопорушення, деліктологія, дитина, особистість, соціально-психологічний аспект.

Articolul examinează conținutul și scopul caracterizării delictuale a personalității unui infractor juvenil din punct de vedere administrativ-juridic. Scopul acestui articol este de a studia mecanismul socio-psihologic al comportamentului minorilor care au săvârșit abateri administrative. Sa constatat că caracterizarea delictuală a persoanei care a săvârșit infracțiunea administrativă are multe caracteristici comune cu caracteristicile criminologice ale personalității infractorului. În același timp, spre deosebire de infracțiuni, reprezentarea copiilor nu formează adesea o limită clară între comportamentul nedorit (imoral) și ilegal, constituind compunerea unei infracțiuni administrative. Caracteristica principală a infractorului juvenil este gradul de deformare socială și adaptare a acestei personalități. Cunoașterea trăsăturilor caracteristice ale personalității unui infractor minor ajută la o mai bună determinare a vinovăției sale și la alegerea unei măsuri eficiente de reacție juridică la un act ilegal. Luarea în considerație a aspectelor administrativ-juridice și socio-psihologice ale personalității unui infractor minor este punctul de plecare pentru îmbunătățirea justiției administrative minore, care trebuie să vizeze socializarea copilului, dezvoltarea conștiinței sale juridice la nivelul unei autonomii sau, cel puțin, moralitatea convențională.

Cuvinte-cheie: infracțiuni administrative, delictologie, copil, personalitate, aspect socio-psihologic

Statement of the problem. The state and society should strive to create conditions that allow the child to have meaningful life in society. Particular attention should be paid to the period of life of adolescents when they are most prone to improper (deviant) behavior (The Beijing Rules, 1985). Every behavior, including delinquent, always has a socio-ethical meaning and evaluation. Such behavior is simultaneously a consequence of the material embodiment of moral qualities and psychological characteristics of the individual. A minor person (child, adolescent) is not an exception to this rule.

Relevance of research topic. The definition of delictual characteristics and the degree of deformation of a person allows to determine further measures of minimization of negative determinants on this person.

Research status. It should be emphasized that the legal science is quite widely represented by criminological studies of the phenomenon of child crime: V. Golina, B. Golovkin, S. Gorlach, D. Vygovsky, V. Vitvitskaya, G. Didkovskaya, O. Dzhuzha, P. Pylypchuk, O. Semerak and others. Instead, the crime is not the only manifestation of deviation among children, although it is most socially dangerous. A significant number of juvenile delinquencies form harmful acts, which in the rules the Code of Ukraine on Administrative Offenses (CUAO) qualify as administrative offenses. Taking into account their share in the general statistics of juvenile delinquents and the high percentage of latency, the damage from such negative actions can not be underestimated. However, the question of the delictual characterization of minors who commit administrative misconduct in scientific circles is less marked.

The purpose of this article is to study the socio-psychological mechanism of behavior of minors who committed administrative misconduct. Accordingly, the research objective is to create an understanding of a juvenile delinquent to further integrate this knowledge into the implementation of administrative

juvenile justice and juvenile prevention. The methodological basis of the study formed the general and special methods of scientific knowledge in their rational totality.

The main material. Condition of juvenile delicacy and administrative misconduct. Analysis of statistical data of the General Prosecutor's Office of Ukraine shows that for five incomplete years (from 2014 to September 2018 inclusive), the number of registered criminal offenses committed by minors or their participation reached almost 29 thousand cases. The number of juvenile offenses committed by administrative offenses is much more complicated. According to the State Statistics Service of Ukraine, only impact measures envisaged by Article 24-1 of the CUAO for 2014-2017 were applied to 66,2 thousand juveniles (data from the Statistical Bulletins «Administrative Offenses» for the relevant years). It should be emphasized that, firstly, only persons who have reached the age of 16 can be brought to administrative liability (while the minimum age for criminal liability is 14 years). And secondly, the law provides for the possibility of applying and specific administrative penalties to such persons, and accordingly, these indicators are included in the general statistics of the persons brought to administrative responsibility of individuals and to distinguish them from the available statistical data does not seem possible. However, even the data given is enough to see more than twice the difference in the number of recorded administrative misconduct and crimes committed by minors.

The highest percentage among recorded juvenile delinquencies is administrative offenses that violate public order and public safety – 50%, as well as administrative offenses that violate the established order of government – 38,9%. Among them, such offenses as «smoking tobacco products in prohibited places» (Article 175-1 CUAO) – 27,1%, «drinking beer, alcohol, low alcohol beverages in prohibited places of law or appearance in drunken places in public places» (Article 178 CUAO) – 16%, «residence

without a passport of a citizen of Ukraine or without registration of a place of residence» (Article 197 CUAO) – 35,68% are leaders among all other offenses. In addition, minors account for a significant number of such offenses as «petty hooliganism» (Article 173 CUAO) – 3,93%, «committing domestic violence» (Article 173-2 KUpAP) – 1,5%. Among other types of juvenile administrative offenses, attention is drawn to «the management of a vehicle by a person who does not have the appropriate documents for the right to manage» (Article 126 KUpAP) – 3,51%, «driving vehicles in a state of intoxication» (Article 130 CUAO) – 2%; «Petty abduction of someone else's property» (Article 51 CUAO) – 1,11%; «Illegal crossing or attempt of illegal crossing of the state border of Ukraine» – 0,84% (Article 204-1 CUAO), «violation of the rules of the traffic that caused damage to vehicles, cargo or other property» (Article 124 CUAO) – 0,84 % etc (Administrative offenses in 2016).

The boundary between administrative misconduct and crime is manifested in the degree of social danger. On the objective side, some offenses are completely identical and differ only in consequence or size of such element as the subject of the offense. Given this, the internal connection that combines the identity of the perpetrator and the offender (in administrative qualifications) is often very close, and the features that characterize these individuals are very similar.

Socio-legal analysis of the identity of a juvenile offender. The personality of the offender is the person of a person who “arbitrarily interrupted a certain node from a plurality of social ties that unite this person with the state and society” (Alaukhanov, 2008). The diversity of relationships, qualities and typical features that determine the identity of the offender, criminology studies in two aspects – legal (criminal) and socio-psychological. It is appropriate to base such division on the basis and for the characterization of the person of the juvenile offender who committed an administrative delinquency. Accordingly, the administrative and legal characteristics of the personality of a juvenile delinquent is based on legal categories such as the type of misconduct, the commission of an offense by a group of persons, repetition, the commission of an offense by a person who previously committed a criminal offense, the harmfulness of a misdemeanor, the material or formal composition of the delict, the type of administrative penalty or measure influence, etc. Important for the administrative-legal characteristic is also the form of guilt, the motivation and purpose of committing an administrative offense, the presence of adult instigators, the consequences of misconduct. Administrative-

legal and delictual qualities demonstrate the degree of social deformation of the child's personality, its special qualities, make it possible to identify the most significant features of such persons, sometimes negative prospects for further criminalization.

Within the socio-psychological analysis of the identity of a juvenile offender, the moral and ethical characteristic of the latter becomes of special significance. In the structure of the individual distinguish biological and physiological, socio-demographic, moral and psychological, social-role features.

The destructive behavior of a person depends on its biological nature, its features. Any external influence on it is refracted through the prism of its biological nature. Do not take this into account – means to ignore the deterministic understanding of human action. However, it should be kept in mind that the biological origin does not contain any ethical or moral element (Criminology, 2009). A child from an adult has a number of anatomical-physiological and mental characteristics. Given these peculiarities, the period of childhood is defined as the most intense stage of human development. The biological age of children is characterized, for example, by the maturity of the skeleton (the course of ossification processes), the level of development of secondary sexual characteristics, functional, morphological and mental maturity (Antonik, Andrianov, 2009). However, the factors presented alone do not identify the child offender personally. On the contrary, given the conditional «imperfection» of the child's body (insufficient physical strength, height), this factor may restrain the child from committing more dangerous delinquents. However, the physiological characteristics of a minor sometimes play a role in committing offenses involving violence against younger or worse peers, but in this case, the main factors of such antisocial behavior are primarily the psychological characteristics of the adolescent. Under the mental component of the person understand the independent inner world: her feelings, perceptions, experiences; strong-willed, intellectual and emotional peculiarities; temperament and character. Some of these qualities and properties have a natural foundation. All of them are relatively stable and individual, which does not preclude their development throughout the life of a person under the influence of its specific living conditions and as a result of diseases. But basically, they change under the influence of upbringing and re-socialization. That is why this component of a person is not a purely psychological beginning, but its psychosocial properties (Criminology, 2009).

«Juvenile offender – a changing and dynamic

person». Even a superficial look on him reveals a strange inconsistency of judgments, conclusions and motives, instability of behavior, illogical behavior and actions, etc. In the psychology of the offender, there is a unity of incompatibility: the duality and contradictory nature of the very basis of the person, its relation to society, to the people around them, to the norms and rules of conduct (Boceliuk, 2010). To diagnose the adequacy of the mental development of an individual, scientists-psychologists rely on the concept of age and individual peculiarities of human mental development. All individuals are in the same society the same degrees of mental development, but pass them in different ways. There are typological and individual differences in the process of development and its results. They are manifested in the functional features of the nervous system, in mental, emotional, moral, volitional qualities, in the needs, interests, abilities and characterological features of children and young people. In the process of development, a unique individual identity is formed (Age Psychology, 2012). It is the psychological and psychological peculiarities of childhood that is the criterion that defines the age of legal responsibility.

The causes of administrative violations of this category of persons depend on the peculiarities of their mental and social development (Kovalchuk, 2007). At the same time, in proceedings on administrative violations, such a question remained without due attention of the legislator. R. Blagout argues that adolescence itself is a significant deviant factor in the life of a minor. The scientist discovers the interconnection of the negative properties of various types of temperament and character peculiarities; proves that certain types of accentuations of character (hyperventil, epileptoid, isteroid, labile, unstable, conformal), as well as delays in mental development and cross-mental development, socially disadapted and addictive behavior have a certain delinquent significance (Blaguta, 2006).

Studying the administrative practice and the materials of registration and prophylactic cases of children taken on the preventive record in some territorial subunits of the juvenile prevention of the National Police of Ukraine gave us grounds to identify the following main groups of juvenile offenders, depending on their individual peculiarities of mental development: a) persons with obvious signs of lagging intellectual component in mental development; b) a person with obvious signs of lagging volitional component; c) persons with adequate mental development, but those who by type of temperament are sanguine or choleric; d) persons with mental acceleration. Of course, the inconsistency

of psychology is inherent in teenagers and, to a certain extent, in adolescence. Moreover, the formation of the personality of this age can proceed only on the basis of overcoming internal contradictions, on the basis of their unity and struggle. It should be emphasized that human mental activity is fully possible through its active communication with other people and social groups. Socio-demographic features include information about gender, age, level of education, occupation, length of service, marital status, place of residence and other data on the social status of individuals. The above signs establish connections of the person of the offender with the typical characteristics of the whole society (Criminology, 2009). As a rule, unlawful acts begin to be committed by juvenile elementary school children, although their proportion in the total number of juvenile offenses is much smaller than that of older adolescents (Bandurk, 2014). The development of a higher level of moral consciousness is associated with the development of intelligence, so it appears not earlier than adolescence, and then only in 10% of people of this age. The child may know how to behave correctly, but for some reason do otherwise (Kulagina, 1999). But most of these acts, if they do not contain signs of a crime, do not come to the attention of statisticians and analysts, since the child acquires administrative capacity only from the age of 16. Among the persons who committed offenses at the age from 16 to 18 years of age, the social status (their immediate environment: family, friends, family ties and relationships between family members) largely determines the nature of such delinquencies. For example, among the persons who compiled administrative materials under Article 44 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses «unlawful purchase, storage of narcotic drugs or psychotropic substances without the purpose of marketing in small quantities» (in 2016 they accounted for approximately 0,5% of all detected juvenile offenses), almost 60% were children from ordinary families of middle income. The facts of such administrative offenses, as a rule, were detected by police at night or at night on the outside of schools, near cafes and discos. It was found that in most cases, such parents do not exercise authority over their children and have no proper influence on them. In addition, the presence of these adolescents in informal groups («companies») has a significant impact on the commission of such offenses. During a confidential interview with such children, some of them acknowledged that the smoking of «weak» narcotic plants in small doses is very often practiced among their acquaintances of adolescents.

Y. Kolosovsky proposes to classify juvenile offenders into four groups according to the nature

of the formation in the last deviant behavior – the first group of offenders should include minors, the formation of whose personality took place in a normal positive environment; to the second - minors, whose formation took place in an environment with certain but not significant moral and emotional deviations; to the third – persons whose formation took place in an unfavorable, contradictory environment; to the fourth – the persons whose formation took place in a completely unfavorable environment (Kolosovsky, 2014).

Personality-role properties are conditioned by the fact that the behavior of a person depends, firstly, on the social positions which she observes in society; and secondly, from the understanding and fulfillment of its own role roles and functions arising from the data of social positions (Criminology, 2009). In this context, it is possible to identify groups of child offenders who evade education that commit acts of violence in the family, leave families or state institutions for orphans, have criminal record for committing criminal offenses, etc. It is among these categories of minors that such violations as smoking tobacco products, drinking alcoholic beverages in prohibited areas of law, or appearing in drunken places in public places, residence without a passport of a citizen of Ukraine or without registration of a place of residence, intentional spoilage of a passport or loss of it with negligence, breach of the border regime, illegal crossing or attempted illegal crossing of the state border of Ukraine, etc.

Children who are in conflict with the law are subject to legal arbitrariness. Set themselves above the requirements of the law, not fully aware that their execution is a necessary obligation. Delictological studies each time confirm the essential specificity of their legal consciousness. Persons committing an offense disclose (hidden or explicit) contempt of the law; they are sure that the law can be bypassed, violated in a particular situation in favor of personal or clan-group interests, counting (sometimes unreasonably) on their own legal impunity (Criminology, 2009). All these properties are also inherent in most of the juvenile offenders.

Conclusions. As for the identity of a juvenile offender, the main thing that characterizes him is the degree of social deformation and maladaptation of his personality. Integration of the child into the social environment and vice versa, disorganization and delictualization of the individual, is usually the only connection with the processes of its organic formation. Social deformation occurs gradually, encompassing all deeply morally spiritual and other important social principles of the personality of a minor. The

process of deformation is accelerated if the child is in an antisocial environment, whether the family or its individual members (for example, a parent or mother, older brothers drink alcoholic beverages, narcotic or psychotropic drugs, have unusual convictions), or a destructive youth subculture whose values are formed on based on drunkenness, drugs, petty mischief, sexual inactivity, and gambling.

Unlike crimes, the representation of children often does not form a clear boundary between the undesirable (immoral) behavior and the illegal, constituting the composition of an administrative offense. Against the background of a high level of marginality, even the adult population of the Ukrainian population has a social danger that children and adolescents, if there is a possibility to avoid punishment, go to commit an offense without undue hesitation. In the future, the absence of internal restraining motives and regulators of behavior leads to the fact that as soon as fear of punishment disappears, or there is the possibility of avoiding legal liability, a person no longer stops anything before committing more dangerous offenses, in particular crimes. Compared to crimes, the deterrent factor in legal liability for administrative offenses is significantly lower, so juvenile offenders often do not think about the consequences of antisocial misconduct. The commission of an administrative offense in childhood is, in many cases, an indicator of a person's tendency to disregard not only moral norms, but also rights. Each of these approaches to the study of the identity of a juvenile offender is undoubtedly important both from a theoretical and a practical point of view. Knowledge about the characteristic features of the personality of a minor offender helps to better determine his guilt and to choose an effective measure of legal reaction to an unlawful act. In some of our previous publications, we have already paid attention to the social reintegration of the influence of juvenile offenders (the Scandinavian model of juvenile justice) within the framework of criminal-legal relations (Veselov, Kovalenko, Ustimenko, 2016). However, such an approach is not unnecessary for the improvement of juvenile administrative and tort relations. The consideration of the administrative, legal and socio-psychological aspects of the personality of a juvenile offender is the starting point for the improvement of juvenile administrative justice, which should be aimed at the socialization of the child, the development of its legal consciousness at the level of the autonomous (moral norms and principles become their own property of the individual, that is, internal) at least, the conventional morality (the source of moral principles remains external, but the child is guided by the correspondence with the surrounding

environment). The statement in this scientific article creates prospects for further research in this direction, namely: analysis of determinants of juvenile administrative delicts; review of the minimum age of administrative liability established by the legislation of Ukraine today and the system of measures of influence on such persons; bringing standards of proceedings in cases of administrative violations of minors to the requirements of international norms, etc.

References

1. Administrativni pravoporushennia u 2016 rotsi [Administrative Offenses in 2016]. (2017). Statistical Bulletin. Kyiv: Derzhavna sluzhba statystyky Ukrainy. [in Ukrainian].
2. Alauhanov, E. (2008). Kriminologija [Criminology]. Almaty. [in Russian].
3. Antonik, V. I., Antonik, I. P., Andrianov, V. Y. Anatomiiia, fiziologiiia ditei z osnovamy hihiieny ta fizychnoi kultury [Anatomy, physiology of children with the basics of hygiene and physical culture]. (2009). Kyiv: «Vydavnychiy dim «Profesional», Tsentri uchbovoi literatury. [in Ukrainian].
4. Bandurka, I. O. (2014). Kryminolohichna kharakterystyka osobystosti nepovnitnoho zlochyttsia [Criminological characteristic of the identity of a juvenile offender]. *Nashe pravo*, no. 6, pp. 92-100. [in Ukrainian].
5. Blaguta, R. I. (2006). Psykholohichni zasady profilaktyky delinkventnosti nepovnitnikh [Psychological aspects of preventive measures delinquency]. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kyiv, KNUVS. [in Ukrainian].
6. Bocheliuk, V. Y. (2010). Yurydychna psykholohiiia [Legal psychology]. Kyiv: Tsentri uchbovoi literatury. [in Ukrainian].
7. Golina, V. V. (Eds.). (2009). Kryminolohiiia: Zahalna ta Osoblyva chastyna [Criminology: General and Special Parts]. Kharkiv, Pravo. [in Ukrainian].
8. Kolosovsky, E. Y. (2014). Administrativna vidpovidalnist nepovnitnikh [Administrative Juvenile responsibility]. *Extended abstract of candidate's thesis*. Irpin, NUDPSU. [in Ukrainian].
9. Kovalchuk, Y. I. (2007). Nepovnitni yak subiekt administrativnoi vidpovidalnosti [Teenager as the subject of administrative responsibility]. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kyiv, In-t derzhavy i prava im. V. M. Korytskogo. [in Ukrainian].
10. Kulagina, I. J. (1999). Vozrastnaja psihologija: razvitie rebenka ot rozhdenija do 17 let [Developmental psychology: child development from birth to 17 years]. Moskva, Izd-vo URAO. [in Russian].
11. Sergieienkova, O. P., Stoliarchuk, O. A., Kokhanova, O. P., Pasieka, O. V. (2012). Vikova psykholohiiia [Age psychology]. Kyiv, Tsentri uchbovoi literatury. [in Ukrainian].
12. United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice («The Beijing Rules»): Adopted by General Assembly resolution 40/33 of 29 Nov. 1985. URL: <http://www.ohchr.org/Documents/Professional/Interest/beijingrules.pdf>. [in English].
13. Veselov, M. Y., Kovalenko, P. O., Ustyenko, A. V. (2016) Kryminalne provadzhennia shchodo nepovnitnikh: porivnialnyi analiz mizhnarodnoho i natsionalnoho (ukrainskoho) pravovoho rehuliuвання [Criminal proceedings against minors: comparative analysis of international and national (Ukrainian) legal regulation]. *Aktualni pytannia publicnogo ta pryvatnoho prava*. no. 3, pp. 83–87. [in Ukrainian].

INFORMATION ABOUT AUTHORS

Nikolay Yuryevich VESELOV,
associate professor of the Department of Criminal
Law disciplines of the Kriviy Rih Faculty of the
National University “Odessa Law Academy”,
candidate of Legal Sciences, Associate Professor,
Senior Researcher;
orcid.org/0000-0002-3963-2764
veselovndl@ukr.net

Diana Serhiivna CHABANENKO,
3rd year student of Kriviy Rih Faculty of
Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs.
orcid.org/0000-0001-7086-9500
diankachabanenko@gmail.com

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРІВ
Микола Юрійович ВЕСЕЛОВ,
доцент кафедри кримінально-правових
дисциплін Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична
академія», кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник;
orcid.org/0000-0002-3963-2764
veselovndl@ukr.net

Діана Сергіївна ЧАБАНЕНКО,
студентка 3-го курсу Криворізького факультету
Дніпропетровського державного університету
внутрішніх справ.
orcid.org/0000-0001-7086-9500
diankachabanenko@gmail.com