

**„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. 270 din 31.10.2013 a Consiliului Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică și a Consiliului Suprem pentru Acreditare și Atestare al AȘM

Журнал включен в Национальный реестр профильных научных журналов совместным решением № 270 от 31.10.2013 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. 270 of 31.10.2013 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(47) 2021

**Redactor-șef Valeriu Bujor, doctor în drept,
profesor universitar**

Redactor științific O. Bejan, doctor în drept

Colegiul de redacție:

G. Alecu, doctor în drept, prof. univ., (România, Constanța); L. Arsene; Gh. Botnaru; L. Buga, doctor în drept; M.C. Firica, dr., prof. univ., (România); V. Guțuleac, doctor în drept, prof. univ.; I. Guceac, Doctor habilitat în drept, profesor universitar; E. Haritonov, doctor în științe juridice, profesor, membru-corespondent al Academiei de Drept din Ucraina, (Ucraina, Odesa); I. Iațenko, doctor în științe juridice, profesor, academician, (Federația Rusă, Moscova); V. Pleșakov, doctor în științe juridice, profesor, (Federația Rusă, Moscova); V. Șepitko, doctor în științe juridice, profesor, membru corespondent al Academiei de Drept din Ucraina, (Ucraina, Harkov); Al. Tighineanu, doctor în drept; Dj. Vasilo, doctor în drept.

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

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА,
ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Octavian BEJAN. Despre înfriparea statalității
Moldovenești după datele lui Cantemir..... 5

Дем’ян СМЕРНИЦЬКИЙ. Технічне право:
міжгалузевий інститут права10

Наталія ФЕДІНА, Вікторія ЧЕРЕВКО.
Забезпечення верховенства права
у процесі здійснення правосуддя.....15

КОНСТИТУЦИОННОЕ
И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

Сергій ХАЛЮК. Принципи справедливості
та гуманізму як складові елементи
конституційно-правового статусу Вищої
ради правосуддя.....20

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Maria GRĂU-PANȚUREAC. Organele
abilitate cu soluționarea litigiilor electorale
în Republica Moldova.....25

Іван ПАЛАМАРЧУК. Щодо публічного
 правонаступництва в діяльності правоохоронних
органів України..... 33

Галина ПУЗАНОВА. Теоретичні проблеми
законодавчого регулювання митного компромісу
в Україні..... 38

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Анжеліка ШЕРЕМЕТ. Організаційні передумови
процедури медіації.....45

ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Ганна ШОВКОПЛЯС. Сучасні тенденції
розвитку недержавного регулювання на ринках
небанківських фінансових послуг України.....50

УГОЛОВНОЕ ПРАВО,
УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

Victor GUȚULEAC, Valeria MAMALIGA.
Responsabilitatea și răspunderea – metode
de bază privind asigurarea legalității în procesul
activității polițienești.....57

Victor GUȚULEAC, Elena COMARNIȚAIA,
Igor SPÎNU. Coraportul dintre obligațiile
și împuternicirile Inspectoratului General
de Carabinieri ca subiect al activității polițienești.....62

Ольга УСТЮЖАНИНОВА. Методологічні засади
функціонування Державної кримінально-виконавчої
служби України.....72

Наталія ФЕРЬСВА. Характеристика злочину –
погроза або насильство щодо начальника
за законодавством окремих держав світу.....78

УГОЛОВНИЙ ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА

Александр БАБИКОВ. Особенности фиксации
контроля за совершением преступления
в процессуальном законодательстве Украины.....84

Олена ГАРАСИМІВ, Олена РЯШКО. Взяття
під варту як запобіжний захід у кримінальному
провадженні..... 89

Леся СТРЕЛЬБИЦЬКА. Правове
регулювання статусу засудженого
у кримінально-процесуальному законодавстві
України часів радянської доби..... 94

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

Daniel CRISTEA. Standarde Europene privind
protecția datelor cu caracter personal 100

Теория и история государства и права, философия права

CZU 342.3+821.135.1(478).09

DESPRE ÎNFIRIPAREA STATALITĂȚII MOLDOVENEȘTI DUPĂ DATELE LUI CANTEMIR

Octavian BEJAN,
doctor în drept, criminolog,
Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

REZUMAT

Știința nu s-a lămurit pînă la capăt cu înfiriparea Moldovei. Această nelămurire face mult rău vieții obștești și legăturilor dintre țări. Se cer noi încercări de a aduce lumină asupra acestei laturi a țării noastre. Pentru a izbuti, am ales datele din cartea *Descrierea Moldovei*, scrisă de Dimitrie Cantemir. Am folosit metoda analizei de conținut (metodă empirică) și metoda construcției abstracte (metodă teoretică). Ca urmare a cercetării înfăptuite, am descoperit că tălmăcirea datelor din lucrarea pomenită nu și-a atins, nici pe de parte, capătul și că pot să fie dezvăluite multe alte cunoștințe despre înfiriparea statalității moldovenești și despre trecutul și ființa neamului nostru. De asemenea, tâlcuirile noastre adevăresc teoria domnului Andrei Groza și dau peste cap toate teoriile cu care ne-am obișnuit, în afară de părerile unor oameni de știință, care n-au fost însă dezvoltate pînă la o teorie științifică cuprinzătoare. După părerea noastră, se cere să ne punem întrebări despre măsura în care editorii acestei cărți o lasă așa cum a fost ea scrisă de Dimitrie Cantemir.

Cuvinte cheie: Moldova, statalitate, Cantemir.

SUR LA CONSTITUTION DE L'ÉTAT MOLDAVE D'APRÈS LES DONNÉES DE CANTEMIR

Octavian BEJAN,
docteur en droit, criminologue,
Institut des Sciences Criminelles et Criminologie Appliquée

RÉSUMÉ

La science n'a pas éclairé jusqu'au bout la constitution de la Moldavie. Cette incertitude fait beaucoup de mal à la vie sociale et aux relations entre pays. Sont nécessaires nouvelles tentatives d'apporter de lumière sur ce côté du notre pays. Pour réussir, nous avons choisi les données comprises dans le livre « Description de la Moldavie », écrit par Dimitrie Cantemir. Nous avons utilisé la méthode de l'analyse du contenu (méthode empirique) et la méthode de la construction abstraite (méthode théorique). À la suite de la recherche accomplie, nous avons découvert que l'interprétation des données présentées dans l'ouvrage mentionnée n'a pas attendu, presque, sa fin et qu'on peut y trouver beaucoup d'autres connaissances sur la constitution de l'état moldave et sur le passé et l'être de notre nation. Aussi, nos interprétations confirment la théorie de Monsieur Andrei Groza et renversent toutes les théories habituelles pour nous, moins les opinions de certains chercheurs, qui n'ont pas été développées jusqu'une théorie scientifique complète. Selon notre opinion, il faut se poser des questions sur la mesure dont les éditeurs de ce livre ne changent pas la forme et le contenu originel.

Mots clés: Moldova, état, Cantemir.

Problema. Statalitatea Moldovei și, ca urmare, a tuturor urmașilor acesteia, adică Basarabia, România, Republica Sovietică Socialistă Moldovenească și Republica Moldova nu încetează să stîrnească dezbatere aprinsă în lumea cercetătorilor științifici ai trecutului și ai celor din ramura dreptului. Această frământare din lumea științifică ne spune că cercetările de pînă acum nu au adus destulă lumină în această privință. Se cere, deci, a desfășura noi și noi cercetări științifice, pînă la o limpezime

îndestulătoare. De aceea, am întreprins o cercetare științifică, ale cărei descoperiri le înfățișăm în această lucrare.

Actualitatea temei de cercetare. Republica Moldova este răvășită de păreri opuse despre înfiriparea Țării Moldovei și, ca urmare, despre obîrșia și viitorul Republicii Moldova. Aceste ciocniri de păreri și de tendințe au năpădit întreaga obște, vîdindu-se în știință, cultură, învățămînt, ziaristică, politică, economie și chiar în viața de zi cu zi. Ele tulbură pacea

obștească și împiedică dezvoltarea obștii. Suferă și oamenii, căci le strică unora soarta. Mai mult decât atât, se iscă neînțelegeri între unele țări, îndeosebi între Republica Moldova, România, Ucraina și Federația Rusă. Neînțelegerile dintre aceste state aduc, din când în când, flacăra războiului în această parte a lumii. Nu poate să fie ruptă de această nodea [1] nici dezbinarea Republicii Moldova, adică nesupunerea locuitorilor din partea stîngă a Nistrului.

Scopul și sarcinile cercetării. Cercetarea științifică, ale cărei descoperiri au fost cuprinse în această lucrare, a urmărit scopul de a căpăta noi cunoștințe despre înfiriparea Moldovei ca un stat de sine stătător. Pentru a atinge acest scop, a fost prevăzută îndeplinirea următoarelor sarcini: a) a fructifica într-o măsură mai mare *Descrierea Moldovei*, făcută de Dimitrie Cantemir, și b) a lărgi înțelegerea moștenirii științifice deosebite pe care a lăsat-o academicianul Dimitrie Cantemir.

Metodele aplicate și materialele folosite. Pentru înfăptuirea cercetării științifice, ale cărei descoperiri sînt împărtășite lumii științifice în lucrarea noastră, am folosit metoda analizei de conținut, care a țintit cartea *Descrierea Moldovei*, scrisă de Dimitrie Cantemir, domnitor al Moldovei, și metoda construcției abstracte, cu care au fost tălmăcite faptele din cuprinsul acestei lucrări științifice. Am ales această lucrare, deoarece Dimitrie Cantemir a fost și cercetător științific, și domnitor al țării, ceea ce înseamnă că a cunoscut multe din scaunul de domn, dar și le-a cernut și înfățișat cu obiectivitate științifică.

Rezultatele obținute și dezbateri. *Descrierea Moldovei* este o mare comoară pe care ne-a lăsat-o moștenire Dimitrie Cantemir. Ea nu și-a pierdut scîlpirea nici după atîtea veacuri și ne îndoim că o va pierde vreodată.

Cartea despre care vorbim este cu atît mai prețioasă, cu cît puțini înaintași au lăsat după ei lumină asupra timpurilor pe care le-au trăit sau despre care au aflat de la alții, mai cu seamă de la cei care le-au cunoscut.

Este o lucrare care cuprinde date alese cu multă înțelegere a lucrurilor și cugetări făcute cu o mare putere de gîndire. Partea covîrșitoare a lucrărilor științifice de astăzi, cînd știința pare să fi atins o înflorire nemaipomenită, pălesc vădit în fața ei.

Despre tendința cercetătorului de a cunoaște limpede starea de fapt ne vorbește, bunăoară, următoarea frîntură din cartea sa strălucită: „Moldova se întinde în lățime de la 44o 54' pînă la 48o și 51'. Lungimea ei este nehotărîtă dar cei mai mulți geografi așează marginea ei apuseană, care atinge Transilvania, la 45o 35'; capătul ei dinspre răsărit, care face un unghi ascuțit la Akerman, numită de locuitori Cetatea Albă, îl socotesc la 53o 22'.”

Strălucește lucrarea lui Cantemir și sub latura frumuseții limbii în care a fost scrisă. Rar dai de așa scrieri măiestre. Iată cîteva pilde: „Toată țara pe care o numim astăzi Moldova”, „După ce acest popor pierdu pe regele Decebal”, „Cea mai mare parte a Moldovei noastre, așezată între Dunăre și Prut” sau „cînd cercetă ținuturile învecinate și găsi cîmpuri roditoare cu ape îmbelșugate, tîrguri, cetăți întărite, dar părăsite de locuitori, povesti alor săi despre cele descoperite”.

Este o nimica toată ceea ce s-a înțeles pînă acum din această scriere științifică. Nici tălmăcirile noastre, pe care le înfățișăm în rîndurile care urmează, nu pot să umple acest mare gol. Socotim că cercetătorii științifici din toate ramurile științei trebuie să pună umărul la descoperirea tuturor înțelesurilor și tîlcuirea tuturor datelor cuprinse în această lucrare atît de știută, dar atît de puțin înțeleasă.

Această carte este o scriere de frunte printre toate cîte au fost făcute vreme de mii de ani.

Descrierea Moldovei, făcută de academicianul Dimitrie Cantemir, aduce lumină și asupra înfiripării statului Moldova. Anume asupra acestei laturi s-a îndreptat cercetarea noastră, ale cărei descoperiri le înfățișăm în această lucrare.

Cantemir îmbrățișează părerea celor care socotesc că neamul nostru se trage din romani. El zice următoarele: „În epoca următoare, cînd Imperiul Roman a început să decadă, barbarii – și anume sarmații, hunii și goții – au pustiiit Moldova de mai multe ori și au silit pe coloniștii romani să fugă în munți, ca să caute loc de adăpost împotriva cruzimii lor, în partea muntoasă a Maramureșului. După ce au viețuit acolo cîteva sute de ani, apărați ca într-o cetate naturală, cu voievozii și legile lor, deoarece populația s-a înmulțit peste măsură, Dragoș, un fiu al voievodului lor Bogdan, se hotărî în cele din urmă către anul să cuteze un marș peste munți, spre răsărit, însoțit la început numai de trei sute de oameni, ca și cum ar pleca la vînătoare.”

Se pare că Cantemir s-a oprit la această părere, pentru că era cea mai răspîndită și părea cea mai întemeiată din cele auzite și citite de el. Putem să vorbim acum despre un alt trecut al țării, în lumina descoperirilor științifice făcute de puțin timp de către Andrei Groza [2], dar și de către noi [3; 4]. În lumina acestor descoperiri științifice capătă tărie și limpezime și descoperirile altor oameni de știință, ale celor care s-au opus teoriei romanizării și latinității.

Nu i-a scăpat învățatului nostru nici faptul că locuitorii din părțile noastre sînt numiți în tare multe feluri, un fapt de mare însemnătate după socotințele noastre. Caută să limpezească cîtuși de puțin această pestriție, grăind despre „felurile numiri date de hoardele care s-au perindat pe cursul vremii”. După ce a citit numeroase cărți în felurite limbi, din cele

mai vechi sau mai noi, marele nostru cărturar ne înștiințează că grecii ne numeau „cînd geți, cînd daci”, dar că „sub stăpînirea romanilor s-a statornicit numirea de daci”, turcii numeau „țările supuse” după numele cîrmuitorului (bunăoară, Moldova a fost numită Bogdan de aceștia). Cantemir ne mai spune următoarele în această privință: „Întoarsă în acest chip stăpînitorilor de odinioară, țara își pierdu, odată cu legile trase din dreptul civil roman, și numele dacic și latinesc și atît străinii, cît și locuitorii ei înșiși îi ziseră Moldova, după apa Moldei.” Să înțelegem că aceste pămînturi și-au păstrat, timp de peste o mie de ani, numele Dacia, chiar dacă au fost locuite ba de sarmați, ba de huni, ba de goți?

El ne spune că Ungaria de astăzi era locuită de geți, cel puțin pînă și în timpul stăpînirii romane, făcînd deosebire între Ungaria și Transilvania.

După cum spuneam, ivirea Moldovei este legată de înmulțirea romanilor, care s-au ascuns în munți, cei din Maramureș, atunci cînd împărăția romană a crăpat, și nevoia de-a se întinde pe noi pămînturi, care s-au golit între timp de prădătorii de odinioară (sarmați, huni și goți, după Cantemir). Privitor la sarmați, vom spune că marea care acoperea pămînturile moldovenești este numită Sarmată (Sarmatică). Această denumire poate să se tragă din cuvîntul sare. Vedem o legătură între toate aceste cuvinte, nu numai de sunete, ci și de înțeles. Atunci cînd vorbește despre trecutul nostru și al lumii, Cantemir îi pomenește pe sciți, sarmați, huni și goți. Este de neînțeles însă cum aceste neamuri, care au fost numeroase și au stat pe pămînturi întinse, și-au pierdut urma atît de ușor. Mai întemeiate ni se par vederile lui Andrei Groza în această privință, dar și a altor cercetători științifici.

Cantemir ne mai spune că „După aceea, cînd cercetă ținuturile învecinate și găsi cîmpuri roditoare cu ape îmbelșugate, tîrguri, cetăți întărite, dar părăsite de locuitori, povesti alor săi despre ceea ce descoperise, îndemnîndu-i să pună stăpînire pe pămîntul acesta atît de roditor.” Nu este deloc limpede. Orașele și cetățile repede se dărîmă atunci cînd sînt părăsite. Vedem ce se întîmplă în satele noastre de azi. Vedem ce se întîmplă și cu orașele părăsite (bunăoară, Detroit în Statele Unite ale Americii, după închiderea uzinei de mașini). Cum au rămas oare ele neatînse? De ce locuitorii ar părăsi niște locuri atît de roditoare?

Ni se pare că Cantemir descrie cel mai bine înfiriparea Moldovei. Ceilalți au făcut-o strîmb, deși au plecat de la cele scrise de acesta. Ca urmare, cele întîmplate par mai curînd o poveste. Este de vină, pe semne, slaba gîndire științifică a acestora, chiar dacă au luat doctorate și au ajuns academicieni. Poate că ei au vrut să înlătore unele nepotriviri, dar s-au încurcat mai tare în spusese lor.

Așa cum o face de obicei, Cantemir caută și de această dată dovezi, dincolo de mărturiile înaintașilor sau de scrierile din străinătate. El face legături între întîmplări (căutare, vînătoare ș.a.) și locuri, (Maramureș, răsărit ș.a.), nume (Molda, Roman ș.a.), vietăți (zimbru, cățea ș.a.), însemne (stemă)... Nelămuriri rămîn întotdeauna în toate, așa că nu puteau să lipsească nici din cele gîndite și scrise de Cantemir, bunăoară: Cît de mulți erau cei veniți? De ce s-au întins pe aceste pămînturi? De ce s-au oprit unde s-au oprit cu înaintarea (doar pămînturile de peste Prut nu se aflau sub stăpînirea unei alte țări, abia după înființare au fost cuprinse în statul moldovenesc, fără ca cineva să tăgăduiască această alipire)? De ce hotarele țării erau atît de bine trase de la bun început? De ce nu vorbeau latina, odată ce au stat ascunși de năvălitori? De ce s-au lăsat de normele din dreptul civil roman, de care s-au călăuzit mii de ani? ...). Nenumărate alte nepotriviri au fost văzute de alți cercetători științifici ai trecutului nostru. În ceea ce privește teoria îmbrățișată și înfățișată de Cantemir, vom adăuga încă două socotințe, care ni se par mai însemnate. Una ține de faptul că și pe pămîntul cuprins de Moldova sînt munți, în care au putut să se aciuzeze și să se ferească de năvăliri romanii, iar cealaltă ține de Muntenia, care se numea Țara Rumînească și care s-a ivit înaintea Moldovei, deși nu la mare depărtare (loc și timp), dar despre care Cantemir nu pomenește nimic. Este adevărat că el spune că și moldovenii, și muntenii erau numiți de străini „akvlach” (turci și tătari) sau „vlahi, adică valși sau italieni” (leși și ruși), ceea ce înseamnă că erau socotiți de același neam sau un tot întreg, deși nu era vreo țară care să-i unească altfel decît prin sînge, limbă, obiceiuri... Trebuie să nu scăpăm din vedere faptul că limba italiană și latină se aseamănă cel mai mult cu limba vorbită de moldovenii și muntenii. Ne spune multe și faptul că muntenii își numeau țara Țara Rumînească, iar moldovenii le-o numeau Muntenia. De ce? Pentru că și moldovenii se socoteau ca neam rumîni. Nu le plăcea că muntenii au pus numele neamului în numele țării, cu toate că această țară nu-i cuprindea pe toți rumîni sau, mai bine spus, pe toți vorbitorii de rumînă, avînd în vedere teoria domnului Groza. Muntenii s-au gîndit însă că ceilalți rumîni se vor alipi cu timpul la noua țară înființată, ceea ce nu s-a întîmplat mult timp. Din opus, s-a înfiripat o nouă țară – Moldova. Nici de această dată Cantemir nu vorbește despre ardeleni (ar + deal), deși aceștia vorbeau aceeași limbă ca moldovenii și muntenii, mai puțin ungerii care s-au aciuat printre ei, cei mai mulți aflîndu-se la mare depărtare de Ungaria de astăzi, deci de partea covîrșitoare a ungerilor. Poate că i s-a părut că cititorul va face singur legătură între toate aceste lucruri... În fapt, urmașii nu prea s-au lămurit în această privință, iscîndu-se numeroase

tălmăciri opuse. De adăugat că, de rînd cu numele de *akvlach* și *vlah*, se întîlnește și numele de valah, alcătuit după părerea noastră din cuvîntul *val* (val + ah), după valurile de apărare înălțate de romani, care sînt cunoscute și cu numele *valul lui Traian*. Și acest fapt ne spune că muntenii și moldovenii erau priviți, pînă la alcătuirea țărilor, ca un tot întreg. Însuși Cantemir folosește numele „Valahia” în scrierea sa. Numele *vlah* și cele asemănătoare vin, mai curînd, de la străini, care au preschimbato numele *valah*, în felul în care le venea mai ușor să rostească în limba lor. Unii străini nu au schimbat rostirea. Această numire ne mărturisește că oamenii din trecut, chiar și cei fără carte, știau bine locurile, oamenii și trecutul acestora. Nu erau atît de înapoiți pe cît li se pare sau le place să creadă unora.

Privitor la Basarabia, Cantemir spune următoarele: „Fiindcă o parte a țării este muntoasă, și anume cea dinspre Transilvania, iar cealaltă este șes, anume cea dinspre Ucraina leșească, Basarabia și Dunăre, clima nu este la fel peste tot.” După cum vedem, cercetătorul nu pune Ardealul în cuprinsul Ungariei, iar Basarabia – în cuprinsul unei alte țări. Cantemir le privește ca pe niște pămînturi de sine stătătoare, așa cum erau privite, mai curînd, de toată lumea și așa cum au fost și cele din Muntenia și Moldova, pînă la înființarea acestor țări. Ardealul nu îl numește cu un cuvînt unguresc, în timp ce pe Basarabia o numește cu un cuvînt de-al nostru, și ca alcătuire, și ca înțeles istoric. Prin urmare, se cere o nouă vedere a lucrurilor în această privință. De altfel, nici nu este un cuvînt unguresc care să numească pămînturile din Ardeal. Ungurii au folosit cuvîntul rumînesc Ardeal (ar + deal), prefăcîndu-l așa, încît să se potrivească cît mai bine cu limba lor, adică Erdely [5]. Cuvîntul „Transilvania” este latin, deci a fost născocit într-o altă țară și era folosit de cele mai multe țări. Poate că a fost o legătură între Ardeal și Ungaria, dar ea nu a fost, cel puțin întotdeauna, o legătură de supunere sau de cuprindere. Mai mult decît atît, după Cantemir, descălcătorii Moldovei au venit din Ardeal (din Maramureș). Dacă Ardealul ar fi fost pămînt unguresc, atunci toți domnitorii unguri ar fi pretins dreptul asupra pămînturilor moldovenești și supunere față de coroana ungurească, ceea ce nu s-a întîmplat niciodată. Mai mult decît atît, cine a fost Dragoș de a fost urmat și i s-a supus atîta lume? Ni se spune că a fost fiul unui voievod (Bogdan). Tot Cantemir ne spune, în altă parte a lucrării sale, că voievozii erau căpetenii de oști. Tot voievod el le spune domnitorilor. Două denumiri pentru cîrmuitorul țării? De ce? Este adevărat că domnitorul era și cîrmuitorul oastei în timp de război, așa cum se întîmplă și în zilele noastre (cu cuvinte străine, trădătoare se spune astfel: Președintele țării este comandantul suprem al armatei), deși oastea avea o căpetenie, numită „hatman” în Moldova. Să

înțelegem că Bogdan era un domnitor sau un hatman care și-a părăsit domnitorul? Cine i-a fost atunci domnitor? De ce nici o altă țară nu a pus la îndoială neatîrnarea noii sau noilor țări, adică Muntenia și, apoi, Moldova? Se cere o nouă tălmăcire a faptelor adunate pînă acum. Cantemir nu scăpa din vedere asemenea amănunte, ne-o dovedește și mărimile țării, pe care le-a arătat cu precizie (lățime de la 44o 54’ pînă la 48o și 51’ și lungimea de la 45o 35’ pînă la 53o 22’).

Pentru a înțelege mai bine trecutul nostru și al lumii, este nevoie, după părerea noastră, să înțelegem că țările și obștile s-au înfiripat și s-au destrămat neîncetat. Războaiele și alți factori făceau ca mulțimea oamenilor să crească și să descrească. Ca urmare, pămînturile ba se umpleau, ba se deșertau de oameni. Erau născocite noi limbi, care împărțeau din nou pămînturile și oamenii.

Ne pare grăitor și faptul că capitulul în care Dimitrie Cantemir vorbește despre trecutul neamului și al țării în cartea sa este numit „Despre numele cel vechi și cel de acum al Moldovei”. Nu în zădar dezbaterile despre numirea neamului și a țărilor rumînești nu încetează nici astăzi.

De altfel, cărturarul și cercetătorul nostru nu a vorbit niciodată despre o limbă moldovenească în lucrarea sa. Nu a numit-o. A spus numai că se trage din limba latină. Este adevărat că cercetările noastre științifice [3; 4], ca și cele înfăptuite de alți cercetători științifici [2], au dezvăluit altceva, și anume: pe de o parte, limba latină, ca și celelalte limbi europene, dar și altele (arabă, turcă...) se trag din limba rumînă, iar pe de altă parte, buchile latine sînt, de fapt, rumînești.

Cantemir nu știa cum să numească limba vorbită în Moldova lui. Pe de o parte, el presupunea că moldovenii sînt romani. Tot el a spus că numele țării nu este legat nicidecum de numele neamului. Pe de altă parte, limba grăită pe plaiurile moldave nu era aceeași cu latina. Se aseamăna și italiană cu latina, dar nimeni nu îi zicea așa. Mai mult decît atît, aceeași limbă se vorbea și în Muntenia, și în alte părți. Să o numească muntenească muntenii? Cum să o numească cei care trăiau sub sceptru unguresc, căci de acolo au venit moldovenii din spusele lui? Se lega ca nuca de perete. Cantemir era prea deștept și potcovit științific pentru a face o asemenea gogomănie. Nu putea să îi zică romană, căci toată lumea spunea că romanii au vorbit latina. Nu a zis că este slavă, deși a crezut că un șir de cuvinte se trag din limbile slave. Slavii nu înțelegeau nici o boabă din limba noastră, dar înțelegeau alte limbi slave, deci nu puteai nicidecum să o pui printre acestea. Nu i-a zis nici valahă. Poate că marele om de știință știa că acest nume nu are trecut îndepărtat? Ne îndoim că a trecut ușor peste această necunoscută. Cugetul lui iscoditor nu putea să nu încerce să aducă lumină

asupra acestei laturi a neamului și a țării, o latură deosebită de mare însemnătate în toată lumea. Nu a izbutit să o facă, de aceea a tăcut, dar tăcerea lui a fost grăitoare. Presupunem că și acest gol din cunoștințele despre neam și țară l-a făcut să se îndoiască de părerea romanizării și latinității pe care a îmbrățișat-o cu destulă neîncredere.

Ținem să spunem, în încheiere, câteva lucruri despre tipărirea lucrărilor lui Dimitrie Cantemir. Cei care le tipăresc trebuie, neapărat, să spună, cititorului, cu ce buchii și-a scris lucrările Cantemir. De asemenea, ei nu pot să schimbe cuvintele pe care le-a folosit cărturarul nostru sau felul în care acesta le-a scris, cel puțin fără a-l înștiința pe cititor. Toate aceste schimbări îngreunează cercetarea științifică și îl fac pe cititor să înțeleagă greșit unele fapte și ziceri ale lui Dimitrie Cantemir.

Întrucât veacurile XIII-XVIII a fost un răstimp de aur și de mare faimă în trecutul neamului, se cuvine să fie cercetate științific în chip deosebit. O cunoaștere foarte bună a acestor vremuri ne călăuzește spre descoperirea tainelor unei bune rânduiri a vieții obștești și deci ale unei vieți mai bune.

Concluzii. Tălmăcirea datelor înșirate în lucrarea științifică *Descrierea Moldovei*, scrisă de către Dimitrie Cantemir, vorbim despre acea tălmăcire care a fost făcută pînă acum de cercetătorii științifici, este departe de a-și fi atins marginile. Tîlcuirile noastre adeveresc teoria domnului Andrei Groza și dau peste cap toate teoriile cu care ne-am obișnuit, în afară de

părerile unor oameni de știință, care n-au fost însă dezvoltate pînă la o teorie științifică cuprinzătoare. Este nevoie, prin urmare, a întreprinde noi cercetări științifice în această privință. Editorii acestei lucrări de mare însemnătate științifică o schimonosesc, împiedicînd astfel fructificarea ei științifică. Mai rău decît atît, aceste schimbări îi împing pe cercetătorii științifici la concluzii greșite.

Referințe bibliografice:

1. Problemă, neologism.
2. Groza Andrei, *Limba rumână – fundament al nașterii civilizației umane*, Chișinău, 2018.
3. Bejan Octavian, *Despre limba noastră*, în „Culegere de studii sociale”, ediția a IV-a, Chișinău, 2018.
4. Bejan Octavian, *Mic cuvîntar de limbă rumînă*, Chișinău, 2021.
5. Faptul că cuvîntul „erdo” are înțelesul de pădure în limba ungurească ne spune că ungerii sînt rumîni și că limba ungară s-a născut din limba rumînă.

INFORMATII DESPRE AUTOR

BEJAN Octavian – doctor în drept, criminolog,
Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată;

INFORMATIONS SUR L'AUTEUR

BEJAN Octavian – docteur en droit,
criminologue, Institut des Sciences Criminelles et
Criminologie Appliquée;
octavian.bejan@gmail.com

УДК 340.1

ТЕХНІЧНЕ ПРАВО: МІЖГАЛУЗЕВИЙ ІНСТИТУТ ПРАВА**Дем'ян СМЕРНИЦЬКИЙ,**доктор юридичних наук, старший дослідник,
заступник директора

Державного науково-дослідного інституту Міністерства внутрішніх справ України

АННОТАЦІЯ

У статті досліджено технічне право як міжгалузевий інститут права. Визначено, що технічне регулювання – правове регулювання відносин у сфері визначення та виконання обов'язкових вимог до характеристик продукції або пов'язаних із ними процесів та методів виробництва, а також перевірки їх додержання шляхом оцінки відповідності та/або державного ринкового нагляду і контролю нехарчової продукції чи інших видів державного нагляду (контролю). Зазначено, що у сфері гарантування безпеки та якості промислової продукції технічні характеристики закріплюють у нормативно-правових актах (технічних регламентах), а також у нормативних документах (стандартах), вони набувають чинності й визначаються як норми права. На підставі результатів дослідження зроблено висновок, що технічне регулювання варто віднести до міжгалузевого інституту права, який поєднує норми профільюючих галузей права (фундаментальних) та спеціальних галузей права: адміністративного, цивільного, фінансового, господарського, а також і комплексних галузей права – інформаційного, підприємницького тощо.

Ключові слова: *технічне право, міжгалузевий інститут права, технічне регулювання, технічні регламенти, стандарти, оцінка відповідності, сертифікація, метрологічне забезпечення, науково-технічна діяльність.*

TECHNICAL LAW: INTERSECTORAL INSTITUTE OF LAW**Demian SMERNYTSKYI,**Doctor of Juridical Sciences, Senior Researcher,
Co-director

State Research Institute of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine

SUMMARY

The article examines technical law as an intersectoral institution of law. It is determined that technical regulation is a legal regulation of relations in the field of determining and fulfilling mandatory requirements for product characteristics or related processes and production methods, as well as verifying their compliance by assessing compliance and / or state market supervision and non-food control, products or other types of state supervision (control). It is noted that in the field of safety and quality of industrial products, technical characteristics are enshrined in regulations (technical regulations) as well as in regulations (standards) and they acquire legal force and are defined as rules of law. Based on the results of the study, it was concluded that technical regulation should be attributed to the intersectoral institute of law, which combines the rules of the relevant branches of law (fundamental) and special branches of law: administrative, civil, financial, economic, and complex branches of law – information, business and etc.

Key words: *technical law, interbranch institute of law, technical regulation, technical regulations, standards, conformity assessment, certification, metrological support, scientific and technical activity.*

DREPT TEHNIC: INSTITUT INTERDISCIPLINAR DE DREPT**REZUMAT**

Articolul examinează dreptul tehnic ca institut de drept intersectorial. Se stabilește ca reglementarea tehnică este reglementarea legală a relațiilor în domeniul determinării și îndeplinirii cerințelor obligatorii privind caracteristicile produsului sau proceselor și metodelor de producție aferente, precum și verificarea respectării acestora prin evaluarea conformității și/sau supravegherii pieței de stat și controlului-produse alimentare sau alte tipuri de supraveghere (control) de stat. Se observă că în domeniul garantării securității și calității produselor industriale, caracteristicile tehnice sunt consacrate în reglementări (reglementări tehnice), precum și în reglementări (standarde), ele intră în vigoare și sunt definite ca norme de drept. Pe baza rezultatelor studiului, s-a ajuns la concluzia că reglementarea tehnică trebuie atribuită institutului interdisciplinar de drept, care combină regulile ramurilor de drept relevante (fundamentale) și ale ramurilor speciale de drept: administrativ, civil, financiar, economic, și ramuri complexe de drept – informație, afaceri etc.

Cuvinte cheie: *drept tehnic, institut interdisciplinar de drept, reglementare tehnică, reglementări tehnice, standarde, evaluarea conformității, certificare, suport metrologic, activitate științifică și tehnică.*

Постановка проблеми. Належне нормативно-правове забезпечення правового регулювання у сфері науково-технічної діяльності сприяє підвищенню ефективності наукових досліджень та науково-технічних розробок, упровадженню результатів досліджень у суспільне життя, створенню належних умов для наукової творчості. Отже, проведення ретельних досліджень стосовно нормативно-правового забезпечення правового регулювання у сфері науково-технічної діяльності, виявлення прогалин та надання відповідних пропозицій з удосконалення правового забезпечення науково-технічних досліджень та розробок є вкрай актуальним.

Актуальність теми дослідження підтверджується станом нерозкритості теми щодо віднесення технічно регулювання до міжгалузевого інституту права.

Науковий аналіз проблем правового регулювання наукової та науково-технічної діяльності здійснювали численні ученні. Серед них необхідно назвати таких, як: О.Ф. Скакун, Н.М. Крестовська, Л.Г. Матвеева, А.І. Черемнова, Ю.С. Шемшученко, О.С. Колбасов, М.Я. Тешнер, Є.В. Самусь, В.М. Подойніцин, М.Є. Александров, Н.Ф. Вашук та інші.

Метою статті є дослідження нормативно-правового забезпечення адміністративно-правового регулювання у сфері науково-технічної діяльності.

Виклад основного матеріалу. О.Ф. Скакун зазначає, що інститут законодавства є системою нормативних розпоряджень галузі законодавства, які регулюють сукупність суспільних відносин. Важливим елементом структури законодавства є комплексні інститути, що об'єднують нормативні розпорядження кількох галузей законодавства [1, с. 263]. Те саме визначають і Н.М. Крестовська та Л.Г. Матвеева, які зазначають, що за структурою та місцем у системі права виокремлюють прості, або галузеві, та складні, або міжгалузеві, інститути права. Складний (комплексний, міжгалузевий) інститут права є сукупністю норм, що входять до складу різних галузей права, але регулюють взаємопов'язані споріднені відносини [2].

Закон України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності» [3] визначає правові й організаційні засади розроблення, ухвалення та застосування технічних регламентів і передбачених ними процедур оцінки відповідності, а також здійснення добровільної оцінки відповідності.

Відповідно до Закону [3] технічне регулювання – правове регулювання відносин у сфері визначення та виконання обов'язкових вимог до характеристик продукції або пов'язаних із ними проце-

сів та методів виробництва, а також перевірки їх додержання шляхом оцінки відповідності та/або державного ринкового нагляду і контролю нехарчової продукції чи інших видів державного нагляду (контролю).

А.І. Черемнова зазначає, що «поряд із нормами права існують і технічні норми. Серед технічних норм є такі, які, одержуючи закріплення в нормативних актах, набувають юридичної сили, їх можна назвати техніко-юридичними. До технічних норм належать ті, які входять до змісту технічних регламентів, стандартів, технічних умов, кодексів усталеної практики, нормативів тощо. Ці норми, не втрачаючи організаційно-технічного характеру, набувають водночас ознак правової норми, оскільки виходять від держави (її компетентного органу), виражають волю нормотворця, забезпечуються можливістю державного примусу, закріплюються у спеціальних нормативних актах, регулюють, хоча і специфічні, але досить важливі відносини. Свою регламентуючу функцію вони здійснюють у сукупності з іншими правовими нормами» [4, с. 200]. Автор визначає технічні характеристики, встановлені у правових документах, як норми права. Звісно, поряд із нормами права існує низка інших норм, але вони набувають правового змісту лише тоді, коли визначені в нормативно-правових документах. Технічні характеристики, які визначені в нормативно-правових актах, набули масового характеру, адже, напевне, не існує сфери суспільної діяльності, де технічні норми не є нормами регулювання безпечності продукції як для людини, так і для навколишнього середовища, а також нормами уніфікації, що застосовуються у виготовленні технічної продукції. Автор також акцентує увагу на тому, що правові проблеми технічного регулювання в галузі охорони навколишнього природного середовища були предметом досліджень у працях вітчизняного правознавця Ю.С. Шемшученка, який у 70-х рр. минулого століття обґрунтував правову природу державних екологічних стандартів та механізм їх реалізації. А питаннями стандартизації в галузі охорони довкілля досить плідно вивчав також російський правознавець О.С. Колбасов [5].

М.Я. Тешнер констатує, що «сучасний етап зміцнення України як незалежної держави, орієнтованої на розвиток ринкових відносин, характеризується підвищенням значення в системі виконавчої влади органів, які здійснюють регулятивні, координаційні, тобто міжгалузеві функції, до яких належать і органи управління в галузі технічного регулювання». Далі вчений розкриває думку, що «управління в даній сфері можна розглядати як

засновану на законі діяльність уповноважених на це державою органів (посадових осіб), яка спрямована на встановлення і застосування юридичними чи фізичними особами загальних норм, правил, характеристик щодо продукції, робіт, послуг, упорядкування процесів, досягнення оптимальної економії, дотримання умов і вимог їхньої безпеки» [6].

Переважно обов'язкові норми до продукції встановлюються в технічних регламентах.

Згідно із Законом України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності», технічний регламент – нормативно-правовий акт, у якому визначено характеристики продукції або пов'язані з ними процеси та методи виробництва, включаючи відповідні адміністративні положення, додержання яких є обов'язковим [3].

Тобто до характеристик продукції можливо віднести її якість та безпечність як для самої людини, так і для навколишнього середовища.

Окрім того, норми щодо якості та безпечності продукції встановлюються в нормативних документах під час проведення робіт зі стандартизації відповідно до Закону України «Про стандартизацію» [7]. Стандартизація – це діяльність, що полягає в установленні положень для загального та неодноразового використання щодо наявних чи потенційних завдань і спрямована на досягнення оптимального ступеня впорядкованості в певній сфері.

Згідно із Законом [7], нормативний документ – документ, що встановлює правила, настанови чи характеристики щодо діяльності або її результатів. До нормативних документів відносяться стандарти, технічні умови та кодекси ustalеної практики.

Стандарт визначено як нормативний документ, заснований на консенсусі, ухвалений визнаним органом, що встановлює для загального і неодноразового використання правила, настанови або характеристики щодо діяльності чи її результатів, та спрямований на досягнення оптимального ступеня впорядкованості в окремій сфері.

Технічні умови – нормативний документ, що встановлює технічні вимоги, яким повинні відповідати продукція, процес або послуга, визначає процедури, за допомогою яких може бути встановлено, чи дотримані такі вимоги.

А кодекс ustalеної практики, відповідно до Закону, – нормативний документ, що містить рекомендації щодо практик чи процедур проектування, виготовлення, монтажу, технічного обслуговування або експлуатації обладнання, конструкцій чи виробів [7].

Національні стандарти та кодекси ustalеної практики, як встановлено ст. 23 Закону [7], застосовуються на добровільній основі, окрім випадків, якщо обов'язковість їх застосування встановлена нормативно-правовими актами. Отже, у разі посилення на них у технічних регламентах або інших нормативно-правових актах вони стають обов'язковими до виконання.

Також у процесі технічного регулювання характеристик щодо продукції, робіт, послуг, упорядкування процесів, досягнення оптимальної економії, дотримання умов і вимог їхньої безпеки свою роль відіграє метрологічна діяльність.

Закон України «Про метрологію та метрологічну діяльність» встановлює, що метрологія – наука про вимірювання та їх застосування, а метрологічна діяльність – діяльність, пов'язана із забезпеченням єдності вимірювань [8].

Згідно зі ст. 3 Закону [8] сферою законодавчо регульованої метрології є визначені види діяльності, щодо яких з метою забезпечення єдності вимірювань та простежуваності здійснюється державне регулювання стосовно вимірювань, одиниць вимірювання та засобів вимірювальної техніки.

До сфери законодавчо регульованої метрології належать такі види діяльності: забезпечення захисту життя й охорони здоров'я громадян; контроль якості та безпечності харчових продуктів і лікарських засобів; контроль стану навколишнього природного середовища; контроль безпеки умов праці; контроль безпеки дорожнього руху та технічного стану транспортних засобів; топографо-геодезичні, картографічні та гідрометеорологічні роботи, роботи із землеустрою; торговельно-комерційні операції та розрахунки між покупцем (споживачем) і продавцем (постачальником, виробником, виконавцем), зокрема й під час надання транспортних, побутових, комунальних, телекомунікаційних послуг, послуг поштового зв'язку, постачання та/або споживання енергетичних і матеріальних ресурсів (електричної і теплової енергії, газу, води, нафтопродуктів тощо); обчислення сум податків і зборів, податковий та митний контроль; роботи, пов'язані з визначенням параметрів будівель, споруд і території забудови; роботи із забезпечення технічного захисту інформації згідно із законодавством; роботи з використання апаратури глобальних супутникових навігаційних систем; роботи, що виконуються за дорученням органів досудового розслідування, органів прокуратури та судів; реєстрація національних і міжнародних спортивних рекордів.

Метрологічна система України створює необхідні засади для забезпечення єдності вимірювань

у державі та включає до свого складу: національну метрологічну службу; нормативно-правову базу, зокрема й законодавчі акти, технічні регламенти й інші нормативно-правові акти, що регулюють відносини у сфері метрології та метрологічної діяльності; національну еталонну базу та систему передачі розмірів одиниць вимірювання; систему добровільної акредитації калібрувальних лабораторій, а також систему акредитації випробувальних лабораторій, органів з оцінки відповідності у випадках, визначених цим та іншими законами України; навчальні заклади, науково-дослідні установи, організації, що поширюють знання та досвід у сфері метрології та метрологічної діяльності [8].

Тобто у процесі технічного регулювання характеристик продукції, робіт, послуг та забезпечення їхньої якості та безпечності одним з основних завдань є дотримання єдності вимірювання технічних параметрів.

Розглядаючи питання технічного регулювання встановлення відповідних характеристик до продукції та процесів, необхідно констатувати, що загалом встановлення характеристик відбувається під час розробки технічної продукції чи відповідних процесів її виготовлення, створення нових матеріалів чи технологій. Узагальнюючи наведену думку, можна дійти висновку, що характеристики продукції та процесів встановлюються під час науково-технічної діяльності.

Відповідно до Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність» науково-технічна діяльність – наукова діяльність, спрямована на одержання і використання нових знань для розв’язання технологічних, інженерних, економічних, соціальних та гуманітарних проблем, основними видами якої є прикладні наукові дослідження та науково-технічні (експериментальні) розробки [9].

Результатом такої діяльності можуть бути одержані під час проведення прикладних наукових досліджень, науково-технічних (експериментальних) розробок нові або істотно вдосконалені матеріали, продукти, процеси, пристрої, технології, системи, нові або істотно вдосконалені послуги, введені в дію нові конструктивні чи технологічні рішення, завершені випробування, розробки, що впроваджені або можуть бути впроваджені в суспільну практику. Науково-технічний (прикладний) результат може бути у формі ескізного проекту, експериментального (дослідного) зразка або його діючої моделі, конструкторської або технологічної документації на науково-технічну продукцію, дослідного зраз-

ка, проекту нормативно-правового акта, нормативного документа або науково-методичних документів тощо.

Висновки. У підсумку розгляду питання технічного регулювання якості та безпечності продукції та процесів зазначимо, що до елементів технічного регулювання варто віднести розроблення технічних регламентів, стандартів, кодексів усталеної практики, технічних умов, проведення визначеними суб’єктами (як державними, так і недержавними) оцінки відповідності, сертифікації, метрологічного забезпечення, державного ринкового нагляду і контролю нехарчової продукції чи інших видів державного нагляду, а також діяльність органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, державних установ щодо правового регулювання сфери дотримання якості та безпечності продукції, робіт та послуг.

Отже, технічне регулювання варто віднести до міжгалузевих інститутів права, який поєднує норми профільюючих галузей права (фундаментальних) та спеціальних галузей права: адміністративного, цивільного, фінансового, господарського, а також і комплексних галузей права – інформаційного, підприємницького тощо. Тобто технічне право – це міжгалузевий інститут права.

Окрім того, до технічного регулювання ми відносимо правове регулювання відносин у сфері науково-технічної діяльності, а саме у сфері проведення науково-дослідних, дослідно-конструкторських, проектно-конструкторських, дослідно-технологічних, технологічних, пошукових та проектно-пошукових робіт, виготовлення дослідних зразків або партій науково-технічної продукції, а також інших робіт, пов’язаних із доведенням нових наукових і науково-технічних знань до стадії практичного використання, зокрема й забезпечення якості та безпечності продукції.

Список використаної літератури:

1. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків : Консум, 2001. 656 с.
2. Крестовська Н.М., Матвєєва Л.Г. Теорія держави і права : Елементарний курс. 2-е вид. Харків : ТОВ «Одіссей», 2008. 432 с. URL: <http://studies.in.ua/krestovska-nm-teorjaderzhavi-prava.html> (дата звернення: 07.06.2021).
3. Про технічні регламенти та оцінку відповідності : Закон України 15 січня 2015 р. № 124–VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 14. Ст. 96.
4. Черемнова А.І. Технічні норми в системі регулювання суспільних відносин у сфері охорони довкілля. Актуальні проблеми держави і права. 2008. С. 200–204.
5. Колбасов О.С. Стандартизація в охорані навколишнього середовища. *Окружающая среда под охраной закона*. Москва, 1982.

6. Тешнер М.Я. Організаційно-правові засади державного управління у сфері технічного регулювання. URL: <http://www.kbuara.kharkov.ua/e-book/db/2007-1-1/doc/2/19.pdf> (дата звернення: 07.06.2021).

7. Про стандартизацію : Закон України від 5 червня 2014 р. № 1315–VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 31. Ст. 1058.

8. Про метрологію та метрологічну діяльність : Закон України від 5 червня 2014 р. № 1314–VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 30. Ст. 1008.

9. Про наукову і науково-технічну діяльність : Закон України від 26 листопада 2015 р. № 848–VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 3. Ст. 25.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА
СМЕРНИЦЬКИЙ Дем'ян Вікторович – доктор юридичних наук, старший дослідник, заступник директора Державного науково-дослідного інституту Міністерства внутрішніх справ України;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
SMERNYTSKYI Demian Viktorovich – Doctor of Juridical Sciences, Senior Researcher, Co-director of the State Research Institute of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine;
sdv2@ukr.net

УДК 349.2

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА У ПРОЦЕСІ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВОСУДДЯ

Наталія ФЕДІНА,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії права, конституційного та приватного права
Львівського державного університету внутрішніх справ

Вікторія ЧЕРЕВКО,

здобувач факультету № 1
Інституту підготовки фахівців для підрозділів поліції
Львівського державного університету внутрішніх справ

АНОТАЦІЯ

У статті розглянуто питання забезпечення верховенства права, тобто панування права в суспільстві, забезпечення прав та свобод кожного згідно з європейськими нормами і стандартами, що є актуальним для сучасної України, яка прагне стати правовою державою. Також звернено увагу на те, що від держави вимагається втілення верховенства права у правотворчу та правозастосовну діяльність, тобто закони, що ухвалюються державою, повинні за своїм змістом бути проникнуті передусім ідеями свободи, рівності та соціальної справедливості, ці критерії є вирішальними у визначенні права як регулятора суспільних відносин. Також звернено увагу на те, що важливою передумовою панування в життєдіяльності українського суспільства є реалізація принципу верховенства права, а саме комплексу правових принципів, що є підґрунтям досягнення правового прогресу в суспільному житті України для забезпечення правосуддя.

Ключові слова: верховенство права, європейські норми і стандарти, соціальна справедливість, суспільні відносини, захист прав людини, правосуддя.

ENSURING THE RULE OF LAW IN THE PROCEDURE OF JUSTICE

Natalia FEDINA,

Candidate of Law,
Associate Professor at the Department of Law Theory, Constitutional and Private Law
Lviv State University of Internal Affairs

Victoria CHEREVKO,

Student at the Faculty № 1
Institute for the Training of Specialists for Departments National Police
Lviv State University of Internal Affairs

SUMMARY

The article considers the issue of ensuring the rule of law, i.e. the rule of law in society, ensuring the rights and freedoms of everyone in accordance with European norms and standards, which is relevant for modern Ukraine, which aspires to become a state governed by the rule of law. Attention is also drawn to the fact that the state is required to implement the rule of law in lawmaking and law enforcement, i.e. laws adopted by the state must be permeated primarily by the ideas of freedom, equality and social justice and these criteria are crucial in defining law as a regulator public relations. Attention is also drawn to the fact that an important prerequisite for domination in the life of Ukrainian society is the implementation of the rule of law, namely a set of legal principles that are the basis for achieving legal progress in public life of Ukraine to ensure justice.

Key words: rule of law, european norms and standards, social justice, social relations, protection of human rights, justice.

ASIGURAREA STATULUI DE DREPT ÎN ÎNFĂPTUIREA JUSTIȚIEI

REZUMAT

Articolul are în vedere problema asigurării statului de drept, adică a statului de drept în societate, a asigurării drepturilor și libertăților fiecăruia în conformitate cu normele și standardele europene, ceea ce este relevant pentru Ucraina modernă, care urmărește să devină un stat guvernat de regula legii. Se atrage atenția și asupra faptului că statul este obligat să implementeze statul de drept în procesul de legiferare și de aplicare a legii, adică legile adoptate de stat trebuie să fie impregnate de ideile de libertate, egalitate și justiție socială, aceste criterii fiind cruciale în definirea dreptului ca autoritate de reglementare relații publice. Se atrage atenția și asupra faptului că o condiție prealabilă importantă pentru dominația în societatea ucraineană este punerea în aplicare a statului de drept, și anume un set de principii juridice care stau la baza realizării progresului juridic în viața publică a Ucrainei pentru a asigura justiția.

Cuvinte cheie: *stat de drept, norme și standarde europene, justiție socială, relații sociale, protecția drepturilor omului, justiție.*

Постановка проблеми. Нині актуальною проблемою в Україні є забезпечення верховенства права, що породжує недовіру суспільства до державної влади, боротьба з корупцією, яка нібито набула державного масштабу, не дає жодних результатів, судова реформа, про яку так багато говориться, а суспільство так і не побачило неупередженого та справедливого суду, який повинен був би забезпечити доступність правосуддя, що відповідно унеможливує захист порушених прав та свобод людини та громадянина. Демократична, правова держава, якою декларує себе Україна, повинна запровадити програми, що захистять права людини та громадянина, а отже, допоможуть забезпечити верховенство права, що є важливим аспектом у забезпеченні добробуту суспільства. Прагнення нашої держави стати членом Європейського Союзу повинно підтверджуватися ухваленням законів, що відповідають міжнародним стандартам у сфері демократії, захисту прав людини, а отже, будуть спроможні забезпечити здійснення правосуддя. Досягнення правового прогресу в суспільному житті України можливе лише в разі забезпечення реалізація принципу верховенства права, тобто встановлення правових принципів, що є важливою передумовою життєдіяльності правової держави, тому актуальне дослідження цього питання, щоб, за можливості, розглянути напрями забезпечення верховенства права у процесі здійснення правосуддя.

Питання верховенства права в різні часи вивчали вітчизняні та зарубіжні науковці: Р. Падалка, К. Волинка, М. Цвік, В. Ткаченко, О. Петришин, П. Рабінович, Ю. Шемшученко, В. Ковальський, В. Гончаренко, О. Костенко, К. Легких, С. Алексєєв, М. Козюбра, С. Погребняк, А. Кочура, С. Максимов, Г. Гегель, Р. Алексі, В. Михайленко, Н. Жильнікова, С. Головатий, А. де Токвіль, О. Петришин та інші. Однак питання забезпечення

верховенства права у процесі здійснення правосуддя натеper потребує комплексного наукового дослідження, тому є доцільним проведення наукового дослідження за обраним напрямом.

Метою статті є дослідження визначення основних напрямів, шляхів забезпечення верховенства права як конституційного принципу, що стане дієвим механізмом їх подолання, а отже, допоможе у вирішенні проблем забезпечення верховенства права у правовій системі України, у здійсненні правосуддя.

Виклад основного матеріалу. Принцип верховенства права є важливим регулятором сучасного розвитку держави, у якій відбувається соціально-економічне зростання. Конституція України закріпила статус держави з ринковою і соціальною моделлю, у ст. 41 зазначено, що кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатом своєї інтелектуальної, творчої діяльності, держава виступає гарантом непорушності цих прав, а у ст. 42 зазначено, що кожен має право на підприємницьку діяльність та захист конкуренції [1], тому, щоб Україні стати рівноправним членом європейського співтовариства, усе, що записано в Основному законі держави, повинно дотримуватися, забезпечуватися і відповідати європейським стандартам.

Варто звернути увагу на те, що у ст. 9 Конституції України зазначено, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, а укладення договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення змін до Основного закону [1]. Також важливість застосування міжнародних договорів зазначено у ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України», якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства

України, то застосовуються правила міжнародного договору [2].

Як неодноразово зазначено в багатьох дослідженнях, головним принципом демократичного режиму повинно виступати верховенство права. Слушно зазначив Р. Падалка у своєму дисертаційному дослідженні, що принцип верховенства права визначає умови створення і функціонування органів державної влади, громадських організацій, а також забезпечує правомірні взаємини між суб'єктами права [3, с. 109].

Україна на своєму шляху становлення з великими зусиллями все ж таки намагається утвердити принцип верховенства права. На жаль, не так швидко, якби хотілося, усе ж таки спостерігається певний поступ: розвивається інститут громадянського суспільства, відбувається становлення плюралістичної демократії, суспільство об'єднується в політичні партії та громадські організації, що дає змогу громадянам більш вільно висловлювати свої думки і погляди, маючи право на мітинги та демонстрації, хоча це право не завжди може бути виражене повною мірою. Громадяни України також мають право на захист своїх прав і свобод, якщо вони не можуть знайти захисту у своїй державі, можуть звернутися до міжнародних судових установ, зокрема до Європейського суду з прав людини, з надією на те, що Україна гарантує дотримання міжнародних зобов'язань, узятих на себе у сфері захисту прав людини [3, с. 8].

Спроба започаткувати принцип верховенства права відбулася 8 червня 1995 р., коли Президент України та Верховна Рада України уклали Конституційний Договір, у якому проголошувалося: «В Україні діє принцип верховенства права», що заклало юридичні підвалини українського конституційного правопорядку. Особливим моментом закріплення принципу верховенства права в державі було приєднання України до Статуту Ради Європи. Україна стала повноправним членом цієї міжнародної організації, взяла на себе юридичний обов'язок, що передбачає захист прав і основоположних свобод усіх осіб, що перебувають під її юрисдикцією [4].

У своїх працях П. Рабіновича зазначав, що верховенство права – це явище позадержавне (не державно-вольове), загальносоціальне, соціально-природне, правовою державою вважається лише та, у якій панує, «верховенствує» право [5, с. 19].

Важливо звернути увагу на те, що для забезпечення верховенства права в суспільстві є важливим усвідомленні справедливості, коли кожен суб'єкт правовідносин, чи то посадова особа державних

органів, чи будь-яка інша особа формує для себе моральні обов'язки, виробляє якості, що дозволяють здійснювати моральний самоконтроль, тобто йдеться про формування совісті як складової частини правосвідомості, тобто кожен повинен керуватися совістю, оцінювати свої вчинки від власного імені. Суть справедливості, що забезпечує верховенство права, полягає в тому, щоб встановити, знайти, визначити міру людських вчинків, тобто своєрідну міру-оцінку вчинку людини, що зорієнтована на наявну в конкретному суспільстві ієрархію цінностей.

Не менш важливим кроком на шляху ствердження верховенства права було укладення Україною Європейської конвенції про захист прав та основоположних свобод та протоколів до неї. Так, з моменту набрання чинності для України положень Конвенції та згаданих протоколів створено нову «правову ситуацію в системі захисту прав людини, яка почала активно розвиватися у двох напрямках. По-перше, розпочалось перенесення в законодавство України європейських правничих цінностей, які пов'язані із захистом прав людини й основних свобод. По-друге, Україна потенційно стала державою-відповідачем у Євросуді» [6, с. 15]. На законодавчому рівні це право було закріплено у ст. 55 Конституції України [1].

В ідеалі вся правова система суспільства для забезпечення верховенства права повинна стояти на варті справедливості, слугувати засобом її вияву та закріплення, охорони та захисту. Принцип справедливості, що має нормативно-оцінювальний характер, закладений у самому змісті права і знаходить свій вияв у правах та обов'язках, способах заохочення та мірах покарання тощо. Завдяки праву ідеї справедливості знаходять свій нормативний вияв, забезпечуються охороною прав та інтересів громадян. Як основний принцип права справедливість втілюється в законодавчих актах усіх галузей (адміністративному, цивільному, трудовому, житловому, кримінальному праві тощо), що унеможливають із будь-яких мотивів надання привілеїв для окремих громадян, соціальних груп або прошарків населення та встановлюють однакові права й обов'язки для всіх членів суспільства.

Також важливим аргументом для забезпечення верховенства права в суспільстві є судова система, тільки за наявності сильної, незалежної та неупередженої судової влади, яка за декларативним принципом повинна бути у правовій державі, можливий правовий захист прав і свобод людини від зловживань із боку законодавчої і виконавчої влади, інших порушень.

Варто зауважити, що високий авторитет суду, його незалежність з іншими гілками влади, забезпечує належний рівень права і демократичності самої держави, у такій державі будуть надійно захищені права і свободи громадян від можливих посягань [7, с. 6].

Важливо звернути увагу на те, що у правовій державі кожен нормативно-правовий акт повинен бути втіленням загальносоціальної справедливості, що відповідно забезпечить верховенство права у суспільстві. Норми, створені законодавцем, не лише мають слугувати критерієм вирішення юридичних проблем, а й сприяти врегулюванню важливих соціальних проблем. Ідеться про забезпечення справедливого задоволення всіх законних інтересів суб'єктів правового регулювання. Що стосується уявлень про справедливість, то правові норми покликані виконувати дві важливі функції. По-перше, вони мають інтегрувати уявлення справедливості у правову систему. Унаслідок такої інтеграції уявлення про справедливість можуть мати характер загальної обов'язковості, опиратися на силу й авторитет держави. Водночас підвищуватиметься соціально-моральна цінність самої правової системи. По-друге, правові норми повинні сприяти поширенню відповідних вимог справедливості серед населення та суб'єктів правового регулювання.

Верховенство права є універсальним стандартом сучасного світу, ознакою цивілізованості правової системи. На його значенні неодноразово наголошувалося в документах міжнародних організацій: у резолюції Генеральної Асамблеї ООН «Верховенство права на національному та міжнародному рівнях» права людини, верховенство права та демократія визначені як «універсальні та неподільні основні принципи Організації Об'єднаних Націй» [8]; у відомій доповіді Європейської комісії за демократію через право (Венеціанська комісія) верховенство права поряд із демократією та правами людини визнається фундаментальною засадою європейських правопорядків [9].

Отже, держава та міжнародні організації в кожному конкретному випадку зобов'язані надати остаточну змістовну оцінку конфліктуючих прав або ж конкуруючих інтересів для забезпечення верховенства права у процесі здійснення правосуддя.

Сучасний стан чинного законодавства України характеризується неналежним нормативним закріпленням принципу верховенства права, тобто конкретизацією змісту означеного принципу й основних ознак його належного дотримання правотворчими та правозастосовними органами, громадянами.

Наявну систему законодавства України потрібно оновлювати з урахуванням європейських принципів та стандартів. Вирішальним чинником і плацдармом діяльності органів державної влади є потреба забезпечення верховенства права, що полягає у відстороненні від традиційного для нашої культури державного монополізму на право.

Отже, забезпечення принципу верховенства права, здійснення правосуддя полягає у створенні державою надійних сприятливих умов для належного впровадження його в усі сфери суспільних відносин, закріплення на законодавчому рівні гарантій його забезпечення та механізму захисту в разі порушення. Слушно зауважив у своєму дослідженні Р. Падалка, що для цього органи державної влади повинні розробляти різні рекомендації, програми та плани дій із метою забезпечення верховенства права, отже, удосконалення правового становища в державі [3, с. 135].

Важливим кроком у посиленні принципу верховенства права у процесі здійснення правосуддя є план дій Європейського Союзу в галузі юстиції та внутрішніх справ, що є однією з важливих сфер співробітництва між Україною та Європейським Союзом, метою якого є посилення ролі судової влади, верховенства закону та покращення управління. У плані дій були визначені спільні напрями співпраці для встановлення в Україні незалежної, неупередженої та компетентної судової влади, боротьби з корупцією, утілення європейських стандартів у законодавчий процес тощо [10].

Варто звернути увагу на дослідження М. Ентіна, який запропонував для досягнення верховенства права під час здійснення правосуддя такі елементи:

- по-перше, суди повинні бути незалежні і неупереджені, створення та склад суду має формуватися на підставі закону, а також важливим елементом є достатня тривалість повноважень судів тощо;

- по-друге, кожен повинен мати право на доступ до правосуддя та право на виконання судових рішень;

- по-третє, для кожного повинна діяти презумпція невинуватості, право на захист, право на перекладача тощо;

- по-четверте повинна забезпечуватись рівність сторін на всіх стадіях судового розгляду і не затягуватися строки розгляду справи [11, с. 87].

Висновки. На підставі проведеного теоретико-правового дослідження можна зазначити, що принцип верховенства права, що знайшов своє закріплення в Конституції України 1996 р., означає, що право має тлумачитися не як продукт безпосеред-

ніх вольових рішень правотворчих та правозастосовних органів, не як сукупність юридичних норм, встановлених державою, а як сукупність належних прав, правил поведінки, вироблених суспільною практикою, фактично сприйнятих суб'єктами правовідносин, що дозволить забезпечити правосуддя в суспільстві.

Щоб покращити та зміцнити правову систему України, що відповідає демократичному суспільству, необхідно визначити основні напрями забезпечення верховенства права в Україні, кожен із яких міститиме низку заходів, які повинні здійснюватись правотворчими та правозастосовними органами держави, а також громадянами для досягнення того рівня верховенства права, який необхідний для належного існування демократичної, правової держави, громадянського суспільства для забезпечення здійснення правосуддя.

Список використаної літератури:

1. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
2. Про міжнародні договори України: Закон України від 2004 р. № 1906–IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15#Text>.
3. Падалка Р. Верховенство права як основоположний принцип права : дис. Київ, 2017. 195 с.
4. Статут Ради Європи, Лондон, 5 травня 1949 р. Про приєднання додатково див. Закон № 398/95-ВР від 31.10.1995 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_001#Text.
5. Рабінович П. Верховенство права як соціально-природний феномен (конттури ідеалу). *Право України*. 2010. № 3. С. 19–23.
6. Козюбра М. Верховенство права: Українські реалії та перспективи. *Право України*. 2010. № 3. С. 6–18.

7. Козюбра М. Принципи верховенства права і правової держави: єдність основних вимог. *Наукові записки*. 2007. С. 6–7.

8. Верховенство права на національному и международном уровнях. URL: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/39.

9. Доклад о верховенстве права. URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-rus](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-rus).

10. План дій Європейського Союзу в галузі юстиції та внутрішніх справ від 12.12.2001 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_494/conv.

11. Энтин М. Справедливое разбирательство по праву Совета Европы и Европейского Союза. *Конституционное право. Восточноевропейское обозрение*. 2003. № 3 (44). С. 86–88.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРІВ

ФЕДИНА Наталія Василівна – кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії права, конституційного та приватного права Львівського державного університету внутрішніх справ;
ЧЕРЕВКО Вікторія Вікторівна – здобувач факультету № 1 Інституту підготовки фахівців для підрозділів національної поліції Львівського державного університету внутрішніх справ;

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

FEDINA Natalia Vasylyvna – Candidate of Law, Associate Professor at the Department of Theory of Law, Constitutional and Private Law of the Lviv State University of Internal Affairs;
CHEREVKO Victoria Viktorivna – Student at the Faculty № 1 of Institute for the Training of Specialists for Departments National Police of the Lviv State University of Internal Affairs;
nataliya_fedina@i.ua

Конституционное и муниципальное право

УДК 342.56

ПРИНЦИПИ СПРАВЕДЛИВОСТІ ТА ГУМАНІЗМУ ЯК СКЛАДОВІ ЕЛЕМЕНТИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ВИЩОЇ РАДИ ПРАВОСУДДЯ

Сергій ХАЛЮК,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного права та прав людини
Національної академії внутрішніх справ

АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена комплексному загальнотеоретичному аналізу окремих принципів конституційно-правового статусу Вищої ради правосуддя. Відзначено важливість принципів, які є узагальненим результатом розвитку людства, підсумком закономірностей розвитку суспільства та втіленням основоположних демократичних та людиноцентричних традицій. Автором здійснено джерелознавчий аналіз щодо таких понять, як «справедливість» та «гуманізм» у контексті конституційно-правового статусу Вищої ради правосуддя. Зауважено, що справедливість по своїй суті є поняттям релятивним, що віддзеркалює соціальні реалії того чи іншого суспільства, рівень його культурної, правової зрілості. Справедливість відіграє роль своєрідного індикатора, який дає конкретне уявлення про відповідність моделі соціальної та правової держави її фактичному стану в суспільстві. Автором підкреслюється, що принцип гуманізму має конституційне закріплення та міжнародний захист, оскільки гуманне ставлення до людини пронизує зміст усіх міжнародних актів про права людини.

Ключові слова: Вища рада правосуддя, конституційно-правовий статус, принцип, судоустрій, справедливість, гуманізм.

PRINCIPLES OF JUSTICE AND HUMANISM AS CONSTITUENT ELEMENTS OF THE CONSTITUTIONAL AND LEGAL STATUS OF THE HIGH COUNCIL OF JUSTICE

Serhii KHALIUK,

Candidate of Law, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Constitutional Law and Human Rights
National Academy of Internal Affairs

SUMMARY

The article is devoted to a comprehensive general theoretical analysis of certain principles of the constitutional and legal status of the High Council of Justice. The importance of the principles, which are the generalized result of human development, the result of the laws of social development and the implementation of fundamental democratic and human-centered traditions, is noted. The author made a source analysis of such concepts as “justice” and “humanism” in the context of the constitutional and legal status of the High Council of Justice. It is noted that justice in its essence is a relative concept that reflects the social realities of a society, the level of its cultural and legal maturity. Justice plays the role of a kind of indicator that gives a concrete idea of the conformity of the model of social and legal state to its actual state in society. The author emphasizes that the principle of humanism has a constitutional basis and international protection, as humane treatment of man permeates the content of all international human rights instruments.

Key words: High Council of Justice, constitutional and legal status, principle, judicial system, justice, humanism.

PRINCIPIILE JUSTIȚIEI ȘI UMANISMULUI CA ELEMENTE CONSTITUTIVE ALE STATUTULUI CONSTITUȚIONAL ȘI JURIDIC AL ÎNALTULUI CONSILIU AL JUSTIȚIEI

REZUMAT

Articolul este dedicat unei analize teoretice generale cuprinzătoare a anumitor principii ale statutului constituțional și juridic al Înaltului Consiliu al Justiției. Se remarcă importanța principiilor, care sunt rezultatul generalizat al dezvoltării

umane, rezultatul legilor dezvoltării sociale și implementarea tradițiilor fundamentale democratice și centrate pe om. Autorul a făcut o analiză sursă a unor concepte precum „justiție” și „umanism” în contextul statutului constituțional și juridic al Înalțului Consiliu al Justiției. Se observă că justiția în esență sa este un concept relativ care reflectă realitățile sociale ale unei societăți, nivelul de maturitate culturală și juridică a acesteia. Justiția joacă rolul unui fel de indicator care dă o idee concretă a conformității modelului de stat social și juridic la starea sa actuală în societate. Autorul subliniază că principiul umanismului are o bază constituțională și protecție internațională, întrucât tratamentul uman al omului pătrunde în conținutul tuturor instrumentelor internaționale privind drepturile omului.

Cuvinte cheie: *Înaltul Consiliu al Justiției, statut constituțional și juridic, principiu, justiție, justiție, umanism.*

Постановка проблеми. Сучасні процеси, пов’язані із трансформацією міжнародно-правових умов функціонування судової сфери, позначили нові вектори розвитку судової влади й акцентували увагу на її ролі як гаранта захисту прав і свобод людини та громадянина. До того ж спрямованість зовнішньої політики України, що базується на засадах європейської інтеграції, породжує необхідність дослідження міжнародних стандартів, які містять ключові засади забезпечення незалежності судової влади та підвищення ефективності суддівської діяльності. Розроблені на рівні міжнародних інституцій правові документи визначають базові принципи функціонування органів судової влади та виступають ціннісним орієнтиром із метою подальшого впровадження в національному законодавстві.

Результатом запровадження низки міжнародних стандартів, які визначають фундаментальні принципи забезпечення незалежності судової влади, стало створення в низці держав незалежних органів, які формуються із суддів або із більшості суддів. Такі органи мають різні назви, статус, структуру і повноваження. У більшості міжнародних актів такі органи позначаються як “council for the judiciary”, що в буквальному перекладі означає «рада судової влади», або «судова рада». До таких міжнародних актів можна віднести і Рекомендації CM/Rec (2010) 12 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов’язки, яка ухвалена Комітетом міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 р. на 1098 засіданні заступників міністрів. Зміст Рекомендацій містить основні принципи незалежності функціонування судової системи і спрямований на встановлення і зміцнення незалежності суддів як носіїв судової влади. Рекомендації містять положення про те, що незалежність суддів та судової влади мають гарантуватися Конституцією або бути закріплені на найвищому правовому рівні держав-членів. На законодавчому рівні мають бути встановлені більш конкретні норми (п. 7). У контексті забезпечення незалежності суддів передбачено утворення судових рад (“council for the judiciary”), яким є незалежний орган, створений

відповідно до закону або конституції, що прагне зберегти незалежність суддів та судової влади загалом, отже, сприяти ефективному функціонуванню судової системи (п. 26) [1].

У розвитку уявлень про судові ради чільне місце належить Висновку № 10 Консультативної ради європейських суддів «Про раду судової влади на службі суспільства», у якому висловлені рекомендації, що стосуються основних елементів правового статусу даних незалежних органів. Зокрема наголошується, що всі проекти законів, які стосуються статусу суддів, відправлення правосуддя, процесуальні норми і всі проекти законів, що можуть вплинути на судові органи, наприклад незалежність судової влади, або які могли б зменшити гарантії доступу громадян до правосуддя, повинні вимагати думки «судової ради» до обговорення в парламенті [2].

Згадані міжнародно-правові акти, а також інші акти, ухвалені для їхнього розвитку, сформулювали сукупність базових ідей і принципів, що визначають основу правового статусу судових рад незалежно від їхньої національної приналежності і специфіки національної моделі. Такі принципи варто розглядати універсальними стандартами, використання яких дозволить країнам досягти високих параметрів у забезпеченні незалежності суддів і судової влади. Принципи організації і діяльності судових рад не можуть бути досліджені у відриві від інститутів судової влади, є похідними від її базисних характеристик та являють собою правила, що забезпечують параметри незалежності суддів і самостійності судів. Отже, принципами правового статусу судових рад є основні засади їхньої організації та діяльності, що визначають зміст їхнього правового положення та відображають організаційні і функціональні характеристики судової влади і судової системи. До числа таких принципів відносять такі, як: незалежність, структурованість, гласність, справедливність, гуманізм, колегіальність, дотримання незалежності суддів і невтручання в судову діяльність, терміновість і змінюваність, суспільне представництво, взаємодія з органами державної влади та громадськими утвореннями.

З огляду на міжнародні стандарти, національне законодавство України, а також практику функціонування судових рад у зарубіжних країнах та на підставі проведеного аналізу вважаємо, що конституційно-правовий статус Вищої ради правосуддя України передбачає наявність таких основних принципів, як принцип гуманізму, незалежності, законності, справедливості, об'єктивності, демократизму, гласності, колегіальності, судового оскарження рішень, дотримання принципів незалежності суддів і невтручання в судову діяльність.

Загальні питання правового статусу та його принципів було відображено у працях таких представників вітчизняної науки: О. Гончаренко, І. Дахової, М. Козюбри, А. Колодія, В. Копейчикова, І. Назарова, В. Нора, Ю. Полянського, С. Прилуцького, Ю. Оборотова, П. Рабіновича, О. Скакун, О. Скрипнюка, О. Совгірі, В. Федоренка, М. Цвіка й інших. Водночас натепер відсутні спеціальні комплексні дослідження щодо визначення окремих принципів конституційно-правового статусу Вищої ради правосуддя України з урахуванням пріоритетних міжнародних стандартів у сфері правосуддя, які розглядаються як перспективні юридичні джерела національного права для посилення ефективності правового врегулювання органів суддівського врядування.

Метою статті є дослідження змісту принципів справедливості та гуманізму як елементів конституційно-правового статусу Вищої ради правосуддя з урахуванням основних теоретико-правових підходів до їх характеристики та з позиції захисту прав людини і громадянина.

Виклад основного матеріалу. Принцип справедливості є одним із базових принципів конституційно-правового статусу Вищої ради правосуддя. Справедливість визначається як наукова категорія, що відображає взаємодію економіки, політики, права, моралі тощо. Це одна з фундаментальних цінностей суспільно-політичного життя, що впливає із принципу врівноваженості в соціальних відносинах прав і обов'язків людей, інтересів суспільства й особи. Соціальна справедливість є також і відповідністю рівності та свободи, тісно переплітаючись з ідеями гуманізму, справжнього народовладдя [3, с. 23]. В ідеалі право завжди повинно бути справедливим. Прихильники концепції природного права обстоюють думку, що закони повинні бути втіленням справедливості [4, с. 95]. Як уважають деякі вчені, право – це нормативно закріплена справедливість. З огляду на це, юридична рівність, законність і справедливість як принципи права законодавчо закріплені міжнародними актами і внутрішньодержавними нормами [5, с. 269].

На думку В. Трубнікова й О. Скакун, неправильно вважати, що право, моральність і справедливість існують окремо одне від одного в часі та просторі, що тому (як стверджується критиками справедливості) можна безболісно відмовитися від поняття справедливості. Насправді вони водночас співіснують у державно-правових відносинах, у тому чи іншому ступені розвитку, а також у вищій формі їхнього прояву – справедливості. Тому більш правильно видається думка, що справедливість – це не тільки етична, філософська категорія, але й правове поняття, що санкціонує певні суспільні відносини, відповідні цим відносинам правила поведінки, учинки і діяльність людей. Конкретне відбиття справедливості знаходить у правових нормах, а також учинках людей, що застосовують ці норми [6, с. 13–14].

Справедливість по своїй суті є поняттям реальним, що віддзеркалює соціальні реалії того чи іншого суспільства, рівень його культурної, правової зрілості. Нині справедливість відіграє роль своєрідного індикатора, який дає конкретне уявлення про відповідність моделі соціальної та правової держави її фактичному стану в суспільстві. Про право на справедливий суд ідеться у ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. Вимога дотримуватися справедливості під час застосування кримінального покарання закріплена й у ст. 10 Загальної декларації прав людини 1948 р., ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські й політичні права 1966 р. Так, ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод проголошує, що «кожний має право на справедливий і публічний розгляд його справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом». Варто підкреслити, що розгляд справи може бути справедливим лише в разі незалежності та неупередженості суду. А тому принцип справедливості безпосередньо стосується конституційно-правового статусу Вищої ради правосуддя. Адже саме на цей орган покладається забезпечення незалежності судової влади, її функціонування на засадах відповідальності, підзвітності перед суспільством, формування добросовісного та високопрофесійного корпусу суддів, додержання норм Конституції України і законів України, а також професійної етики в діяльності суддів і прокурорів.

Окрім того, принцип справедливості полягає в тому, що рішення Вищої ради правосуддя ґрунтуються не тільки на букві закону, а й на уявленнях розумності, обґрунтованості, прийнятності, раціональності, людяності, гуманізму, людиноцентричності. Беручи до уваги, що справедливість – це мо-

рально-етична категорія, прямому нормативному регулюванню вона не піддається, проте змістом даного принципу пронизані буквально всі повноваження Вищої ради правосуддя.

Ще одним важливим принципом конституційно-правового статусу Вищої ради правосуддя є принцип гуманізму. Даний принцип є критерієм прогресивності соціальних інститутів та визнає благо людини, її право на свободу, щастя, виявлення своїх здібностей. Ідеї гуманізму мають загальнолюдський (загальноцивілізаційний) характер, у праві прояв принципу гуманізму означає закріплення у правових формах відносин між людиною, державою і суспільством [7, с. 16]. Сучасні науковці – представники політології, філософії, теорії права, фахівці галузевих правових наук продовжують працювати над гуманістичною проблематикою, беручи до уваги історичні, ідеологічні, прагматичні аспекти, використовують контексти національного розвитку, європейської інтеграції, світових або європейських стандартів життя, адаптації національного законодавства тощо [8, с. 48].

Згідно з доктриною природного права кожна людина має природжені, невід’ємні права, і ці права аж ніяк не можуть бути відчужені на користь держави чи правових інститутів суспільства [9, с. 51]. Вищі гуманітарні засади, зумовлені сутністю суспільства і прагненням людини до високого, гідного становища, реалізуються насамперед у цінностях природного права. Однак гуманізм поряд зі свободою, справедливістю і рівністю є також однією з основних засад позитивного права. Це категорично необхідно враховувати під час створення, застосування і тлумачення юридичних актів [10, с. 35].

Конституція встановила обов’язок держави визнавати, дотримуватися й захищати права людини, а це означає, що джерело й основа цих прав перебувають поза державою. Тим самим держава має не тільки утримуватись від втручання у сферу прав людини, але і зобов’язана дотримуватися їх, що передбачає активну діяльність держави щодо створення умов для їх реалізації шляхом ухвалення законів, які регламентують діяльність державних органів у частині забезпечення всього комплексу прав людини [11, с. 46]. Своє втілення принцип гуманізму у праві знаходить у низці нормативних положень різноманітної галузевої належності [12, с. 7]. На думку В. Сімутіна, «сучасна держава є інституціональним втіленням певних цінностей і нормативів, які «підпорядковані» ідеї створення гідних умов реалізації, забезпечення й охорони основних прав і свобод людини. І в цьому аспекті можна припустити, що коли йдеться про сучасну державу, то передусім це права держава. Пра-

вова держава, яка виступає не тільки державою, обмеженою правом (і в цьому полягає сенс принципу верховенства права), але й інституцією, що створює умови для втілення в життя прав і свобод людини» [13, с. 55].

Загалом, людиноцентрична модель законодавства передбачає, що права, свободи й інтереси людини є основним критерієм визначення його якісних параметрів. Норма законодавчого акта не може обмежувати зовнішню свободу людини, окрім випадків, коли це необхідно для забезпечення свободи інших людей. В іншому разі така норма визнається несправедливою, отже, неправовою. На думку С. Гусарева, сучасна методологія правознавства дозволяє розглядати гуманізм у праві: як основоположну ідею правового світогляду, що ґрунтується на ідеалах свободи, рівності та справедливості, які становлять сутність гуманізму; як визначальний принцип юриспруденції, згідно з яким людина визнається найвищою цінністю, метою і ніколи – як засіб; як реальний стан відносин, побудованих на балансі інтересів та рівності сторін, неможливості зовнішнього примусу щодо визначеної законодавчо свободи [8, с. 49].

Усе це дає підстави вважати гуманізм невід’ємним конституційним принципом. До таких самих висновків дійшов і Конституційний Суд України, чие праворозуміння взагалі є гуманістичним, людиномірним [14, с. 15]. Так, у рішенні у справі про призначення судом більш м’якого покарання від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 Суд прямо посилається на конституційний принцип додержання гуманізму, а в рішенні у справі про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання від 11 жовтня 2005 р. № 8-рп/2005 він підкреслює, що діяльність правотворчих і правозастосовних органів має здійснюватися, зокрема, за принципом гуманізму [10, с. 37].

Окрім соціального й історичного коріння, цей принцип має конституційне закріплення та міжнародний захист. Гуманне ставлення до людини пронизує зміст усіх міжнародних актів про права людини. Ухвалення Загальної декларації прав людини було викликано, як сказано у преамбулі цього документа, прагненням народів Об’єднаних Націй висловити свою віру в основні права людини, у гідність і цінність людської особистості, а також їхньою рішучістю сприяти соціальному прогресові й поліпшенню умов життя людей. Так, Загальна декларація прав людини (1948 р.) закріпила положення, які безпосередньо стосуються розглядуваного принципу, як-от: рівність громадян (ст. ст. 2, 7, 9); недоторканність особи (ст. ст. 4, 9); заборона тортур та інших нелюдських та таких, що прини-

жують, видів поведження та покарання (ст. 5); заборона застосування зворотної сили закону (ст. 11) тощо. Окрім того, сучасні євроінтеграційні процеси, які визначають новітній етап тисячолітньої історії державотворення України, актуалізують проблеми ефективного (з акцентом на позитивний результат) упровадження в суспільну практику найважливіших демократичних принципів, на які спираються розвинені європейські країни світу. Зasadничим таким принципом є принцип гуманізму [15, с. 55].

Отже, можна зробити висновок про важливість процесів гуманізації сучасного законодавства України в контексті європейської інтеграції, що спрямовується на створення ефективних механізмів забезпечення прав і свобод людини та громадянина. Ідеї гуманізму безпосередньо стосуються питань судоустрою, правосуддя і мають велике інтегративне значення для сучасного українського суспільства, спрямовані на досягнення спільних цінностей із країнами Європейського Союзу.

Висновки. Отже, утворення Вищої ради правосуддя України та відповідних органів зарубіжних країн зумовлено потребою у формуванні необхідного балансу між незалежністю суддів і їхньою відповідальністю перед суспільством. Саме ця обставина зумовлює особливий конституційно-правовий статус згаданих органів в Україні та відповідних органів у зарубіжних країнах. Тож саме принципи справедливості та гуманізму як елементи конституційно-правового статусу Вищої ради правосуддя, що містяться в міжнародних актах, Конституції України й інших нормативно-правових актах, відображають демократичний людиноцентричний характер даного органу в судовій системі загалом і організаційному забезпеченні діяльності судів зокрема.

Список використаної літератури:

1. Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки, ухвалено Комітетом Міністрів Ради Європи від 17 листопада 2010 р. на 1098 засіданні заступників міністрів. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a38.
2. Висновок № 10 КРЕС «Про раду судової влади на службі суспільства», прийнято Консультативною радою на 8-му засіданні від 23 листопада 2007 р. URL: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2007\)OP10&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2007)OP10&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3).

3. Мінченко Р. Принцип справедливості як основний критерій взаємодії особистості та державної влади. *Актуальні проблеми політики: збірник наукових праць*. 2011. Вип. 42. С. 21–26.

4. Хайруллин В. Что такое коммуитарная справедливость. *Государство и право*. 2007. № 9. С. 94–101.

5. Философия права : учебник / под ред. О. Данильяна. Москва : Эксмо, 2005. 416 с.

6. Трубніков В., Скакун О. Принцип справедливості з позиції філософії. *Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна*. Серія «Право». 2015. Вип. 20. С. 13–20.

7. Бахновська І., Сова Ю. Загальнолюдські принципи права як універсальні нормативні засади. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 4. С. 14–17.

8. Гусарев С. Гуманізм як основоположна ідея сучасного правового світогляду. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 47–51.

9. Філософія права : навчальний посібник / за ред. М. Костицький, Б. Чміль. Київ : Юрінком-Інтер, 2000. 336 с.

10. Погребняк С. Втілення принципу гуманізму в праві. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. № 1 (48). С. 33–42.

11. Мірошниченко Ю. Конституційно-правове забезпечення народовладдя в Україні : монографія. Київ : Фенікс, 2012. 360 с.

12. Гуманистическая природа социалистических общественных отношений / науч. ред. Б. Лебедев. Казань : Казан. ун-т, 1990. 192 с.

13. Сімутін В.В. Змістоутворюючі засади організації та діяльності механізму сучасної держави. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія «Юриспруденція». 2013. № 5. С. 54–57.

14. Рабінович П. Верховенство права (за матеріалами практики Страсбурзького Суду та Конституційного Суду України). *Вісник Академії правових наук України*. 2006. № 2. С. 3–16.

15. Томкіна О. Засади гуманізму як принципу діяльності державного апарату України: європейський контекст. *Публічне право*. 2016. № 2. С. 54–62.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

ХАЛЮК Сергій Олександрович – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри конституційного права та прав людини Національної академії внутрішніх справ;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

KHALIUK Serhii Oleksandrovich – Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Constitutional Law and Human Rights National Academy of Internal Reference; skhaliuk@ukr.net

Административное право и процесс

CZU 342.84(478)

ORGANELE ABILITATE CU SOLUȚIONAREA LITIGIILOR ELECTORALE ÎN REPUBLICA MOLDOVA

Maria GRĂU-PANȚUREAC,
doctor în drept., lector universitar,
Academia de Studii Economice a Moldovei

REZUMAT

Subiectul analizat rezidă în conceptualizarea răspunderii pentru încălcarea normelor de drept electoral, prin nuanțarea importanței instituției răspunderii în protecția și restabilirea drepturilor electorale încălcate, elucidând organele abilitate cu soluționarea litigiilor electorale, precum și formularea de concluzii îndreptate spre îmbunătățirea domeniului de reglementare a drepturilor electorale și valorificarea eficientă a acestora în contextul desfășurării unor alegeri libere și corecte.

Cuvinte cheie: Responsabilitate, răspundere juridică, răspunderea pentru încălcarea normelor de drept electoral, litigiu electoral, conflict electoral, fraudă electorală, contencios electoral.

THE BODIES EMPOWERED TO SETTLE ELECTORAL DISPUTES

Maria GRĂU-PANȚUREAC,
docteur en droit, university lecturer
Academy of Economic Studies of Moldova

SUMMARY

The important solved scientific problem lies in conceptualizing the responsibility for violation of the electoral law, by defining the importance of the institution of responsibility in the protection and restoration of the violated electoral rights, the elucidation of its particularities and its forms, as well as the formulation of the recommendations and proposals of the law on the window aimed at improving the scope of electoral rights regulation and their efficient use in the context of holding free and fair elections.

Key words: responsibility, legal liability, liability for violation of electoral law, electoral litigation, electoral conflict, electoral fraud, contentious litigation.

Problema. Legislația Republicii Moldova în materie electorală este una complexă, din care cauză persoanelor care activează în domeniul electoral le revine un rol extrem de important în asigurarea și garantarea desfășurării scrutinelor electorale conform legislației naționale și a standardelor internaționale. Orice greșală, ezitare sau întârziere riscă a fi sancționată prin legiferarea de către instanțele judecătorești a abuzurilor sau fraudelor electorale sesizate.

La etapa actuală, în Republica Moldova sunt elaborate puține lucrări care ar aborda problema organelor implicate în soluționarea litigiilor electorale iar articolul dat este o lucrare complexă în ceea ce privește caracterizarea teoretico-practică a competenței acestor instituții. Necesitatea unei astfel de cercetări este impusă de numeroase încălcări a legislației

electorale care se comit în cadrul campaniilor electorale și alegerilor din Republica Moldova.

Actualitatea temei cercetate. Studiarea tematicii cu privire la organele abilitate cu soluționarea litigiilor electorale este una actuală și de o importanță incontestabilă dat fiind faptul că prin intermediul acestor instituții este asigurată restabilirea drepturilor electorale încălcate și nu în ultimul rând asigurarea unor alegeri libere și corecte.

Introducere. Alegerile sunt modalitatea prin care cetățenii își exprimă opțiunea sa electorală pentru susținerea unuia dintre candidații care concurează în vederea obținerii unei funcții publice. Votul este exprimarea preferinței cetățeanului pentru o persoană sau un partid pentru ocuparea unei funcții în organele de stat.

În contextul evoluției relațiilor sociale ale numeroaselor scrutine electorale, în care persistă mereu careva tensiuni determinate de comiterea încălcărilor electorale, se impune necesitatea studierii mai aprofundate a răspunderii pentru încălcarea normelor de drept electoral și a organelor abilitate cu soluționarea litigiilor electorale.

Scopul și sarcinile cercetării. Scopul cercetării constă în realizarea unei cercetări multiaspectuale a organelor abilitate cu soluționarea litigiilor electorale și a contenciosului electoral. Pentru atingerea scopului propus am trasat următoarele sarcini: a) analiza răspunderii pentru încălcarea normelor de drept electoral prin prisma art. 2 și 38 din Constituția Republicii Moldova, în concordanță cu art. 71-75 ale Codului Electoral al Republicii Moldova; b) analiza organelor abilitate cu soluționarea litigiilor electorale.

Metode aplicate și materiale folosite. În procesul de elaborare a articolului dat, au fost utilizate următoarele metode de cercetare: metoda analizei, a sintezei, metoda comparației ș.a. În calitate de materiale științifice au fost utilizate Codul electoral al Republicii Moldova (CE), Codul Administrativ al Republicii Moldova (CA), Codul de Procedură Civilă al Republicii Moldova (CPC), precum și surse doctrinare în domeniu.

Rezultate obținute și dezbateri constau în abordarea teoretică dar și practică a tuturor factorilor și circumstanțelor relevante pentru subiectele supuse cercetării – organele competente cu soluționarea litigiilor electorale și a specificului contenciosului electoral.

În continuare, vom analiza organele abilitate cu soluționarea litigiilor electorale în Republica Moldova.

Buna desfășurare a scrutinului electoral constituie o garanție fundamentală a exercitării în condițiile legii a suveranității poporului, a exprimării voinței acestuia pe marginea constituirii autorităților sale reprezentative, care urmează să-i realizeze interesele și aspirațiile [1].

Legalitatea procesului electoral presupune constituționalitatea legislației electorale, asigurată de unica jurisdicție constituțională în stat – Curtea Constituțională, precum și legalitatea procesului de aplicare a legislației electorale în cadrul scrutinului electoral – asigurată atât de către Curtea Constituțională, instanțele judecătorești, organele electorale, cât și de alte autorități.

Curtea Constituțională are atribuții în ceea ce privește asigurarea constituționalității legislației electorale, precum și este abilitată cu confirmarea constituționalității desfășurării scrutinului electoral [2].

Conform art. 14 din Codul Electoral, sistemul organelor electorale ale Republicii Moldova este

format din Comisia Electorală Centrală, Consiliile Electorale de Circumscripție și Birourile Electorale ale secțiilor de votare [3].

Potrivit art. 16 din Codul Electoral, Comisia Electorală Centrală este persoană juridică, ale cărei atribuții sunt stabilite de art. 22, 26 din Codul Electoral.

Reieșind din prevederile art. 28, 29 din Codul Electoral, consiliile și birourile electorale sunt organe temporare, care se constituie înainte de scrutin și își încheie activitatea după confirmarea legalității alegerilor și publicarea rezultatelor finale. Acestea exercită atribuții prevăzute de art. 28, 30 din Codul Electoral.

Potrivit art. 53 alin. (1) din Constituție, persoana vătămată într-un drept al său de o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, este îndreptățită să obțină recunoașterea dreptului pretins, anularea actului și repararea pagubei [4].

Așadar, după cum s-a menționat, litigiile electorale se examinează în ordinea stabilită de Codul Electoral, completându-se cu prevederile Codului de Procedură Civilă și al Codului Administrativ.

Prin urmare, autorităților statului le revine obligația de a examina sesizările și contestațiile depuse fiind obligate să întreprindă și să ia măsurile necesare întru stoparea fenomenului depistat. De asemenea, autorităților statului le revine și obligația supravegherii corectitudinii pregătirilor, organizării și desfășurării scrutinelor electorale.

Legislația în vigoare prevede garanții privind apărarea drepturilor electorale ale alegătorilor sau concurenților electorali prin crearea unui sistem de contestare a actelor emise de către organele electorale. Acest sistem poate fi realizat atât pe cale judiciară cât și administrativă, adică prin adresarea nemijlocită a persoanei cointeresate direct în instanțele de judecată și către organele electorale ierarhic superioare.

Procedura de examinare a conflictelor electorale este prevăzută de Capitolul 12, secțiunea 1, Cod Electoral al Republicii Moldova. Totodată, legiuitorul nu a repartizat secțiuni separate pentru procedurile extrajudiciare, adică contestarea acțiunilor organelor electorale în organele electorale ierarhic superioare și în instanțele de judecată.

Potrivit prevederilor art. 71 alin. (1) Cod Electoral, alegătorii și concurenții electorali pot contesta acțiunile/inacțiunile și hotărârile consiliilor și birourilor electorale în organele electorale ierarhic superioare și în instanțele de judecată.

În scopul asigurării alegerilor libere și corecte, legislația în vigoare, în special Codul Electoral, reglementează mecanismul de control al procesului electoral, de apărare a drepturilor electorale ale

alegătorilor și ale concurenților electorali. Prin urmare, controlul legalității actelor electorale constituie o parte indispensabilă a procesului electoral [1].

Comisia Electorală Centrală și organele electorale ierarhic inferioare emit acte administrative, care pot fi supuse controlului legalității în ordinea contenciosului administrativ.

În lumina celor menționate se reține că litigiile cu caracter electoral urmează a fi examinate în ordinea contenciosului administrativ, deoarece cerințele înaintate în instanța de judecată pentru apărarea drepturilor electorale sunt cerințe care rezultă din raporturi administrative și, ținând cont de specificul lor, necesită a fi examinate și soluționate în termene foarte restrânse [5].

Menționăm, procedura care reprezintă un mecanism de asigurare a respectării drepturilor electorale ale cetățenilor, este numită *contencios electoral*. În cazul alegerilor, inițierii unui referendum, acțiunile/inacțiunile administrației publice locale, legate de întocmirea și autentificarea listelor de subscripție, la fel urmează a fi examinate și soluționate în procedura contenciosului administrativ cu caracter electoral.

Cerințele privind apărarea onoarei și demnității concurenților electorali nu constituie obiect de examinare în contenciosul electoral, acestea urmând a fi examinate și soluționate conform prevederilor Legii cu privire la libertatea de exprimare nr. 64 din 23.04.2010, intrată în vigoare la 09.10.2010 [6].

Legalitatea actelor administrative electorale emise de către organele electorale este verificată atât de autoritățile publice, cât și de către autoritatea judecătorească în vederea asigurării respectării drepturilor constituționale ale cetățenilor la alegeri libere și corecte. Așadar, instanțele de judecată reprezintă un mecanism legal de supraveghere a procesului electoral, fiind un garant al asigurării alegerilor libere, democratice, echitabile și transparente. Competența instanțelor judecătorești cu privire la asigurarea legalității scrutinului electoral se rezumă la: examinarea materialelor privind confirmarea legalității alegerilor; validarea mandatelor candidaților; examinarea litigiilor în timpul campaniei electorale etc.

Astfel, instanțele judecătorești pot dispune: afirmarea sau infirmarea legalității alegerilor; validarea mandatelor aleșilor locali; confirmarea listelor candidaților; examinarea litigiilor, a contestațiilor electorale și postelectorale etc. [7, p. 40–45].

Ținem să menționăm importanța instanțelor judecătorești în examinarea și soluționarea litigiilor electorale, care reprezintă unul din mijloacele principale de protecție a drepturilor constituționale exclusiv-politice ale cetățeanului – de a alege și de a fi ales.

Vorbind despre rolul organelor judiciare în examinarea și soluționarea litigiilor electorale, este inevitabil necesar de a ne referi la un șir de norme ale dreptului internațional și Constituția Republicii Moldova.

Astfel, în conformitate cu art. 8 al Declarației Universale a Drepturilor Omului din 10 decembrie 1948, „orice persoană are dreptul să se adreseze în mod efectiv instanțelor judiciare competente împotriva actelor care violează drepturile fundamentale ce îi sînt recunoscute prin constituție sau prin lege” [8].

În art. 4 al Constituției Republicii Moldova este stipulat, că apărarea de către stat a drepturilor și libertăților omului și cetățeanului în Republica Moldova este garantată. O specificare a garanției numite poate servi, probabil, norma prevăzută în art. 20 al Constituției Republicii Moldova, conform căreia fiecare are dreptul la apărare judiciară.

Litigiile în procesul electoral sunt lucruri firești și nu înseamnă că ceva nu ar merge bine, ci, dimpotrivă, acest lucru denotă existența transparenței, libertății de exprimare și că soluționarea corectă și la timp a acestora va contribui la desfășurarea unor alegeri democratice și la realizarea actului justiției în general.

Astfel, în cazul în care o persoană se consideră lezată în drepturile sale, ea poate contesta în condițiile legii faptele pe care le presupune a fi ilegale [9, p. 52–54]. Apariția anumitor situații de conflict între participanții la relațiile de drept electoral sunt inevitabile în cursul oricărei campanii electorale. Motivele apariției litigiilor electorale pot fi diverse: de exemplu, comiterea unor încălcări cu caracter electoral sau interpretarea neunivocă a legii electorale de către diferiți subiecți de drept.

Ca și obiect al litigiilor electorale pot fi actele electorale, acțiunile și inacțiunile, precum și orice procedeu și operație electorală realizate de organele electorale, concurenții electorali sau alți subiecți ai procesului electoral. În calitate de subiecți ai raporturilor juridice menționate pot fi: organele electorale, concurenții electorali și reprezentanții acestora, observatorii, mijloacele de informare în masă, autoritățile publice centrale și electorale, precum și cetățenii [1, p. 41].

Apărarea judiciară a drepturilor electorale ale cetățenilor asigură funcționarea corespunzătoare a instituțiilor care se ocupă de procesul electoral, reprezentând un mecanism legal de realizare a drepturilor electorale. Un important aspect al activității judiciare la examinarea și soluționarea litigiilor electorale constă în faptul că puterea judecătorească, de fapt, se află în afara luptei electorale a concurenților politici, aceasta fiind un garant al legalității desfășurării scrutinului electoral.

Contestațiile. Procedura prealabilă. Perfectarea normativă a instituției contestației, ca mijloc universal de protecție a drepturilor electorale ale cetățenilor, răspunde necesităților creării unei secțiuni colizionale a dreptului electoral care să reglementeze conflictele legate de organizarea și desfășurarea alegerilor [10, p. 45].

Republica Moldova este un stat în care soluționarea contestațiilor cu caracter electoral revine atât organelor electorale (în procedura extrajudiciară), cât și instanțelor de judecată.

Conform prevederilor Codului Electoral, la actele administrative ale organelor electorale se referă actele emise de către acestea, sub formă de hotărâre sau decizie.

Acțiunile organelor electorale reprezintă manifestarea de voință a acestora, în legătură cu exercitarea anumitor atribuții stabilite prin lege, legate de organizarea și desfășurarea oricărui tip de scrutin. Prin *inacțiunile organelor electorale* se va subînțelege neexecutarea de către acestea a atribuțiilor sale în conformitate cu prevederile legale, care se pot materializa prin eschivarea de la adoptarea unei soluții, care este o formă a inacțiunii, se va avea în vedere situația în care organul electoral, deși în virtutea legii era obligat să examineze anumite chestiuni și să ia act de decizie, a evitat să execute aceste obligațiuni [5].

Dat fiind faptul că legislația în vigoare investeste nu numai instanțele judecătorești cu competența de a examina și soluționa conflictele electorale, ci și organele electorale, se menționează că procedura detaliată de examinare a contestațiilor în fața organelor electorale este reglementată prin Hotărârea Comisiei Electorale Centrale nr. 3353 din 20 iulie 2010 cu privire la aprobarea Regulamentului privind procedura de examinare și soluționare a contestațiilor de către organele electorale în perioada electorală [11].

Conform pct. 2 al acestui Regulament, *contestația* este definită ca o cerere, în formă scrisă, de anulare sau revizuire a unui act, a unei hotărâri sau de contestare a legalității acțiunilor/inacțiunilor organelor electorale sau a concurenților electorali, după caz, a participanților la referendum, de reclamare a încălcării Codului Electoral.

Organele electorale examinează contestațiile privind: anularea sau revizuirea unui act, a unei hotărâri emise de organul electoral ierarhic inferior; acțiunile/inacțiunile acestuia; finanțarea campaniilor electorale de către concurenții electorali/participanții la referendum. În cauzele electorale examinate de către organele electorale, în calitate de parte a unei contestații poate apărea alegătorul, concurentul electoral sau organul electoral ale cărui acțiuni/inacțiuni și hotărâri se contestă, după caz, participanții la referendum [11].

Contestația se întocmește în formă scrisă și va corespunde cerințelor stabilite de art. 71 alin. (5) din Codul Electoral.

Contestațiile privind listele electorale (privind neinclusiunea sau excluderea alegătorului din lista electorală, precum și alte incorectitudini din listele electorale) se examinează de către organele electorale, în decurs de 24 de ore, iar refuzul de corectare sau includere în lista electorală poate fi contestat de subiecții interesați în instanța de contencios administrativ, cu respectarea procedurii prealabile (art. 45 alin. (2) din Codul Electoral) [11].

Prevederile art. 71, 72 din Codul Electoral reglementează acțiunile/inacțiunile organului electoral, concurentului electoral, hotărârile organului electoral, pentru care este prevăzută calea prealabilă de soluționare a litigiului, pot fi contestate în instanța de judecată, în termen de 3 zile calendaristice de la data expirării termenului de examinare a cererii prealabile.

Actele Comisiei Electorale Centrale și ale Consiliului Coordonator al Audiovizualului cu privire la organizarea și desfășurarea alegerilor se contestă în instanța de judecată, fără respectarea procedurii prealabile (art. 71 alin. (4) din Codul Electoral).

Dreptul de a alege (drept electoral activ), dreptul de a fi ales (drept electoral pasiv), la fel, și dreptul de a participa la referendum aparține doar cetățenilor Republicii Moldova care au atins vârsta de 18 ani (art. 38 din Constituția Republicii Moldova, art. 11, 12 din Codul Electoral).

Astfel, adresarea în instanța de judecată, pentru realizarea drepturilor electorale urmează a fi însoțită de dovada deținerii cetățeniei Republicii Moldova. Articolul 58 alin. (1) din Codul Electoral, prevede că dovada cetățeniei Republicii Moldova se face prin prezentarea actului de identitate. Actele, prin care se confirmă cetățenia, sunt enumerate în art. 5 din Legea cetățeniei Republicii Moldova [12].

Totodată, legiuitorul, în art. 13 din Codul Electoral, a prevăzut anumite situații în care cetățeanului i se poate restricționa aceste drepturi electorale. Cu toate acestea, limitarea drepturilor electorale, în temeiul normei enunțate, având în vedere jurisprudența CtEDO, urmează a fi argumentată și justificată pe temeiuri rezonabile și obiective (a se vedea Cauza Murat Vural contra Turciei, Hotărârea din 21.10.2014, Cauza Alajos Kiss contra Ungariei, Hotărârea din 20 mai 2010 etc.) [5].

Cetățenii sunt în drept să se adreseze în instanța de judecată pentru apărarea dreptului electoral activ, de exemplu, în cazurile legate de incorectitudinea întocmirii listelor electorale, în cazurile de neprezentare a informației solicitate, în cazurile în care au fost lipsiți de posibilitatea de a vota în circumscripția electorală.

De asemenea, cetățenii pot să solicite și apărarea dreptului electoral pasiv, în cazul în care consideră că le este lezat acest drept (ex.: contestarea refuzului privind înregistrarea în calitate de concurent electoral, candidat în alegeri) [5].

În baza art. 4 alin. (1) pct. 7 din Legea taxei de stat [94], art. 85 alin. (1) lit. a) din Codul de Procedură Civilă, reclamanții, în procedura de contencios electoral, sunt scutiți de plata taxei de stat.

Raporturile juridice, generate de conflictele electorale, implică declanșarea unui mecanism legal de soluționare a acestora, care este determinat de Codul Electoral, Codul Administrativ și Codul de Procedură Civilă.

Astfel, în conformitate cu art. 72, 73 din Codul Electoral, art. 277-278 din Codul de Procedură Civilă, art. 189 art. 191 (alin. 3) din Codul Administrativ, competente în judecarea litigiilor electorale sunt judecătoriile și Curtea de Apel Chișinău.

Judecătoriile, ca instanțe de contencios administrativ, examinează și soluționează:

- contestațiile împotriva hotărârilor, acțiunilor/inacțiunilor consiliilor/birourilor electorale;
 - contestațiile cu privire la reflectarea campaniei electorale de către mijloacele de informare în masă scrise;
 - cererile cu privire la refuzul radiodifuzorilor locali de a difuza sau de a publica, în condițiile legii, publicitatea electorală, contra plată sau gratuit;
 - cererile cu privire la renumărarea voturilor în alegerile locale;
 - cererile privind anularea înregistrării concurenților electorali în alegerile locale (art. 75 CE);
 - contestațiile împotriva neincluserii alegătorilor în listă sau excluderii din ea, precum și împotriva altor erori comise la înscrierea datelor despre alegători.
- Curtea de Apel Chișinău, ca primă instanță, judecă:
- litigiile ce țin de contestarea actelor Comisiei Electorale Centrale și Consiliului Coordonator al Audiovizualului cu privire la organizarea și desfășurarea alegerilor;
 - litigiile privind contestarea actelor (hotărârilor) Comisiei Electorale Centrale și Consiliului Coordonator al Audiovizualului, în cazul adoptării unor decizii noi, în baza cererii prealabile a persoanei interesate;
 - litigiile privind refuzul radiodifuzorilor naționali de a difuza sau, respectiv, de a publica publicitatea electorală în campania electorală pentru alegeri parlamentare, prezidențiale și referendumuri republicane;
 - cererile de anulare a înregistrării concurenților electorali, în cazul alegerilor parlamentare, prezidențiale (art. 75 alin. (5), 105 din Codul Electoral).

Pricinile de contencios electoral se vor examina în conformitate cu norma de competență teritorială generală, reglementat de Codul de Procedură Civilă.

Codul Administrativ (art. 191) [13] stabilește că judecătoriile soluționează în fond toate acțiunile în contencios administrativ, inclusiv litigiile electorale, cu excepția cazurilor aflate în competența Curților de Apel și a Curții de Apel Chișinău. Codul pune în competența Curții de Apel Chișinău soluționarea în primă instanță a acțiunilor în contencios administrativ atribuite în competența sa prin Codul Electoral.

În sensul acestei norme, acțiunea se intentează în instanța (în oricare din sediile instanței) de la domiciliul/sediul pârâtului. Conform art. 72 alin. (2) din Codul Electoral, în cazul alegerilor locale, hotărârile consiliilor electorale asupra contestațiilor ce vizează acțiunile/inacțiunile concurenților electorali pot fi atacate în instanța de judecată, în a cărei rază teritorială se află consiliul respectiv.

Renumărarea voturilor în alegerile parlamentare și prezidențiale nu este de competența instanțelor judecătorești, aceasta îi revine Curții Constituționale, care este abilitată prin lege să confirme sau să infirme legalitatea alegerilor parlamentare, cât și a celor prezidențiale.

De asemenea, potrivit art. 177 din Codul Electoral, Curtea Constituțională confirmă sau infirmă, printr-o hotărâre, rezultatele referendumului republican.

Actul de procedură, prin care este sesizată instanța de contencios administrativ, trebuie să corespundă exigențelor prevăzute de art. 166 și 167 din Codul de Procedură Civilă pentru cererea de chemare în judecată, precum și cerințelor stabilite de art. 71 alin. (1) și (5) din Codul Electoral. În cazul în care cererea de chemare în judecată nu întrunește exigențele prevăzute de lege, judecătorul va întreprinde una din măsurile prevăzute de art. 171 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă, și anume: nu va da curs cererii (art. 170 CPC); va restitui cererea de chemare în judecată sau va refuza primirea cererii (art. 169 din CPC) [14].

Este foarte important ca la primirea cererii de chemare în judecată, judecătorul să verifice faptul respectării procedurii prealabile de soluționare a litigiului, pe cale extrajudiciară, dacă legea nu prevede altfel.

Procedura de depunere și soluționare a cererii prealabile este reglementată prin Titlul V al CA. Potrivit art. 208 al Codului Administrativ al Republicii Moldova, *în cazurile prevăzute de lege, până la înaintarea acțiunii în contencios administrative, se va respecta procedura prealabilă.* Această procedură se pune în aplicare prin depunerea cererii prealabile, care în conformitate cu art. 19 din CA *este instituția care oferă o cale de soluționare prejudiciară a litigiilor administrative.*

Articolul 165 din CA reglementează termenul de 30 de zile pentru depunerea cererii prealabile, termen care începe să curgă din momentul notificării actului administrativ individual ori a respingerii petiției. Autoritatea publică emitentă soluționează cererea prealabilă în termen de 15 zile calendaristice.

Nerespectarea procedurii prealabile constituie temei de restituire a cererii de chemare în judecată în conformitate cu art. 170 alin. (1) lit. a) din Codul de Procedură Civilă.

Ținând cont de faptul că prevederile art. 72 din Codul Electoral impun termene restrânse de examinare a litigiilor electorale, judecătorul decide primirea cererii de chemare în judecată în ziua depunerii ei. Tot în această zi se înmânează pârâtului copia cererii și a actelor anexate la cererea reclamantului, iar în caz de imposibilitate – a doua zi, cu excepția cazurilor când pricina se examinează în ziua primirii ei. Părțile vor fi chemate la prima prezentare, de regulă, în ziua fixată pentru dezbaterile judiciare.

În baza art. 32 alin. (7) din Codul Electoral, judecătorii desemnați în componența consiliilor electorale nu pot examina litigiile cu caracter electoral din circumscripția respectivă, începând cu data formării consiliului. Luând în considerație circumstanțele concrete ale cauzei, judecătorul soluționează, în conformitate cu art. 183 și 185 din Codul de Procedură Civilă, chestiunea cu privire la componența participanților la proces, adică cu privire la părțile procesului, a altor persoane care pot interveni în proces alături de părțile procesului.

În conformitate cu art. 204 CA, părți în procedura de contencios administrativ pot fi persoanele fizice sau juridice și autoritățile publice.

Ținem să menționăm, calitatea procesuală a participanților la proces în pricinile electorale în care se contestă actele administrative, acțiunile sau inacțiunile organelor electorale, în calitate de pârât participă organul electoral, ale cărui acte se contestă, precum și organul ierarhic superior care a examinat și a respins cererea prealabilă.

În cazul în care se contestă decizia consiliului local al autorității reprezentative a unității administrativ-teritoriale cu statut special privind desfășurarea referendumului local pentru revocarea primarului, în calitate de pârât va fi atras consiliul local respectiv sau autoritatea reprezentativă a unității administrativ-teritoriale cu statut special, precum și primarul, a cărui revocare se solicită prin referendum, iar în celelalte cazuri – autoritatea ce a refuzat stabilirea datei referendumului local [15].

În cauzele electorale în care sunt contestate acțiunile concurentului electoral sau se solicită anularea înregistrării concurentului electoral, acțiunea

se înaintează și împotriva candidatului înregistrat sau a partidului, ale cărui liste de candidați au fost înregistrate în ordinea stabilită de lege [5].

Reclamantul este acela care declanșează litigiul, adică orice persoană care se consideră lezată într-un drept subiectiv recunoscut de lege. Aici însă este de reținut că, în anumite cazuri, legislația determină cercul de persoane care au dreptul de a se adresa în instanța de judecată cu cerințe ce rezultă din raporturi juridice de drept electoral [5].

Astfel, potrivit art. 71 alin. (1) din Codul Electoral, concurenții electorali își pot apăra interesele în instanța de judecată, la examinarea contestațiilor ce vizează actele și hotărârile organelor electorale și ale concurenților electorali, în conformitate cu art. 15 alin. (1) Cod Electoral.

De asemenea, organele electorale sunt în drept să se adreseze în instanța de judecată în legătură cu încălcarea prevederilor legislației electorale de către alți subiecți ai raporturilor juridice electorale. Astfel, Comisia Electorală Centrală, în temeiul art. 71 din Codul Electoral, în cazul alegerilor parlamentare, poate sesiza Curtea de Apel Chișinău, cu cerere, privind anularea înregistrării concurentului electoral, în legătură cu încălcarea prevederilor art. 38 alin. (2) lit. i), alin. (3) lit. a), art. 47 alin. (21) din Codul Electoral.

Cu o cerere similară se poate adresa și consiliul electoral de circumscripție în instanța judecătorească din raza acestei circumscripții, în cazul alegerilor locale.

Pe lângă aceasta, se va ține cont de faptul că, după desființarea consiliilor electorale de circumscripție, drepturile procedurale ale acestora sunt preluate, prin succesiune, de către Comisia Electorală Centrală.

În ceea ce privește sarcina probațiunii, aceasta îi revine subiectului electoral, împotriva căruia a fost depusă contestația (pârâtul), în conformitate cu prevederile legale, acesta având posibilitatea de a-și prezenta propria poziție, de a aduce contraargumente în privința faptelor imputate, de a anexa probele corespunzătoare, de a depune referința în termenul acordat de instanță. În cazul nedepunerii referinței și a probelor în termenele indicate de judecată, pârâtul, personal sau prin reprezentantul legal, își va susține poziția în ședința de judecată. Neprezentarea părții, legal citate, în ședința de judecată nu va împiedica examinarea contestației [5].

Acțiunile/inacțiunile, hotărârile Comisiei Electorale Centrale, ale Consiliului Coordonator al Audiovizualului, actele mijloacelor de informare în masă se contestă în instanța de judecată în termen de 3 zile calendaristice de la data săvârșirii acțiunii/inacțiunii sau adoptării hotărârii respective.

Conform alin. (6) al art. 71 din Codul Electoral, examinarea contestațiilor privind finanțarea

campaniilor electorale ale partidelor politice nu se supune termenelor de prescripție prevăzute la art. 70. Instanța de judecată nu este în drept să refuze primirea cererii din cauza omiterii termenului de adresare în judecată. Dacă instanța de judecată, examinând circumstanțele litigiului, a constatat că termenul de adresare în judecată a fost încălcat din motive neîntemeiate, în acest caz respinge acțiunea, ca tardivă.

Termenele de examinare a contestațiilor sunt specificate în art. 73 din Codul Electoral. Potrivit art. 73 alin. (1), (2) și (3) din Codul Electoral, contestațiile privind acțiunile și hotărârile Comisiei Electorale Centrale în perioada electorală se examinează în termen de 5 zile calendaristice de la depunere, dar nu mai târziu de ziua alegerilor.

Contestațiile privind acțiunile și hotărârile consiliilor electorale de circumscripție și ale birourilor secțiilor de votare se examinează în termen de 3 zile calendaristice de la depunere, dar nu mai târziu de ziua alegerilor. Contestațiile privind acțiunile/inacțiunile concurenților electorali se examinează în termen de 5 zile calendaristice de la depunere, dar nu mai târziu de ziua alegerilor.

La examinarea contestațiilor și litigiilor, organele electorale și instanțele de judecată vor acorda prioritate celor care se referă la înregistrarea concurenților electorali și la corectitudinea întocmirii listelor electorale.

Contestațiile depuse la instanțele de judecată în ziua alegerilor se examinează în aceeași zi, iar contestațiile împotriva hotărârii organului electoral cu privire la totalizarea rezultatelor alegerilor și atribuirea mandatelor se examinează de către instanța de judecată concomitent cu confirmarea legalității și validarea mandatelor.

Aliniatul (5) al art. 73 din Codul Electoral prevede că programul instanțelor de judecată trebuie să fie organizat în așa fel, încât contestațiile să poată fi depuse și examinate fără întârziere. Nu împiedică examinarea cauzei și nu constituie temei de încetare a procedurii judiciare cazul în care nu s-a reușit examinarea și soluționarea litigiului până la expirarea termenului de examinare prevăzut de lege.

Potrivit art. 358 din Codul de Procedură Civilă, hotărârile pronunțate în primă instanță de judecători pot fi atacate cu apel la curțile de apel.

În conformitate cu art. 231 CA, hotărârile luate de judecătorii în ordinea contenciosului administrativ pot fi contestate cu apel.

Aceasta se impune și prin faptul că, în urma modificărilor enunțate, pricinile examinate în conformitate Codul de Procedură Civilă se supun căii de atac – apelul. Recursul se va putea declara, numai după ce hotărârea instanței de fond a fost atacată cu apel.

Legislația electorală stabilește termene restrânse de examinare a litigiilor electorale, de aceea, atât recursul, cât și apelul se vor depune în termen de 3 zile de la pronunțare. Apelul și recursul se vor examina în termen de 3 zile de la primirea dosarului în cauză [3, art. 68 alin. (6)].

Totodată, se mai reține că cererea de recurs trebuie să corespundă strict prevederilor art. 437 din Codul de Procedură Civilă, în special, alin. (1) lit. f) al acestui articol, în sens că nu se va admite depunerea recursului nemotivat.

Termenele restrânse de examinare a pricinilor cu caracter electoral condiționează situația în care recursul se va depune, în mod obligatoriu, motivat, fiind arătate temeiurile de fapt și de drept în baza cărora recurentul solicită modificarea sau desființarea hotărârii atacate [5].

Depunerea recursului nemotivat constituie temei de restituire a cererii de recurs, în conformitate cu prevederile art. 438 din Codul de Procedură Civilă, instanța restituind cererea printr-o încheiere nesusceptibilă de atac în termen de 5 zile.

Așadar, contenciosul electoral este structural format din aceleași componente ca și contenciosului administrativ general. Deci, contenciosului electoral este constituit din patru nivele de control, și anume solicitarea, exercitarea căilor prealabile – contestația, cererea de chemare în judecată și recursul. Suplimentar, la aceste etape ale contenciosului electoral, apare și posibilitatea depunerii unei cereri la Curtea Constituțională. Această posibilitate apare atât în momentul în care instanța care examinează pricina este sesizată în temeiul prevederilor Codului de Procedură Civilă, cât și în cazul validării alegerilor parlamentare.

Deci, contenciosul electoral reprezintă o categorie a contenciosului administrativ, prin intermediul căreia are loc sancționarea faptelor ilicite ale organelor electorale a concurenților electorali și a altor subiecți electorali.

În cazul în care unul dintre participanții la procesul electoral se consideră vătămat într-un drept al său, recunoscut de lege, de către un alt participant la procesul electoral, în vederea curmării acțiunilor/inacțiunilor ilicite și recunoașterii dreptului pretins încălcat, acesta se poate adresa atât pe cale extrajudiciară, cât și pe cale judiciară. Mai mulți practicieni privesc contenciosul electoral ca pe o garanție în vederea realizării drepturilor electorale, ce include în sine și operațiuni electorale [16, p. 24].

Din cele expuse mai sus, putem susține că rolul autorităților judecătorești în asigurarea legalității scrutinelor electorale este unul substanțial și determinant.

Concluzii. Desfășurarea scrutinelor electorale necesită eforturile umane, dar și multe resurse financiare, suportate atât de către stat (adică de electorat prin plata impozitelor de către fiecare alegător), cât și de fiecare candidat sau concurent în parte. Atât organele și autoritățile statului cât și concurenții electorali depun multă silință și muncă, dar care, într-un final, au scopuri diferite. Statul are obligația de a asigura organizarea și desfășurarea unor alegeri, prin care sunt asigurate respectarea drepturilor și standardelor electorale, iar concurenții electorali au scopul de a fi investiți în funcțiile dorite, prin utilizarea tuturor mijloacelor și metodelor admise de aceleași standarde și norme legale. Ambele „tabere” însă sunt tentate de a încălca sau de a evita prevederile legislației electorale și aceste tendințe negative persistă aproape întotdeauna.

Referințe bibliografice:

1. RAILEAN, P. *Rolul jurisprudenței în asigurarea legalității scrutinelor electorale*. În: Alegerile și dreptul electoral în Republica Moldova. Chișinău, 2014. 74 p. – [online]. <http://iimdd.md/wp-content/uploads/2015/01/Alegerile-si-dreptul-electoral-%C3%AEn-RM.pdf> [citată 21.10.2021].
2. *Codul Jurisdicției Constituționale*. Nr. 502 din 16.06.1995. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 28.09.1995, nr. 53–54.
3. *Codul Electoral al Republicii Moldova*. Nr. 1381 din 21.11.1997 republicat. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 451–463/768 din 29.12.2017.
4. *Constituția Republicii Moldova*, din 29.07.1994 republicată. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 78/140 din 29.03.2016.
5. *Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova, cu privire la aplicarea de către instanțele judecătorești a unor prevederi ale legislației electorale*, nr. 4 din 26.09.2016 – [online]. <http://jurisprudenta.csj.md/searchhotexpl.php?id=210> [citată 25.10.2021].
6. MARTIN, P. *Sistemele electorale și modurile de scrutin*. București: Regia Autonomă Monitorul Oficial, 1999. 159 p.
7. URSU, V. *Vinovăția – Condiție inerentă a Răspunderii Juridice. Autoreferatul tezei de doctor în drept*. Chișinău, 2017.
8. Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată în 1948 – [online]. <http://legislatie.resursepentru-democratie.org/>

[legia/declaratia-universala-a-drepturilor-omului.php](http://legislatie.resursepentru-democratie.org/legia/declaratia-universala-a-drepturilor-omului.php) [citată 01.11.2021].

9. NOVAC, S. *Examinarea litigiilor electorale de către instanțele judecătorești*. În: Materialele conferinței internaționale științifico-practice, cu privire la rolul instanțelor judecătorești în procesul electoral din Republica Moldova, din 29 octombrie 2013, Chișinău. Chișinău: Tipografia Centrală, p. 52–58.

10. GUCEAC, I. *Soluționarea litigiilor electorale – element de realizare a garanțiilor constituționale ale drepturilor electorale ale cetățenilor*. În: Administrarea Publică, 2019, nr. 1, p. 42–53.

11. *Regulamentul privind procedura de examinare și soluționare a contestațiilor de către organele electorale în perioada electorală, aprobat prin Hotărârea Comisiei Electorale Centrale*. Nr. 3353 din 20.07.2010. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 10.08.2010, nr. 141–144/516.

12. *Legea cetățeniei Republicii Moldova*. Nr. 1024 din 02.06.2000 republicată. În: Monitorul Oficial al R.Moldova, ediție specială din 09.12.2005.

13. *Codul Administrativ al Republicii Moldova*. Nr. 116 din 19.07.2018. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 17.08.2018, nr. 309–320.

14. *Codul de Procedură Civilă al Republicii Moldova*. Nr. 225 din 30.05.2003 republicat. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr.285-294/436 din 03.08. În conformitate cu ultimele modificări și completări din Monitorul Oficial al Republicii Moldova. Actualizat la 01.02.2019. Chișinău: Farmec-Lux, 2019, 176 p.

15. *Legea cu privire la administrația publică locală*. Nr. 436–XVI din 28.12.2006. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 09.03.2007, nr. 32-35/116.

16. POSTICA, A., TĂNASE, V. ș.a. *Studiu Promo Lex privind practica contenciosului electoral în Republica Moldova. Alegerile parlamentare din 30 noiembrie 2014 și Alegerile locale generale din 14, 28 iunie 2015*. Chișinău 2016. 56 p. – [online]. https://promolex.md/wp-content/uploads/2016/08/Promo_Lex_RO_corect.pdf[citată 21.10.2021].

INFORMATII DESPRE AUTOR
GRĂU-PANȚUREAC Maria –
doctor în drept., lector universitar,
Academia de Studii Economice a Moldovei;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
GRĂU-PANȚUREAC Maria –
docteur en droit, university lecturer,
Academy of Economic Studies of Moldova;
griu_maria@mail.ru

УДК 351.74(477):342.95

ЩОДО ПУБЛІЧНОГО ПРАВОНАСТУПНИЦТВА В ДІЯЛЬНОСТІ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ УКРАЇНИ

Іван ПАЛАМАРЧУК,

кандидат юридичних наук,
головний спеціаліст

Управління персоналу Міністерства юстиції України

АНОТАЦІЯ

У статті проводиться теоретичне дослідження сутності публічного правонаступництва в діяльності правоохоронних органів, з використанням прикладу публічного правонаступництва в діяльності Державної кримінально-виконавчої служби України та Національної поліції України, тобто безпосередньо під час реорганізації таких суб'єктів владних повноважень (перетворення; злиття) або ліквідації. Також здійснюється описання сутності й особливостей публічного правонаступництва в діяльності правоохоронних органів; висвітлюються ризики та прогалини під час реалізації публічного правонаступництва в діяльності правоохоронних органів, запропоновано шляхи їх усунення.

Ключові слова: публічне правонаступництво, правоохоронні органи, суб'єкт владних повноважень, Міністерство юстиції України, Державна кримінально-виконавча служба України, повноваження.

REGARDING PUBLIC LEGAL SUCCESSION OF ACTIVITIES IN LAW ENFORCEMENT BODIES OF UKRAINE

Ivan PALAMARCHUK,

Candidate of Law Sciences,
Chief Specialist

Personnel Department of the Ministry of Justice of Ukraine

SUMMARY

The article conducts a theoretical study regarding the essence of public legal succession of activities in law enforcement bodies, by using the example of public legal succession in the State Criminal and Executive Service of Ukraine and the National Police of Ukraine, i.e. directly in the reorganization of such subjects of power (transformation, merger) or liquidation. The article also describes the nature and the features of public legal succession in the activities of law enforcement bodies; the risks and gaps in the implementation of public legal succession in the activities of law enforcement bodies are highlighted along with the ways to its elimination.

Key words: public legal succession, law enforcement bodies, subject of power, Ministry of Justice of Ukraine, State Criminal and Executive Service of Ukraine, powers.

PRIVIND SUCEESIUNEA PUBLICĂ ÎN ACTIVITĂȚILE AGENȚIILOR DE APLICARE A LEGII DIN UCRAINA

REZUMAT

Articolul realizează un studiu teoretic al esenței succesiunii publice în aplicarea legii, folosind exemplul succesiunii publice în Serviciul Penitenciar de Stat al Ucrainei și Poliția Națională a Ucrainei, adică direct în timpul reorganizării unor astfel de subiecte de putere (transformare, fuziune) sau lichidare. De asemenea, se efectuează descrierea esenței și trăsăturilor succesiunii publice în activitatea organelor de drept; evidențiază riscurile și lacunele în implementarea succesiunii publice în activitățile organelor de drept, sugerează modalități de eliminare a acestora.

Cuvinte cheie: succesiune publică, agenții de aplicare a legii, subiect al puterii, Ministerul Justiției al Ucrainei, Serviciul Penitenciar de Stat al Ucrainei, competențe.

Постановка проблеми. П. 7 ч. 1 ст. 4 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) визначено, що суб'єкт

владних повноважень – це орган державної влади (зокрема, без статусу юридичної особи), орган місцевого самоврядування, їх посадова чи службова

особа, інший суб'єкт під час здійснення ними публічно-владних управлінських функцій на підставі законодавства, зокрема й на виконання делегованих повноважень або надання адміністративних послуг [1].

Доречно зазначити, що згідно із ч. 1 ст. 2 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» [2], до правоохоронних органів в Україні належать органи прокуратури, Національної поліції, Служби безпеки, Військової служби правопорядку у Збройних силах України, Національне антикорупційне бюро України, органи охорони державного кордону, органи доходів і зборів, органи й установи виконання покарань, слідчі ізолятори, органи державного фінансового контролю, рибоохорони, державної лісової охорони, інші органи, які здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції.

Отже, у розумінні КАС України правоохоронні органи України є різновидом суб'єктів владних повноважень, які діють з урахуванням основоположних істин: щодо невідворотності та повноцінної відповідальності держави за свою діяльність, яка реалізується через делегованих суб'єктів владних повноважень, в контексті ст. 3 Конституції України: «<...> Держава відповідає перед людиною за свою діяльність» [3].

Процедуру передання (набуття) адміністративної (управлінської) компетенції від одного суб'єкта владних повноважень до іншого в теорії адміністративного права визначено як публічне (позапроцесуальне, адміністративне по своїй природі) правонаступництво [4].

Ураховуючи те, що публічне правонаступництво можливе щодо всіх без винятку суб'єктів владних повноважень, доцільно розглянути складову частину виду такого правонаступництва, яким володіє теорія адміністративного права, як «за суб'єктом»: публічне правонаступництво після суб'єктів владних повноважень-юридичних осіб – зокрема, правонаступництво після органів державної влади, державних підприємств, установ, організацій тощо [5].

Отже, правоохоронні органи, як і інші суб'єкти владних повноважень, мають спільні ознаки функціональної діяльності з іншими органами державної влади, але водночас мають і відповідні специфічні відмінності, які пов'язані з повноваженнями, які на них покладено в установленому порядку відповідними актами законодавства. Тому ускладнений статус таких суб'єктів владних повноважень, що згідно із зазначеними нормами законодавства належать до правоохоронних органів, породжує специфічну й ускладнену процедуру (з відповідни-

ми адміністративно-правовим режимом її реалізації та наслідками) здійснення правонаступництва в діяльності таких суб'єктів, яка відрізняється від процедури публічного правонаступництва інших, наприклад органів державної влади.

Варто зазначити, що поміж проблем сучасної теорії адміністративного права й законодавства, які виявляються під час вирішення питань, пов'язаних із правонаступництвом у судовому та процедурному порядкух, доцільно погодитись із вітчизняними вченими [4; 5] про цілковиту відсутність теоретичного обґрунтування й законодавчого врегулювання процедури набуття адміністративної компетенції одним суб'єктом владних повноважень після іншого.

Отже, набуває необхідності наповнення теорії адміністративного права окресленими результатами дослідження різновиду публічного правонаступництва, що виникає під час функціонування правоохоронних органів України.

Актуальність теми дослідження підтверджується також тим, що в чинному законодавстві України фактично не регламентується питання публічного правонаступництва¹, яке істотно відрізняється від інституту правонаступництва суб'єктів приватного права. Адже інститут правонаступництва органів виконавчої влади є більш широким за змістом та включає правонаступництво в завданнях, функціях та повноваженнях як складниках категорії компетенції органу виконавчої влади, а також щодо конкретних управлінських (організаційних) прав та обов'язків, які становлять зміст відповідних правовідносин [6].

Актуальність дослідження зазначеного питання визначається також тим, що процес публічного правонаступництва в діяльності таких суб'єктів владних повноважень, як правоохоронні органи, має здійснюватися у штатному (урегульованому чинним законодавством, освоєному на теоретичному та практичному рівнях його безпосередніми виконавцями всіх рівнів та категорій посад) адміністративно-правовому режимі.

Доречно зазначити, що в такій неузгодженості (під час публічного правонаступництва в діяльності правоохоронних органів) зазвичай упускається питання відповідальності та момент своєчасного перебирання повноважень у разі продовження розпочатих правоохоронних функцій

¹ Питання публічного правонаступництва нині врегульовано лише для центральних органів виконавчої влади постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку здійснення заходів, пов'язаних з утворенням, реорганізацією або ліквідацією міністерств, інших центральних органів виконавчої влади» від 29 жовтня 2011 р. № 1074.

(оперативно-розшукові, профілактичні, інших заходи, що спрямовані на захист життя та здоров'я громадян, а також національної безпеки України) реорганізованого або ліквідованого правоохоронного органу, у разі, якщо персонал такого підрозділу було у встановленому порядку звільнено та трудові відносини із правоохоронним органом припинено. правонаступником в такому разі (суб'єкт владних повноважень, на якого буде покладено повноваження ліквідованого правоохоронного органу) може стати як інший суб'єкт владних повноважень із числа вже існуючих, так і новостворений (суб'єкт владних повноважень), або взагалі таке правонаступництво може бути розподілено між декількома новоствореними або існуючими суб'єктами владних повноважень. У такому разі може наставити множинне публічне правонаступництво, а визначення конкретного правонаступника в розпочатих попередником процесах із реалізації правоохоронних заходів у такій ситуації може взагалі не бути визначеним, або визначено протягом певного проміжку часу, що є упущенням можливостей у правоохоронній діяльності.

Науковий аналіз проблем організаційно-правового забезпечення публічного правонаступництва в Україні здійснюється багатьма вченими. Серед них варто назвати, зокрема, В.М. Бевзенка, Є.Н. Белей, В.М. Гарашука, Ю.А. Дорохін, І.М. Коросташов, П.О. Повара, М.І. Смоковича та багатьох інших.

Метою статті є дослідження сутності публічного правонаступництва в діяльності таких суб'єктів владних повноважень, як правоохоронні органи, тобто безпосередньо в разі їхньої реорганізації (злиття, перетворення) або ліквідації (припинення їхньої діяльності).

Для досягнення цієї мети сформульовані такі завдання:

- описати сутність і особливості публічного правонаступництва в діяльності правоохоронних органів;

- на основі здійсненого дослідження виявити ризики та прогалини в реалізації публічного правонаступництва в діяльності правоохоронних органів та запропонувати шляхи їх усунення.

Виклад основного матеріалу. Відомо, що залежно від стратегічних змін у державній політиці країни, науково-технічного прогресу, територіальної компетенції, будь-який суб'єкт владних повноважень (центральный орган виконавчої влади, міністерство, їхні територіальні органи та місцеві державні адміністрації) набуває відповідних повноважень або необхідність виконання таких повноважень відпадає, що призводить до здійснення відповідних заходів із реорганізації суб'єкта влад-

них повноважень або його припинення як такого (ліквідації).

Проте варто зазначити, що суспільна практика багата як вдалими, так і невдалими рішеннями даної проблеми. правонаступність є збереженням колишнього правового стану в умовах, що змінилися. Вона виражає той «момент спокою», який властивий будь-якому громадському процесу. Слушною є думка, висловлена О.А. Камаловим про те, що державні повноваження, які реалізуються припиненим органом, не можуть бути припиненими та підлягають передачі іншим державним органам. Даний процес має знаходити свій прояв в акті про реорганізацію чи ліквідацію того чи іншого органу [7].

Доречно погодитися із зазначеним вище твердженням, адже як у правонаступництві органів державної влади, так і у правонаступництві, що виникає в діяльності правоохоронних органів повинен існувати «момент спокою», що виражається в чіткому та зрозумілому механізмі набуття правонаступником (у даному разі суб'єктом владних повноважень, що перебрав повноваження ліквідованого правоохоронного органу) не тільки повноважень попередника (ліквідованого або реорганізованого правоохоронного органу), а й результатів його діяльності для здійснення подальшої безперервної діяльності початих попередником процесів опосередкованого виконання повноважень держави у правоохоронній діяльності.

Тому, Стратегією воєнної безпеки України «ВОЄННА БЕЗПЕКА – ВСЕОХОПЛЮЮЧА ОБОРОНА» було визначено, що основними ризиками у сфері воєнної безпеки можуть бути, зокрема, недостатній рівень взаємодії та неузгодженість заходів, що здійснюються силами оборони, іншими складовими сектору безпеки і оборони України, відсутність належної координації їхніх дій з іноземними партнерами та міжнародними організаціями під час підготовки до збройного захисту України в разі збройної агресії або збройного конфлікту, а також відбудовного періоду після закінчення воєнних дій [8].

Тому звернемо увагу на публічне правонаступництво в діяльності Державної кримінально-виконавчої служби України, що відповідно до закону здійснює правозастосовні та правоохоронні функції і складається із центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань, його територіальних органів управління, органу пробації, установ виконання покарань, слідчих ізоляторів, воєнізованих формувань, навчальних закладів, закладів охорони здоров'я, підприємств, установ виконання покарань, інших підприємств, установ

і організацій, створених для забезпечення виконання завдань Державної кримінально-виконавчої служби України [9; 10; 11].

Так, відповідно до п. 2 постанови Кабінету Міністрів України від 18 травня 2016 р. № 343 «Деякі питання оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади системи юстиції» (далі – Постанова), Міністерство юстиції України є правонаступником Державної пенітенціарної служби, що ліквідується [12].

Варто зазначити, що лише із 22 вересня 2016 р. Міністерство юстиції України набуло можливості забезпечення здійснення покладених на нього постановою функцій і повноважень Державної пенітенціарної служби [13].

Відповідно до абз. 2 п. 1 Положення про Міністерство юстиції України [14] Мін'юст є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну правову політику, зокрема у сфері виконання кримінальних покарань та пробації.

Правонаступництво Мін'юстом, який не належив до складу правоохоронних органів, повноважень ліквідованої Державної пенітенціарної служби України (центрального органу виконавчої влади, що реалізовував державну політику у сфері виконання кримінальних покарань протягом 2010–2016 рр.) перетворило Мін'юст на орган виконання кримінальних покарань.

Випадок публічного правонаступництва «не милітаризованим» органом державної влади ліквідованого правоохоронного органу в історії державотворення України в період незалежності є специфічним та породив відповідні наслідки у вигляді набуття іншого адміністративно-правового статусу для самого правонаступника.

Доречно навести такий приклад: як відомо, міліція в Україні, хоч і становила собою державний озброєний орган виконавчої влади, який був складовою частиною ОВС України (а до останніх належали МВС України, головні управління МВС України в АР Крим, м. Києві та Київській області, управління МВС України в областях, м. Севастополі та на транспорті, їх міські, районні та лінійні відділи (управління), підрозділи, установи, навчальні заклади і науково-дослідні установи, що становлять єдину систему МВС України [15, с. 64]), вона все одно не була самостійним органом виконавчої влади, а ототожнювалася з Міністерством внутрішніх справ України, у якому проходили службу відповідні посадові особи з адміністративно-правовим статусом «працівник міліції».

Отже, правонаступництво Мін'юстом повноважень ліквідованої Державної пенітенціарної

служби України породжує питання щодо статусу персоналу як центрального органу виконавчої влади, що формує та реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань та пробації, який за своїми функціональними обов'язками фактично належить до персоналу, визначеного ч. 1 ст. 14 Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» [9].

Висновки. З огляду на викладене, що є лише частиною в наявних питаннях, пов'язаних із неврегульованістю публічного правонаступництва, доречно наголосити також на нагальній необхідності теоретичного та комплексного дослідження інституту публічного правонаступництва в теорії адміністративного права, що, як уже було зазначено, уособлює собою недосліджений напрям дослідження публічних відносин. Результати такого дослідження є вкрай затребувані як теоретична основа, яка надалі, цілком можливо, буде вдосконалена результатами інших досліджень, під час правового врегулювання таких публічних відносин буде запроваджено правовий механізм публічного правонаступництва.

Також варто звернути увагу на питання сутності (природи) й особливостей публічного правонаступництва в діяльності правоохоронних органів України, що є ускладненим та не обмежується наслідками у вигляді зазначених вище питань, у зв'язку із чим потребує подальшого дослідження. Проте однозначно можна стверджувати, що публічне правонаступництво за такими суб'єктами, як «правоохоронні органи», є специфічним, реалізація його потребує вироблення відповідної адміністративно-правової бази, бо застосування Порядку здійснення заходів, пов'язаних з утворенням, реорганізацією або ліквідацією міністерств, інших центральних органів виконавчої влади [16] як до центральних органів виконавчої влади із правоохоронними функціями, так і без таких, породжує низку ускладнень.

Тому для уникнення неузгодженості в питаннях публічного правонаступництва в діяльності правоохоронних органів набуває необхідності науково-теоретичне дослідження цього питання, за результатами якого усунення цієї зазначеної прогалини може бути здійснено лише у вигляді розробленого та затвердженого відповідним актом законодавства, в установленому порядку, відповідного механізму з регулювання питань публічного правонаступництва в діяльності правоохоронних органів України, реалізація якого надалі має бути введена в обов'язкову програму з підвищення кваліфікації публічних службовців.

Список використаної літератури:

1. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747–IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35. С. 1358.
2. Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів від 23.12.1993 р. № 3781–XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 11. С. 50.
3. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. С. 141.
4. Бевзенко В.М. Публічне правонаступництво: сутність, процедура та особливості. *Право і суспільство*. 2013. № 6. С. 140–149. URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2013/6_2013/32.pdf (дата звернення: 23.10.2021).
5. Мельник Р.С., Бевзенко В.М. Загальне адміністративне право : навчальний посібник / за заг. ред. Р.С. Мельника. Київ : Ваїте, 2014. С. 215–217.
6. Висновок Головного науково-експертного управління від 09.07.2020 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69133 (дата звернення: 15.10.2021).
7. Белей Є.Н. Публічне правонаступництво органів державної влади. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 2. Т. 2. С. 65–67.
8. Стратегія воєнної безпеки України «ВОЄННА БЕЗПЕКА – ВСЕОХОПЛЮЮЧА ОБОРОНА» : рішення Ради національної безпеки і оборони України від 25.03.2021 р., введеного в дію Указом Президента України від 25.03.2021 р. № 121/2021.
9. Про Державну кримінально-виконавчу службу України від 23.06.2005 р. № 2713–IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 30. С. 1214.
10. Про пробацію від 05.02.2015 р. № 160–VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 13. С. 745.
11. Кримінально-виконавчий кодекс України від 11.07.2003 р. № 1129–IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 3. С. 21.
12. Деякі питання оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади системи юстиції : постанова Кабінету Міністрів України від 18.05.2016 р. № 343. *Офіційний вісник України*. 2016. № 42. С. 26.
13. Питання Міністерства юстиції: розпорядження Кабінету Міністрів України від 22.09.2016 р. № 697-р. *Урядовий кур'єр*. 2016. № 184.
14. Положення про Міністерство юстиції України : постанова Кабінету Міністрів України від 02.07.2014 р. № 228. *Офіційний вісник України*. 2014. № 54. С. 88.
15. Бевзенко В.М., Паламарчук І.В. Публічне майно як засіб здійснення повноважень поліції : монографія / за заг. ред. В.М. Бевзенка. Київ : Дакор, 2018. 308 с.
16. Порядок здійснення заходів, пов'язаних з утворенням, реорганізацією або ліквідацією міністерств, інших центральних органів виконавчої влади : постанова Кабінету Міністрів України від 20.10.2011 р. № 1074. *Офіційний вісник України*. 2011. № 82. С. 8.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

ПАЛАМАРЧУК Іван Васильович – кандидат юридичних наук, головний спеціаліст Управління персоналу Міністерства юстиції України;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
PALAMARCHUK Ivan Vasylovych – Candidate of Law Sciences, Chief Specialist of the Personnel Department of the Ministry of Justice of Ukraine;
palamar182250@ukr.net

УДК 342.951+342.924

ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ МИТНОГО КОМПРОМІСУ В УКРАЇНІ

Галина ПУЗАНОВА,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного та трудового права
Одеського національного морського університету

АНОТАЦІЯ

У статті аналізується законодавче регулювання митного компромісу. Окреслюється коло проблем, які виникають під час застосування договірної регулювання в митній сфері. Характеристика нормативно закріплених ознак митного компромісу використана для обстоювання позиції автора щодо необхідності поглиблення теоретичного розроблення в декількох напрямках, як-от: поглиблене вивчення правової природи митного компромісу як виду адміністративного договору; вивчення особливостей здійснення процедури його укладення; правового регулювання строків та способів виконання митного компромісу; правового регулювання умов його чинності. Проаналізовано колізію, наявну в митному законодавстві щодо способів припинення митного компромісу.

Ключові слова: договірне регулювання, митний компроміс, мирова угода, публічні відносини, порушення митних правил, юридична відповідальність, наслідки порушення митних правил.

THEORETICAL PROBLEMS OF LEGISLATIVE REGULATION OF CUSTOMS COMPROMISE IN UKRAINE

Galyna PUZANOVA,

Candidate of Law Sciences, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Civil and Labor Law
Odesa National Maritime University

SUMMARY

The article analyzes the legislative regulation of customs compromise. A set of issues is described that appear when agreement-based regulation is applied to customs. The description of statutory features of customs compromise is used to prove the author's point concerning the need of a more profound theoretical study in several directions including the following: thorough research of the legal nature of customs compromise as a type of administrative agreement; study of the peculiarities of its conclusion procedure; legal regulation of the terms and execution methods of customs compromise; legal regulation of its validity terms. A collision is analyzed, which exists in the customs law regarding the ways to terminate a customs compromise.

Key words: agreement-based regulation, customs compromise, voluntary settlement, public relations, customs rules violation, legal liability, consequences of customs rules violation.

PROBLEME TEORETICE DE REGLEMENTARE LEGISLATIVĂ A COMPROMISULUI VAMAL ÎN UCRAINA

REZUMAT

Articolul analizează reglementarea legislativă a compromisului vamal. Se subliniază gama de probleme care apar în timpul aplicării reglementării contractuale în sfera vamală. Caracteristicile trăsăturilor consacrate normativ ale compromisului vamal au fost folosite pentru a apăra poziția autorului cu privire la necesitatea aprofundării dezvoltării teoretice în mai multe domenii, precum: studiul aprofundat al naturii juridice a compromisului vamal ca tip de acord administrativ; studiul particularităților procedurii de încheiere a acesteia; reglementarea legală a termenilor și modalităților de compromis vamal; reglementarea legală a condițiilor de valabilitate a acestuia. Se analizează conflictul care există în legislația vamală privind modalitățile de încetare a compromisului vamal.

Cuvinte cheie: reglementare contractuală, compromis vamal, acord amiabil, relații publice, încălcarea regulilor vamale, răspundere juridică, consecințe ale încălcării regulilor vamale.

Постановка проблеми. Розвиток будь-якої держави залежить від багатьох чинників, найважливішим із яких є вміння знаходити порозуміння між усіма членами суспільства. Україна, яка перебуває на етапі свого становлення, також має вирішувати питання ефективної взаємодії, оскільки саме від цього залежить її подальший розвиток як демократичної, самостійної й економічно могутньої держави.

Як показує аналіз соціально-політичного розвитку нашої держави, сучасний стан України характеризується глибокою, системною кризою, що супроводжується значним підвищенням конфліктності в усіх сферах життєдіяльності нашого суспільства. Україна перебуває у драматичній ситуації відсутності згоди щодо базових інтересів і цінностей, результатом чого є постійна конфліктогенна ситуація як між членами українського суспільства взагалі, так і між окремими його групами. Наявні суперечності значно пригальмовують позитивні аспекти розвитку нашої держави та не дають можливості ефективно використовувати наявні обмежені державні фінансові ресурси. Водночас необхідність подальшого розвитку вимагає досягнення суспільної згоди, кінцевою метою якої є модернізація суспільства та досягнення стійкого розвитку нашої держави. Одним із найбільш ефективних засобів досягнення узгодження різнопланових інтересів є компроміс. Він застосовується в різних сферах суспільного життя і вважається ефективним засобом встановлення соціальної рівноваги та збереження економічних ресурсів, зокрема й у митній сфері.

Як показує аналіз наукових робіт, що присвячені питанням використання компромісу як засобу узгодження різнопланових інтересів, дослідженням компромісу приділялась значна увага. Проте в літературі є декілька підходів до його сприйняття. Так, в іноземній науковій літературі обговорюють питання про застосування компромісу під час регулювання відносин у публічній сфері якнайменш у двох ракурсах, а саме: а) як фінансового інструменту (Colin Jackson [1], Gilbert Lee Sandler [2], Michal Ovádek, Ines Willemyns [3]); б) як бажаного результату процесуального вирішення справи (Rebecca D. Loo and Robert G. Kreklewetz [4]).

В українському науковому просторі поняття «компроміс» уживається як у дослідженнях, які стосуються приватноправової сфери (С.М. Бервено [5], Н.М. Пархоменко [6], С.О. Погрібний [7]), так і в обговоренні проблем правового регулювання відносин публічної сфери (К.К. Афанасьєв [8], В.О. Хома, В.І. Царенко [9], Ж.В. Завальна [10], Н.Р. Поліщук [11]). У публічно-правовій сфері

компроміс сприймається як одна з адміністративно-правових форм регулювання публічних відносин, тобто як юридичний акт, результат правового врегулювання відносин (О.Т. Зима [12], В.О. Хома, В.І. Царенко [9], Ж.В. Завальна [10], Н.Р. Поліщук [11], Т.М. Тимчишин [13]). В окремих публічно-правових галузях права, а саме в науці податкового права, дискутувалось розуміння податкового компромісу в декількох ракурсах, як-от: рішення податкового органу (А.М. Гуд [14, с. 28–32], Т.М. Тимчишин [13, с. 200–201], [15]); складник процесу врегулювання досудового спору (О.Т. Зима [12, с. 28–29]); взаємна домовленість (договір) ([15]), процесуальний механізм вирішення конфліктних питань (І.В. Приходько [16, с. 222–224], Ю.В. Божко [17, с. 17]).

На відміну від науки податкового права, у митному праві наукові дослідження щодо розуміння поняття, особливостей та ознак митного компромісу перебувають на крайній незадовільній рівні. Окремими практиками було здійснено аналіз окремих ракурсів застосування митного компромісу на практиці, а також надавались пропозиції до змін у законодавство щодо поліпшення правового регулювання застосування митного компромісу (В.О. Хома, В.І. Царенко [9, с. 105–106], Р.Б. Гребеняк [18, с. 50–52], А.І. Годяк [19, с. 13]), але глибокого теоретичного дослідження основних характеристик та правової природи митного компромісу на даний час не було проведено.

Метою статті є дослідження законодавчого поняття митного компромісу у відносинах, що пов'язані з порушенням митних правил, визначення його позитивних і негативних аспектів для виокремлення наукової проблеми правового регулювання застосування митного компромісу на практиці. *Завданням статті* є проведення аналізу доктринальних положень адміністративного та митного права, актів адміністративного та митного законодавства в частині застосування таких договірних форм регулювання публічних відносин, як митний компроміс.

Методологічною основою нашої роботи є комплексне поєднання філософських (закони діалектики та метафізики), загальнонаукових (прийоми логічного методу, системного та структурно-функціонального методів) та спеціально-юридичних методів дослідження, принципів об'єктивності й історизму.

Виклад основного матеріалу. Логіка нашого дослідження вимагає звернути увагу на понятійний апарат, що використовується під час застосування компромісу як інструменту узгодження різнопланових інтересів.

Звернення до довідкової наукової літератури дає можливість констатувати факт неоднозначності використання досліджуваного нами терміна.

Так, «Оксфордський словник словосполучень» визначає компроміс у трьох значеннях, це: 1) угода, укладена між двома особами чи групою осіб <...>; 2) вирішення проблеми; 3) акт досягнення компромісу [20]. Тлумачні словники компроміс визначають як взаємні поступки [21, с. 148] або як угоду на підставі взаємних поступок [22, с. 265]. Представники української філології визначають компроміс як згоду з ким-небудь у чомусь, яка може досягатися взаємними поступками, або як поступку заради досягнення будь-якої мети [23, с. 446]. Словники іншомовних слів визначають компроміс як згоду чи порозуміння із противником, які можуть бути досягнуті шляхом взаємних поступок або пристосування до обставин, пов'язаних із відмовою від особистих переконань [24, с. 346].

В окремих гуманітарних науках компроміс сприймається як стратегія поведінки, яка передбачає взаємні поступки, або угода антагоністичних сторін на основі взаємних поступок [25, с. 245]. «Політичний словник» надає визначення поняття «компроміс» (від. лат. *compromissum*) як згоди на основі взаємних поступок між представниками різних, протилежних інтересів, думок, поглядів [26, с. 871]. У психології компроміс ототожнюється з особливою моделлю реагування на конфлікт [27, с. 363]. У юридичній довідковій літературі компроміс (від грецьк. *compromissum* – «угода», «договір») сприймається як угода між представниками різних інтересів на основі взаємних поступок [28, с. 196–197].

У науковій юридичній літературі поняття «компроміс» не має однозначного розуміння ні в теорії права, ні серед представників окремих галузей права.

Так, М.М. Новікова розглядає юридичний компроміс як частину механізму правового регулювання і розуміє його як одну з організаційно-правових форм взаємодії суб'єктів [29, с. 13–15]. С.В. Бобровник оцінює правовий компроміс як правовий стан, що відображає результат досягнення згоди, розуміє правовий компроміс як «<...> опосередкований правовими нормами, ціннісно-орієнтований засіб упорядкування конфлікту (у тому числі й правового), який заснований на взаємопоступках учасників суспільних відносин, метою та результатом функціонування якого є стан суспільної згоди і закріплення демократичних цінностей у суспільстві» [30, с. 110]. Окрім того, виокремлюються низка притаманних цьому правовому явищу особливостей, які його характеризують. По-перше,

правовий компроміс є родовою юридичною категорією, яка об'єднує в собі всі правові форми згоди. По-друге, його змістом стає узгоджена воля рівноправних, праводієдатних учасників правовідносин. По-третє, правовий компроміс надає правової сили та правомірності досягнутим домовленостям. По-четверте, через опосередкування правовими нормами правовий компроміс отримує атрибут обов'язковості та забезпечується юридичною відповідальністю.

Безумовно, можна продовжувати наводити визначення поняття «компроміс», проте в рамках нашої статті застосуємо інтегративний метод, зважаючи на мету правового регулювання митної сфери, звернемо увагу на поняття «митний компроміс».

В українському законодавстві термін «компроміс» як позначення самостійного правового акта чи юридичного факту натепер трапляється вкрай рідко. Передусім у міжнародних і національних нормативних актах, що стосуються митного компромісу. Конвенція визначає митний компроміс (*compromise settlement*) [31] як угоду, відповідно до якої митна служба відмовляється від здійснення процесуальних дій стосовно особи, яка причетна до митного правопорушення, якщо ця особа погоджується дотримуватись певних умов [32]. Митний кодекс України не надає визначення митного компромісу, але з аналізу положень ст. 521 можна виокремити такі основні його ознаки [33], як те, що він є результатом: а) двосторонніх узгоджених волевиявлень, їхньої двосторонньої згоди, яка досягається шляхом формування й ухвалення рішень учасників митних відносин; б) має спеціальний суб'єктний склад під час укладення та дотримання такої угоди; в) є мировою угодою, умови якої є обов'язковими для учасники даних відносин; г) спричиняє юридичні наслідки із застосуванням заходів примусу. Проаналізуємо виділені ознаки митного компромісу з урахуванням тих ознак, які були виділені щодо правового компромісу.

1. Натепер наукові спори щодо теоретичної обґрунтованості використання того чи іншого дефінієнса в дефініції як самого адміністративного договору, так і його видів, як-от митний компроміс, не дійшли завершення. Дехто з науковців говорить про адміністративний договір як «правовий акт» [34], інші – про «угоду» чи «домовленість» [8], ще інші – про «спільний адміністративний акт» тощо [35]. Залишається також відкритим питання про адекватність застосування дефінієнса «мирова угода» під час визначення поняття «митний компроміс».

Відповідно до мети нашої статті ми не будемо заглиблюватись у позитивні чи негативні аспекти

застосування тих чи інших визначальних слів у дефініції, оскільки це вимагає окремого дослідження. Цілковито погоджуємося з думкою науковців, які вказують, що митний компроміс є одним із видів адміністративного договору, актом добровільної легітимної взаємодії між порушником і представниками держави [36, с. 29]. Пропонуємо зосередитись на тих особливостях митного компромісу, які відрізняють його від інших правових і організаційних форм регулювання відносин публічного адміністрування.

Однією з найяскравіших особливостей митного компромісу як договірної форми є те, що ініціатива його укладення відходить від особи-порушника, особи, яка не є суб'єктом владних повноважень. Відразу постає питання: чи повинні суб'єкти владних повноважень повідомляти про можливість врегулювання відносин шляхом застосування митного компромісу. На нашу думку, суб'єкти владних повноважень повинні надавати інформацію щодо можливості укладення мирової угоди, оскільки це є логічним виконанням їхніх повноважень, спрямованих на захист державних інтересів. Хоча ця думка потребує додаткового наукового осмислення й обґрунтування.

Наступною особливістю митного компромісу можна назвати формування волевиявлення суб'єкта владних повноважень як учасника даних відносин. Суб'єкт власних повноважень розглядає подану особою-порушником заяву на укладення мирової угоди й ухвалює рішення про укладення мирової угоди (у законі говориться про підписання такої угоди) або ухвалює рішення про відмову в укладенні мирової угоди і надає вмотивовану відповідь про причини незастосування процедури компромісу. І в першому, і у другому випадку рішення ухвалюються на основі та на виконання відповідних повноважень.

Учасники, які висловлюють свою волю на укладення мирової угоди, є учасниками переддоговірних відносин і виконавцями адміністративної процедури. Тобто, маючи адміністративну процедуру обміну волевиявлень сторін, митний компроміс може самостійно без звернення до будь-яких інших способів врегулювати митні відносини. У даному разі можна припустити, що митний компроміс є самостійною договірною формою регулювання митних відносин, заснованою на їхній двосторонній згоді, оскільки він стає юридичним фактом для припинення процесуальних прав і обов'язків сторін. Із цього випливає, що митний компроміс як договірна форма врегулювання відносин змінює законодавчо встановлений режим прав і обов'язків сторін у договірному порядку.

2. Суб'єктами митного компромісу, з одного боку, є особа – порушник митних правил – приватна особа; з іншого – представник митниці – суб'єкт владних повноважень. Особливістю в даних відносинах є те, що за своєю правовою природою компроміс, щоб він мав правову силу, можуть укладати особи, які є рівними або урівняними у своєму правовому статусі. Тому для урівняння правового статусу приватної особи порушника митних правил і суб'єкта владних повноважень законодавець саме на момент укладання митного компромісу надає спеціальні повноваження на укладання мирової угоди. Так, відповідно до ч. 5 ст. 521 Митного кодексу (далі – МК) України, право підписання митного компромісу від імені митниць надано керівникам цих митниць або їхнім заступникам, а від імені центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику, – посадовим особам, уповноваженим на це відповідно до посадових інструкцій (далі – уповноважені особи) [37]. Зазначені особи укладають митний компроміс у письмовій формі у вигляді Типової мирової угоди, що затверджена центральним органом виконавчої влади, який покликаний забезпечувати формування та реалізацію державної податкової та митної політики [38]. Але після підписання, саме на час виконання мирової угоди суб'єкти владних повноважень знову повертаються з позиції «урівняння» і займають свою владну позицію щодо приватного учасника даних відносин, здійснюють контроль за виконанням приватною особою – порушником зобов'язань, вказаних у мировій угоді.

Митниці або інші уповноважені особи, які уклали митний компроміс, окрім функції контролю строків, набувають функцію контролю за способом виконання мирової угоди. Причому функція контролю за виконанням мирової угоди дорівнює строку виконання мирової угоди, встановленого в законі. Деякі вітчизняні вчені висловлюють думку про те, що відстежити виконання адміністративного договору (як і митного компромісу) неможливо, оскільки його предметом є управлінські дії [39, с. 132]. З даною думкою не можна погодитись, оскільки митний компроміс є яскравим прикладом того, що контроль виконання є можливим і необхідним. Законодавець встановлює чіткі рамки повноважень на здійснення контролю за виконанням мирової угоди, які діють протягом 30 днів, припиняються тільки за таких умов. По-перше, у разі невиконання мирової угоди – шляхом поновлення провадження у справі про порушення митних правил. По-друге, у разі виконання мирової угоди –

шляхом припинення провадження у справі про порушення митних правил.

Необхідно звернути увагу на те, що законодавець встановлює в імперативному порядку спосіб виконання – повною ою Виконання мирової угоди частинами не допускається. Тобто за умови часткового виконання угода вважається невиконаною і провадження у справі про порушення митних правил поновлюється. Прикладом може слугувати Справа № 359/428/18, де за результатами розгляду обставин справи була укладена мирова угода, але не була повністю (виділено нами – *автор*) виконана. У зв'язку з чим, було складено акт про невиконання мирової угоди від 14.11.2017 р. № 0383/12500/17, а особа причетна до митного правопорушення була притягнута до адміністративної відповідальності [40].

1. Закріплене в положеннях законодавства ознаки митного компромісу вказують на те, що в аналізованій статті поняття «умови» сприймаються як певні життєві обставини, які мають настати чи навпаки не настати для того, щоб відбулось припинення адміністративного провадження, і особа не вважалась такою, що притягувалась до адміністративної відповідальності.

Дійсно, митний компроміс можна сприймати як угоду укладену під умовою, оскільки з однієї сторони за ч. 2 ст. 521 МК України особа порушник має внести до державного бюджету кошти в сумі, що дорівнює сумі штрафу та/або задекларувати в митний режим відмови на користь держави товари, а з іншої, митниця в особі уповноважених посадових осіб – припинити провадження у справі про порушення митних правил щодо цієї особи та здійснити митне оформлення задекларованих нею товарів відповідно до заявленого митного режиму. Враховуючи положення статті 183 МК України, відмовою на користь держави законодавець вважає «митний режим, відповідно до якого власник відмовляється від іноземних товарів на користь держави *без будь-яких умов на свою користь*» (виділено нами – *автор*). Тобто, при укладенні компромісу не можна застосовувати митний режим відмови на користь держави, оскільки положення про припинення провадження у справі і буде такою умовою на користь особи-власника, який відмовляється від товарів. Виходячи із зазначеного, необхідно говорити не про виконання умов, а про здійснення своїх обов'язків – для особи правопорушника, і про виконання своїх повноважень – для представників митних органів.

2. Митний компроміс є результатом узгодження волі сторін із покладенням на них обов'язків щодо реалізації взаємної волі. Більше

того, порушення умов мирової угоди є підставою для притягнення учасників відносин до юридичної відповідальності, оскільки він опосередковується законодавчими нормами і стає обов'язковим для виконання, а відтак і забезпечується державними заходами примусового характеру. Так, відповідно до ч. 6 ст. 521 Митного кодексу, якщо особа, яка вчинила правопорушення митних правил не виконує мирову угоду, то останню законодавець пропонує вважати *недійсною* (виділено нами – *Г. П.*) [33].

Дане положення вступає в суперечність із теорією права. Законодавцю необхідно остаточно визначитись із тим, які наслідки невиконання митного компромісу мають бути застосовані, оскільки поняття «недійсність» та поняття «невиконання» є різними за своєю правовою природою та наслідками.

Поняття «недійсність» досліджують науковці, що вивчають проблематику приватноправової сфери регулювання правочинів. Також дане поняття закріплено в цивільно-правовому законодавстві і стосується умов, які мають бути дотримані учасниками відносин на момент їх установлення для того, щоб вважати такі відносини легітимними, а права й обов'язки такими, що виникли. Цивільний кодекс України встановлює перелік тих умов недотримання, який спричиняє визнання правомірних дій осіб такими, що не приводять до встановлення жодних прав і обов'язків ні для самих учасників, ні для третіх осіб. Тобто йдеться про трансформацію сукупності простих життєвих обставин у юридичний склад. Причому дотримання чинників зазвичай не сприймається у праві як підстава для відповідальності, хоча іноді можуть бути передбачені правові наслідки. Окрім того, визнання недійсним правочину є одним із способів захисту цивільних прав судом. Щодо можливості застосування режиму недійсності до адміністративних договорів наукових праць, натепер таких прикладів вкрай обмаль, а існуючі розглядають цю проблематику із застосуванням аналогії права із цивільним правом, що викликає більше питань, ніж відповідей [8, с. 34]. Щодо митного компромісу, наукових розвідок щодо встановлення режиму його недійсності не здійснювалось, що дає підставу говорити про необхідність розроблення ще одного напряму теоретичних пошуків під час вивченні теоретичних основ застосування митного компромісу.

Поняття «невиконання» у праві є більш однозначним, сприймається як порушення і як підстава для притягнення до юридичної відповідальності. Елементи невиконання можуть розрізнятись залежно від галузі права, але загальнотеоретична

його сутність полягає в тому, що особа не здійснила ту міру обов'язкової поведінки, яка була встановлена приписами закону чи договору. Саме наявність «невиконання» такого структурного елемента, як вина, і відрізняє його від «недійсності». Тобто невиконання – це мірило й оцінка поведінки особи, а недійсність – це мірило й оцінка обставин, за яких встановлювалась згода під час укладення договору. Проблему невиконання адміністративного договору розглядала Ж.В. Завальна, яка зазначала, що в разі невиконання адміністративного договору необхідно застосовувати ті заходи впливу, які будуть захищати інтереси держави і суспільства. Серед інших авторка пропонувала «повернення осіб у початкове положення» чи «розірвання договору» [41]. Необхідно зазначити, що аналіз можливості застосування кожного з даних термінів має свою наукову перспективу і вимагає окремого розгляду. На даному етапі наукової розвідки можна тільки зауважити, що у прикладенні до митного компромісу в разі його невиконання доцільніше говорити про повернення сторін у початкове положення. Оскільки особа-порушник повертається на початок, у той момент, коли справа про порушення митних правил тільки була порушена.

Це далеко не всі питання правового регулювання застосування митного компромісу, які вимагають наукового розгляду, але це дозволяє зробити деякі проміжні висновки й обґрунтувати необхідність постановки правової проблеми до наукової розробки.

Висновки. Аналіз положень законодавчого акта, що регулює застосування митного компромісу, закріплює низку ознак, які відрізняють його від правового компромісу. Окрім того, було встановлено, що митний компроміс є двостороннім виявленням узгоджених воель, що змінює звичайний режим притягнення до адміністративної відповідальності, у якому закладено концепцію покарання, на режим співробітництва, заснованого на концепції правого виховання. У результаті аналізу законодавчих положень було встановлено, що є необхідність додаткового наукового вивчення й обґрунтування низки теоретичних і практичних положень щодо: інформативної складової частини повноважень митниць під час укладення митного компромісу; правової сили зміни законодавчого режиму процесуальних прав та обов'язків сторін у договірному порядку; визначення наслідків невиконання митного компромісу.

Проведений аналіз є попереднім і вимагає поглибленого вивчення теоретичних та практичних проблем правового регулювання застосування митного компромісу в Україні.

Список використаної літератури:

1. Jackson Colin. Settlement, Compromise, and Forgiveness in Canadian Income Tax Law. *Dalhousie University Halifax, Nova Scotia*. August 2013. URL: <https://dalspace.library.dal.ca/bitstream/handle/10222/36298/Jackson-Colin-LLM-LAW-August-2013.pdf?sequence=1> (дата звернення: 15.10.2021).
2. Sandler Gilbert Lee. Liquidated Damages: Making Sense of the Relations Between the U.S. Customs Service, Bond Principals, and Sureties. *Fordham International Law Journal*. 1990. Vol. 14. Issue 1. Art. 6. URL: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1262&context=ilj> (дата звернення: 15.10.2021).
3. Ovádek Michal, Willemyns Ines. International Law of Customs Unions: Conceptual Variety, Legal Ambiguity and Diverse Practice. *European Journal of International Law*. 2019. Vol. 30. Iss. 2. P. 361–389. URL: <https://doi.org/10.1093/ejil/chz028> (дата звернення: 15.10.2021).
4. Rebecca D. Loo and Robert G. Kreklewetz. Settling Tax Disputes. URL: <https://www.cba.org/Sections/Commodity-Tax-Customs-and-Trade/Articles/2021/Settling-tax-disputes> (дата відвідування 15.10.2021).
5. Бервено С.М. Проблеми договірної права України : монографія. Київ : Юрінком-Інтер, 2006. 392 с.
6. Пархоменко Н.М. Договір в системі форм права України : монографія. Київ : Вид. дім «Юридична книга», 2000. 184 с.
7. Погрібний С.О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : монографія. Київ : Правова єдність, 2009. 304 с.
8. Афанасьев К.К. Адміністративні договори: реалії та перспективи : монографія / наук. ред. Ю.П. Битяка. Луганськ : РВВ ЛАВС, 2004. 320 с.
9. Актуальні проблеми удосконалення системи протидії митним правопорушенням : монографія / за заг. ред. В.О. Хоми, В.І. Царенка. Хмельницький : Науково-дослідний центр митної справи Науково-дослідного інституту фіскальної політики Університету державної фіскальної служби України ; ФОП Мельник А.А., 2018. 194 с. С. 105–106. URL: http://ir.nusta.edu.ua/bitstream/doc/3196/1/3418_IR.pdf (дата звернення: 15.10.2021).
10. Завальна Ж.В. Концептуальні засади договірної регулювання адміністративно-правових відносин : монографія. Суми : Мрія, 2010. 360 с.
11. Поліщук Н.Р. Правове регулювання адміністративних договорів у сфері публічних відносин : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2019. 208 с.
12. Зима О.Т. Про адміністративний договір: сучасні проблеми правового регулювання. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія «Право». 2019. Вип. 58. Т. 2. С. 27–31.
13. Тимчишин Т.М. Адміністративно-правовий договір як акт правового застосування. Загальна характеристика. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. Серія «Юридична». 2018. № 2. С. 199–207.
14. Гуд А.М. Адміністративний договір як форма договірної регулювання адміністративно-правових відносин : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2019. 195 с.

15. Фінансова енциклопедія / О.П. Орлюк та ін. Київ : Юрінком-Інтер, 2008.
16. Приходько І.В. Податкова амністія чи податковий компроміс? *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 5. С. 222–224.
17. Божко Ю.В. До питання удосконалення правового регулювання вирішення податкових спорів у порядку адміністративного судочинства. *Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия «Юридические науки»*. 2013. Т. 26 (65). № № 2–1. С. 16–21.
18. Гребеняк Р.Б. Компроміс як спосіб припинення провадження у справах про порушення митних правил: законодавче регулювання та практичне застосування в адміністративно-юрисдикційній діяльності митниць. *Управління фінансами держави, регіону, підприємства та домогосподарства: погляди науковців і практиків* : збірник тез доповідей Третьої всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції. URL: <http://dspace.wunu.edu.ua/bitstream/316497/19154/1/49-55.pdf>.
19. Годяк А.І. Деякі питання правового регулювання компромісу в справі про порушення митних правил. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2016. № 1. URL: <http://dspace.lvduvs.edu.ua/bitstream/1234567890/1894/1/%d0%93%d0%be%d0%b4%d1%8f%d0%ba.pdf>.
20. Oxford Learner's Dictionaries. URL: https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/compromise_1.
21. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка : в 4-х т. Москва : Гос. изд-во иностранных и национальных словарей, 1955. Т. 4. 683 с.
22. Ожегов С.И. Словарь русского языка. Москва : Русский язык, 1978. 880 с.
23. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. 1427 с.
24. Словник іншомовних слів / за ред. О.С. Мельничука. Київ : Українська радянська енциклопедія, 1975. 776 с.
25. Конфліктологія : підручник / Г.Ю. Васильєв та ін. ; Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. Харків : Право, 2002. 256 с.
26. Політичний словник / за ред. В.К. Врублевського, Л.М. Кравчука, Л.В. Кудрицького. 4-е вид., перероб. і доп. Київ : УРЕ, 1987. 876 с.
27. Ребер А. Большой толковый психологический словарь : в 2-х т. Москва : Вече, 2000. Т. 1. 592 с.
28. Юридична енциклопедія : у 6-и т. / редкол. : Ю.С. Шемшученко (гол. кол.) та ін. Київ : Українська енциклопедія, 1998–2004. Т. 3 : К – М. 2001. 792 с.
29. Новікова М.М. Юридичний компроміс як фактор оптимізації механізму правового регулювання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 ; Харківський національний університет внутрішніх справ. Харків, 2007. 17 с. URL: <http://referatu.net.ua/referats/7569/172432>.
30. Бобровник С.В. Правовий компроміс і правовий конфлікт як ціннісні виміри права. *Альманах права*. 2012. № 3. С. 109–113. URL: <http://dspace.nbu.gov.ua/handle/123456789/63891>.
31. International Convention on the simplification and harmonization of customs procedures. Specific Annex K. *World Customs Organization*. URL: http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/instrument-and-tools/conventions/pf_revised_kyoto_conv/kyoto_new/spanh.aspx.
32. Міжнародна конвенція про спрощення і гармонізацію митних процедур в редакції від 26 червня 1999 р. Приєднання – Закон України № 227–V від 5 жовтня 2006 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_643#Text
33. Митний кодекс України : Закон України від 13 березня 2012 р. № 4495–VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17#Text> (дата звернення: 15.10.2021).
34. Скворцов С.С. Адміністративний договір як засіб управлінської діяльності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2005. 26 с.
35. Біла В.Р. Адміністративний договір у діяльності органів державної податкової служби в Україні : дис. ... канд. юрид. наук. Ірпінь, 2011. 192 с.
36. Добровольська Н.В. Адміністративний договір : осмислення нормативної дифініції. *Правова позиція*. 2020. № 3. (28). С. 28–34. URL: <http://legalposition.umsf.in.ua/archive/2020/3/5.pdf>.
37. Митний кодекс України. Науково-практичний коментар / кол. авт. : В.П. Пашко та ін. Київ : Академія фінансового управління, 2012. С. 359. URL: https://afu.kiev.ua/getfile.php?page_id=452&num=8 (дата звернення: 15.10.2021).
38. Про затвердження Типової мирової угоди про припинення провадження в справі про порушення митних правил : наказ Міністерства фінансів України від 28 травня 2012 р. № 607. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0985-12>.
39. Ілюшник О.М. Заходи впливу за порушення адміністративних договорів. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 2. С. 132. URL: <https://journals.indexcopernicus.com/api/file/viewById/519164.pdf>.
40. Справа № 359/428/18. *Zakon online. Право знати*. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/71751897>.
41. Завальна Ж.В. Щодо питання про невиконання адміністративного договору. *Часопис Київського університету права*. 2010. № 1. С. 107–111. URL: http://kul.kiev.ua/images/chasop/2010_1/107.pdf.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА ПУЗАНОВА Галина Йосипівна –

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного та трудового права Одеського національного морського університету;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR PUZANOVA Galyna Yosypivna –

Candidate of Law Sciences, Associate Professor at the Department of Civil and Labor Law of Odessa National Maritime University;
puzanovagalyna@gmail.com

Гражданское право и процесс

УДК 347.996

ОРГАНІЗАЦІЙНІ ПЕРЕДУМОВИ ПРОЦЕДУРИ МЕДІАЦІЇ

Анжеліка ШЕРЕМЕТ,

аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту права імені Іоаннікія Малиновського
Національного університету «Острозька академія»

АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена дослідженню організаційних передумов процедури медіації. Медіація є системою взаємопов'язаних елементів, які у своїй сукупності створюють механізм оптимального ненасильницького розв'язання конфлікту, вигідного усім його учасникам. Зроблено висновок, що одним із необов'язкових, проте значущих етапів, які передують процедурі медіації, є підготовчий етап (премедіація), під час якого медіатор знайомить сторони конфлікту з медіацією, визначає основні етапи її проведення та створює передумови для швидкого врегулювання спору, визначає умови співпраці між медіатором та сторонами конфлікту. Формою визначення такої співпраці й одним із результатів підготовчого етапу є договір (угода) про проведення медіації.

Ключові слова: медіація, премедіація, стадії медіації, конфлікт, спір, медіаційна угода.

ORGANISATIONAL PREREQUISITES FOR THE MEDIATION PROCEDURE

Anzhelika SHEREMET,

Postgraduate Student at the Department of Civil Law Disciplines
I. Malynovskyi Institute of Law of the National University of "Ostroh Academy"

SUMMARY

The article is devoted to research of organisational prerequisites for the mediation procedure. Mediation is a system of interrelated elements, creating in its entirety the mechanism of optimal nonviolent conflict resolution to the benefit of all parties. It has been concluded that one of the optional, yet important stages preceding the mediation procedure is a preparatory stage (pre-mediation), during which the mediator introduces the parties to the conflict to mediation, defines the main stages of its implementation, creates preconditions for fast dispute settlement and determines terms of cooperation between the mediator and the parties to the conflict. The mediation agreement is a form of definition of such cooperation as well as one of the outcomes of the preparatory stage.

Key words: mediation, pre-mediation, mediation stages, conflict, dispute, mediation agreement.

PRECONDIȚIILE ORGANIZATORICE ALE PROCEDURII DE MEDIERE

REZUMAT

Articolul este dedicat studiului precondițiilor organizatorice ale procedurii de mediere. Medierea este un sistem de elemente interconectate, care împreună creează un mecanism de rezolvare optimă non-violentă a conflictului, benefic tuturor participanților. Se concluzionează că una dintre etapele opționale, dar importante, premergătoare procedurii de mediere este etapa pregătitoare (medierea), în cursul căreia mediatorul aduce la cunoștință părțile în conflict cu medierea, determină etapele principale ale desfășurării acesteia și creează premisele pentru soluționarea rapidă a litigiului. condițiile de cooperare dintre mediator și părțile în conflict. Forma de definire a unei astfel de cooperări și unul dintre rezultatele etapei pregătitoare este acordul (acordul) privind medierea.

Cuvinte cheie: mediere, premeditare, etape ale medierii, conflict, dispută, acord de mediere.

Постановка проблеми. Наявність чіткої послідовності проходження стадій медіації є тим, що відрізняє медіацію від звичайних переговорів. Саме за допомогою стадій, наявних у ме-

діації, сторони максимально можуть пропрацювати всі проблемні аспекти, через які, власне, вони розпочали медіацію. Належна підготовка до процедури медіації допомагає досить швидко й ефек-

тивно перейти безпосередньо до медіації. Отже, необхідно визначити та проаналізувати організаційні передумови процедури медіації.

У світі немає точно визначеного порядку, якому має відповідати процедура медіації. Різні школи медіації використовують різні підходи. Науковці зазначають, що чітко визначати формальні та теоретичні питання медіаційної процедури не варто, адже тоді може виникнути суперечність щодо самої природи медіації, яка є гнучким процесом [1, с. 105].

Окремі питання визначення стадій медіації досліджено у працях таких науковців, як: Є. Бородін, Т. Кисельова, Я. Любченко, Н. Мазаракі, О. Можайкіна, Г. Огречук та інші. Водночас актуальним залишається питання дослідження організаційних передумов процедури медіації, а також стану правового регулювання дій сторін конфлікту та медіатора до початку та на початкових етапах медіації.

Метою статті є проаналізувати сучасний стан розвитку послідовності проходження процедури медіації як способу вирішення цивільно-правових спорів в Україні на підготовчому етапі (премедіації), обґрунтувати актуальність унормування правової бази щодо діяльності медіаторів. Для вирішення поставленої мети реалізовано такі завдання: здійснений аналіз запропонованих національними та зарубіжними науковцями структури медіаційної процедури; проаналізовано правове забезпечення премедіації в Україні; проаналізовано правову природу договору (угоди) про проведення медіації; надано рекомендації щодо змісту такого договору.

Виклад основного матеріалу. Медіація є різновидом добровільних примирних процедур. Водночас така процедура є структурованою процедурою позасудового врегулювання спору (конфлікту), у якій медіатор (посередник) допомагає сторонам у розумінні їхніх інтересів та пошуку ефективних шляхів досягнення взаємоприйнятної рішення [2, с. 55].

Натепер процедура медіації в Україні не досить урегульована нормативно-правовими актами, хоча в липні 2020 р. Верховна Рада України ухвалила в першому читанні і за основу проєкт закону України «Про медіацію» № 3504 [3] (у вересні 2021 р. проєкт подано на друге читання). У цьому є свої переваги і недоліки. Завдяки тому, що немає чіткої регламентації даної процедури, вона є цілісною, чітко структурованою та водночас гнучкою. Водночас відсутність спеціального законодавчого акта призводить до невирішеності багатьох організаційних проблем, зокрема в підготовці до медіації, а також у визначенні умов договору та виборі медіатора. Окремі із цих проблем уже були предметом його дослідження [4; 5].

Цілісність процедури медіації полягає в тому, що вона є системою взаємопов'язаних елементів, які у своїй сукупності створюють механізм оптимального ненасильницького розв'язання конфлікту, вигідного всім його учасникам.

Структурованість процедури медіації означає, що вона включає декілька послідовних етапів, стадій, фаз: премедіацію, підготовчу стадію, збір інформації та визначення тем для обговорення, роботу з інтересами та потребами сторін, пошук варіантів рішення, оцінку варіантів рішення тощо.

Гнучкість процедури медіації полягає в тому, що її компоненти й етапи, стиль та методика проведення медіатором легко можуть бути змінені відповідно до потреб оптимального розв'язання конфлікту. Зокрема, до медіації можуть залучатися особи, думки та підтримка яких є важливими для сторони медіації. У цьому відмінність медіації від формального судового або іншого юрисдикційного процесу, де коло учасників обмежується.

Медіація як процедура може мати дискретний характер, з перервами між сесіями, із сепаратними зустрічами медіатора зі сторонами, з можливістю повернутися на попередню стадію, якщо у процесі медіації сторони з'ясували, що не вичерпали «порядок денний» попередньої стадії.

Оскільки в науці немає єдності думок щодо послідовності та стадій медіації, сама стадія медіації може в одних публікаціях іменуватися, наприклад, премедіацією, тоді як в інших – попередньою фазою.

Так, на думку В. Резнікової, медіація є чітко сформульованою процедурою та має чотири стадії, як-от: попередня стадія, відкриваюча стадія, середня стадія та заключна [6, с. 12].

На попередній стадії встановлюється перший контакт медіатора зі сторонами, укладається угода сторін (для судової медіації) та/або договір (для комерційної, позасудової медіації) на проведення медіації, роз'яснюється суть медіації, правила проведення відповідної процедури.

На наступній стадії кожна зі сторін має можливість висловити своє бачення суті спору, а медіатор ставить питання та сприяє з'ясуванню причин конфлікту, працює з емоціями сторін, після сумісного визначення тем переговорного процесу серед них визначаються спільні чи протилежні, встановлюються пріоритетність тем, порядок їх опрацювання у процесі медіації.

Далі настає стадія розроблення шляхів урегулювання конфлікту, у разі знаходження спільних варіантів рішень сторони за домовленістю переходять до останньої стадії – складання угоди, яка готується суто сторонами, містить взаємні зобов'язання та після її остаточного формулювання перевіряється

на допустимість і можливість виконання, справедливості, підписується сторонами.

Найбільш важливим результатом медіації повинно бути добровільне дотримання сторонами угоди, яку вони уклали за результатами медіації. Як зазначає О. Островська, добровільність дотримання укладеної під час медіації угоди є гарантією її безумовного дотримання [7, с. 37].

Гнучкий характер процедури медіації дозволяє не лише варіювати стадії медіації після її початку, але й вказати на важливість підготовчої (до початку власне медіації) процедури, яка, хоч і не є обов'язковою, проте може бути запорукою успішності процедури медіації. Чи буде використовуватися такий етап, залежить уже від навичок кожного медіатора.

Такий підготовчий етап являє собою сукупність дій організаційного характеру, що є передумовою початку процедури медіації, у науковій літературі дістав назву «премедіація» (англ. *pre-mediation*), або ж його можна назвати організаційними передумовами процедури медіації.

Премедіація – це процес налагодження контактів між медіатором та сторонами спору, а також підготовки їх до медіаційних переговорів, що включає проведення попередніх індивідуальних зустрічей медіатора зі сторонами, збір інформації щодо спору та його аналіз із метою ухвалення рішення про доцільність і можливість застосування процедури медіації, роботу з організації медіаційних переговорів щодо вирішення спору.

Від того, наскільки якісно була проведена премедіація, багато в чому залежить успішність процедури медіації загалом. Науковці відзначають важливість премедіації під час урегулювання конфліктів між потерпілими та правопорушниками в рамках програм із відновного правосуддя, у сімейній медіації, вирішенні будь-яких інших спорів, які відзначаються високим емоційним напруженням, глибиною й гостротою суперечностей між сторонами, потребують ґрунтовної їх попередньої підготовки до конструктивних і продуктивних переговорів [1, с. 233].

Варто звернути увагу на те, що премедіація не завжди доцільна, наприклад у вирішенні спорів зі споживачами чи адміністративних спорів, або в інших суперечках, де головне – швидкість вирішення спору, що відповідає самій природі медіації.

Ініціювати медіацію може будь-яка зі сторін спору. Саме одностороння ініціатива переважає у практиці медіації в Україні. Звичайно, трапляються випадки, коли обидві сторони зацікавлені в мирному вирішенні спору і спільно звертаються до медіатора, але, оскільки інститут медіації відносно новий для України, то такі випадки поодинокі.

У зарубіжній практиці рекомендацію про застосування медіації може надати суддя, який розглядає спір, або ж її можуть порекомендувати адвокати чи інші представники сторін. У деяких країнах існують вимоги законодавства щодо обов'язкового направлення певної категорії спорів на процедуру медіації (наприклад, у Польщі стосовно трудових спорів), і лише потім, у разі негативного результату, вони можуть стати предметом судового розгляду [8, с. 300].

Важливим завданням медіатора на етапі ініціювання медіації є ознайомлення сторін спору з особливостями процедури медіації. Більшість людей, які звертаються до медіаторів, не є обізнаними з медіацією взагалі або ж досить часто помиляються щодо природи та процедури цього виду врегулювання спорів. Важливо, щоб сторони добре усвідомлювали, як саме відбуватиметься процес медіаційних переговорів, чого можна очікувати від нього [1, с. 236].

Отже, необхідно ознайомити сторони з етапами медіації; прояснити роль медіатора, сторін та інших учасників медіації у процесі переговорів; пояснити базові правила проведення медіації, а також розкрити зміст принципів медіації, пояснити наслідки досягнення або недосагнення домовленості за результатами медіації. Коли премедіація не проводиться, відповідне ознайомлення відбувається на початку переговорів щодо врегулювання самого спору, зазвичай під час виголошення медіатором вступної промови.

Щоби сторони ще більше сприяли процедурі медіації, медіатор може навести переваги даного інституту над судовим вирішенням спору.

На етапі ініціювання медіації медіатору вкрай необхідно створити атмосферу довіри. По-перше, ідеться про створення довірчих відносин між медіатором та сторонами, по-друге, про формування їхньої довіри до процедури медіації. Для цього можна, зокрема, навести статистику успішності врегулювання спорів за допомогою медіації, коротко розповісти про досвід медіатора, репутацію організації, у якій він працює тощо. Усе це в сукупності дозволить почуватися сторонам більш впевнено та безпечно [9, с. 103].

На цьому ж етапі необхідно провести збір інформації та попередню діагностику конфлікту. Аналіз конфліктної ситуації розпочинається з моменту звернення до медіатора і продовжується протягом всієї медіації. Проведення аналізу необхідно для виявлення структури й динаміки конфлікту, а також перспективи його розвитку та визначення ефективного способу роботи з ним.

Також для медіатора важливо з'ясувати питання про наявність у нього конфлікту інтересів – його особистої зацікавленості в певному результаті ме-

діації. Медіатор повинен повідомити сторони про можливий конфлікт інтересів, починаючи з того моменту, коли він про це дізнався.

Головною метою діагностики конфліктної ситуації є визначення медіабельності спору, тобто виявлення можливості застосування технології медіації для його вирішення.

Н. Мазаракі зазначає, що спір може не бути медіабельним з об'єктивних причин, за своїм змістом або ж у відносинах між певними особами [10, с. 258].

На підготовчому етапі, ще до початку медіації необхідно забезпечити сторони приміщенням та всім необхідним для медіації, зокрема й подбати про те, щоб стіл, за яким буде відбуватись медіація, був досить великим, щоби за нього могли сісти всі учасники процесу. Не забути також про інші на перший погляд дрібнички, які дуже важливі для комфорту та позитивного налаштування сторін (кава, чай, інші напої, фліп-чарти, папір, ручки, маркери тощо). Одне із ключових питань у логістиці медіації – це координація часових рамок проведення медіації та плану дій.

Праця повинна винагороджуватися, тому на цій стадії потрібно визначити і розмір гонорару для медіатора. Загалом немає переліку цін за послуги медіатора. Науковці зазначають, що це має бути ціна в розумних межах і залежить від складності кожного випадку. Зазвичай сума гонорару погоджується зі сторонами.

Сторони сплачують медіатору, організації або центру із проведення медіації суму, вказану в угоді з ними про організацію і проведення медіації. У вартість послуг з організації і проведення медіації входять: гонорар (винагорода) медіатора; надання приміщення для проведення процедури медіації; інші витрати. Порядок оплати, зокрема і розподіл витрат між сторонами, а також строки оплати послуг медіатора, організації або центру із проведення медіації зумовлюється сторонами медіації у відповідній складеній ними угоді.

Додаткові витрати медіатора, наприклад, витрати на проїзд медіатора до місця проведення зустрічі зі сторонами, витрати на відрядження тощо, у зв'язку зі здійсненням процедури медіації сплачуються сторонами в рівних частках, якщо сторони не домовилися про інше [11, с. 35].

У вітчизняній та зарубіжній практиці переважає погодинний спосіб оплати послуг медіатора, який передбачає оплату за фактично витрачений час медіатора на процес медіації. Щодо погодинної тарифікації необхідно зазначити, що кожна організація, яка надає послуги медіації, та кожний медіатор має свій тариф, який складається з об'єктивних та суб'єктивних чинників [12].

На підготовчому етапі (премедіації) медіатор зі сторонами укладають договір (угоду) про проведення медіації. Такий договір, який укладається між медіатором та сторонами про умови, на яких проводиться медіація, варто відрізнити від договору, який укладають сторони, вирішуючи питання про передачу спору на медіацію.

Договір між сторонами спору про досягнуту ними згоду на проведення медіації може бути укладений як самостійний договір або ж існувати у вигляді медіаційного застереження до іншого договору, з виконанням якого пов'язане виникнення спору. Отже, договір між сторонами спору про досягнуту ними згоду на проведення медіації може укладатися як до, так і після виникнення спору.

У даному питанні важливо звернути увагу на міжнародний досвід укладення договорів про проведення медіації. У деяких країнах укладення договору про проведення медіації є обов'язковим, його форма повинна бути письмовою.

Зокрема, у Законі Республіки Білорусь «Про медіацію» [13] зазначено, що угода про застосування медіації – угода сторін про проведення переговорів з участю медіатора з метою врегулювання спору (спорів) сторін. У ст. 10 цього Закону зазначено, що угода про застосування медіації укладається в письмовій формі. Угода про застосування медіації вважається укладеною, якщо вона міститься в документі, підписаному сторонами, або укладена шляхом обміну повідомленнями з використанням поштового зв'язку або інших видів зв'язку, які забезпечують письмове фіксування волевиявлення сторін, включаючи направлення претензії, позовної заяви та відповідей на них, у яких одній стороні пропонується врегулювати спір шляхом проведення медіації, а другою стороною виражена згода на застосування медіації.

Зміст договору про проведення медіації становлять умови, визначені угодою його сторін.

О. Огрєнчук зазначає, що в угоді про проведення медіації зазначаються: медіатор (медіатори), сторони конфлікту, їхні представники та/або законні представники (у разі наявності); порядок, розмір та форма оплати послуг медіатора (медіаторів) і відшкодування витрат на підготовку та проведення медіації; предмет медіації, або предмет спору, що передається на врегулювання в рамках медіації; умови участі сторін у витратах, пов'язаних із проведенням процедури медіації; мова медіації й угоди за результатами медіації; залучення перекладача й інших осіб (у разі потреби); порядок проведення медіації; строки та місце проведення; зобов'язання сторін про конфіденційність проведення медіації та наслідки недотримання цього зобов'язання; підстави й обсяг відповідальності медіатора, що

бере участь у врегулюванні спору (конфлікту) сторін медіації, за дії (бездіяльність), що спричинили збитки для сторін медіації [14, с. 147].

Невід'ємною частиною такого договору, на мою думку, має бути домовленість про форму вираження результату медіації (договір за результатами медіації, укладення мирової угоди в цивільному процесі, припинення конфлікту тощо).

Важливим на даному етапі є завдання медіатора показати сторонам, що вони самостійно ухвалюють рішення для вирішення проблеми. Але тут є тонка межа. Медіатор має пояснити це так, щоби сторони не вважали його безвідповідальним. Адже основне завдання медіатора – координувати діалог сторін, щоби вони змогли під час конструктивного діалогу вирішити власний спір і головне, щоб вони самі дійшли до такого рішення, без жодного тиску з боку медіатора.

Ще один момент, який має бути вирішений на даному етапі, чи потрібно залучати ще треті сторони, щоби медіація принесла позитивний результат. Такими особами можуть бути: адвокати, експерти в певних галузях (економісти, інженери, технологи тощо), партнери по бізнесу, близькі родичі (батьки, один із подружжя, діти).

Коли сторони узгодили всі організаційні моменти із процедури і закріпили їх договором, можна переходити до власне процедури медіації.

Висновки. Отже, медіація є ефективним способом вирішення конфліктних ситуацій у різних сферах нашого життя. Ухвалення Закону «Про медіацію» створить правову основу для застосування медіації в Україні, підвищить рівень довіри осіб до даного способу захисту. Не менш важливим, ніж ухвалення самого закону, є внесення змін до чинного галузевого законодавства, які б дали змогу усунути перешкоди для запровадження медіації в Україні. Безперечно, запровадження інституту медіації має здійснюватися з урахуванням міжнародного досвіду. Важливим є те, що на законодавчому рівні важливо прописати стадії процедури медіації, адже натепер вони різняться. Натепер єдиною підставою для виникнення медіаційних відносин в Україні є договір, але законодавчо визначених вимог, яким він повинен відповідати, також немає. Невід'ємною частиною такого договору, на мою думку, має бути домовленість про форму вираження результату медіації (договір за результатами медіації, укладення мирової угоди в цивільному процесі, припинення конфлікту тощо).

Список використаної літератури:

1. Медіація у професійній діяльності юриста : підручник / авт. кол. : Т. Білик та ін. ; за ред. Н. Крестовської, Л. Романадзе. Одеса : Екологія, 2019. 456 с.

2. Можайкіна О. Поняття та зміст основних принципів медіації в цивільно-правових відносинах. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 5. С. 55–58.

3. Про медіацію : проект закону № 3504 від 19 травня 2020 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68877 (дата звернення: 19.10.2021).

4. Шеремет А. Законодавче регулювання медіації в Україні : Аналіз проекту закону України «Про медіацію». *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 11. URL: <http://pgr-journal.kiev.ua/archive/2020/11/9.pdf> (дата звернення: 19.10.2021).

5. Шеремет А. Етичні та кваліфікаційні вимоги до медіатора. *Право і суспільство*. 2020. № 6. Т. 2. URL: http://www.pravoisusilstvo.org.ua/archive/2020/6-2_2020/part_1/15.pdf (дата звернення: 19.10.2021).

6. Резнікова В. Медіація (посередництво) як спосіб вирішення господарських спорів. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. 2012. №90. С. 10–15. URL: http://papers.univ.kiev.ua/1/jurydychni_nauky/articles/reznikova-v-mediation-intermediation-as-a-method-of-solvingeconomic-disputes_19538.pdf (дата звернення: 19.10.2021).

7. Островська О., Фінько О. Медіація як альтернативний спосіб урегулювання конфліктів та консалтингова послуга. *Глобальні та національні проблеми економіки*. 2018. Вип. 21. С. 34–38.

8. Ковач К. Медіація : краткий курс. Москва : Инфотропик Медиа, 2013. 316 с.

9. Ішмурагов А. Конфлікт і згода: основи когнітивної теорії конфліктів : навчальний посібник. Київ : Наукова думка, 1996. 190 с.

10. Мазаракі Н. Щодо поняття медіабельності спору. *Підприємництво, господарство і право*. 2008. № 12. С. 258–262.

11. Боженко Н. Адміністративно-правове забезпечення медіації як способу вирішення адміністративних спорів : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя, 2018. С. 115.

12. Бурдак В. Медіація, способи оплати послуг медіатора. URL: https://ukrmediation.com.ua/files/content/Oplata_poslug.pdf.

13. О медиации: Закон Республики Беларусь от 12 июля 2013 г. № 58–3. URL: <http://www.pravo.by/document/?guid=3871&p0=H11300058>.

14. Огренчук О. Договори про проведення медіації. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Вип. 30. Т. 1. С. 144–147.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

ШЕРЕМЕТ Анжеліка Миколаївна – аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін Навчально-наукового інституту права імені Іоаннікія Малиновського Національного університету «Острозька академія»;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

SHEREMET Anzhelika Mykolaiivna – Postgraduate Student at the Department of Civil Law Disciplines of I. Malynovskyi Institute of Law of the National University of “Ostroh Academy”; angelikarv@ukr.net

Хозяйственное право и процесс

УДК 346.5(477):33.06

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ НЕДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ НА РИНКАХ НЕБАНКІВСЬКИХ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ УКРАЇНИ

Ганна ШОВКОПЛЯС,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри господарського права

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

АНОТАЦІЯ

У статті проведено загальне дослідження й аналіз саморегулювних організацій, професійних об'єднань на ринках небанківських фінансових послуг. Автором проаналізовано чинне законодавство стосовно ознак таких юридичних осіб. Досліджено питання щодо класифікації таких суб'єктів, їхнє місце серед інших учасників ринку фінансових послуг.

Ключові слова: саморегулювні організації, кредитні спілки, професійні об'єднання, кредитна спілка, небанківські фінансові установи.

GOVERNMENTAL REGULATION IN THE MARKETS OF NON-BANK FINANCIAL SERVICES OF UKRAINE

Hanna SHOVKOPLIAS,

Candidate of Law, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Economic Law
Yaroslav Mudryi National Law University

SUMMARY

The article conducts a general study and analysis of self-regulatory organizations, professional associations in the markets of non-banking financial services. The author analyzes the current legislation on the characteristics of such legal entities. The issue of classification of such entities and their place among other participants in the financial services market has been studied.

Key words: self-regulatory organizations, credit unions, professional associations, credit union, non-bank financial institutions.

TENDINȚELE ACTUALE ÎN DEZVOLTAREA REGLEMENTĂRII NON-STATALE PE PIETELE SERVICIILOR FINANCIARE NEBANCARE DIN UCRAINA

REZUMAT

Articolul realizează un studiu general și o analiză a organizațiilor de autoreglementare, asociațiilor profesionale de pe piețele serviciilor financiare nebancale. Autorul analizează legislația actuală cu privire la caracteristicile unor astfel de persoane juridice. A fost studiată problema clasificării unor astfel de entități, locul acestora în rândul celorlalți participanți pe piața serviciilor financiare.

Cuvinte cheie: organizații de autoreglementare, uniuni de credit, syndicate, uniuni de credit, instituții financiare nebancale.

Постановка проблеми. Відповідно до ст. 5 Господарського кодексу України (далі – ГКУ) правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного

регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність та визначення України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави.

Актуальність теми дослідження підтверджується ступенем нерозкритості теми саморегулювання на ринку небанківських фінансових.

Серед науковців, які досліджують цю проблему, варто виділити праці багатьох учених, серед яких І.В. Алексєєв, Р.Й. Бачо, Є.П. Бондаренко, А.В. Басова, О.Й. Вівчар, С.В. Науменкова, В.І. Полухович, Ю.Б. Фогельсон, О.Р. Ящищак та інші.

Метою статті є дослідити питання щодо недержавного регулювання небанківських фінансових установ і ефективний господарсько-правовий механізм саморегулювання на ринку фінансових послуг України.

Виклад основного матеріалу. На думку Р.Й. Бачо, виділення саморегулювання на ринку небанківських фінансових послуг в окремий спосіб регулювання пов'язано з тим, що зарубіжна практика підтверджує тезу про можливість професійними учасниками ринку самим здійснювати регулювання діяльності. Однак цей спосіб регулювання характеризується обмеженим інструментарієм, що випливає з того, що суб'єкт регулювання з об'єктивних причин перебуває перед постійним вибором між дотриманням вимог законодавства чи правил професійної етики та досягненням основних цілей діяльності [1, с. 104].

Як зазначають деякі науковці, саморегулівні організації відіграють істотну роль на ринку небанківських фінансових послуг. Ці організації через контроль діяльності своїх членів забезпечують дисципліну, сумлінну поведінку своїх членів на ринку шляхом розкриття ними необхідної інформації, виключення конфлікту інтересів, дотримання кодексу професійної етики. На думку автора, у цих організаціях два напрями діяльності:

1) професійний контроль своїх членів, для цього в кожній саморегулівній організації створюються правила професійної діяльності і встановлюється відповідальність за їх недотримання;

2) захист інтересів клієнтів своїх членів, якщо член такої організації не виконує своїх зобов'язань або порушує правила професійної діяльності [2].

Самоорганізація учасників ринків небанківських фінансових послуг сприяє поліпшенню регулювання ринку та нагляду за діяльністю фінансових установ, які спрямовані на захист інтересів власників, споживачів небанківських фінансових послуг та самих небанківських фінансових установ. Натепер учасники ринків небанківських фінансових послуг не повною мірою розуміють потребу самоорганізації, результатом якої є захист цілісності ринків небанківських фінансових послуг [1, с. 97].

Мета створення самоорганізацій та мета державного регулювання та нагляду за діяльністю небанківських фінансових установ з боку органів державної влади збігаються.

Натепер в Україні на ринках небанківських фінансових послуг існує кілька форм самоорганізації: 1) саморегулівні організації (далі – СРО); 2) професійні об'єднання учасників.

Питання щодо саморегулівних організацій в Україні визначені в Законі України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», Законі «Про державне регулювання ринків капіталу та організованих товарних ринків», Законі «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки», Положенні «Про об'єднання професійних учасників фондового ринку».

Під саморегулюванням на ринках небанківських фінансових послуг варто розуміти автономне реагування професійних учасників цих ринків на вплив зовнішніх чи внутрішніх чинників, що порушують нормальне функціонування небанківських фінансових установ шляхом дотримання норм, правил та стандартів поведінки, прямо не встановлених законодавством чи якщо такі норми законодавчо встановлені [1, с. 105].

СРО та професійні об'єднання учасників різняться одне від одного за правовим статусом, правовим режимом функціонування та колом повноважень, якими вони наділяються. Більш жорсткі вимоги до СРО зумовлені тим, що саме таким організаціям делегуються повноваження щодо регулювання ринку фінансових послуг. Також відрізняються і вимоги, які встановлюються до СРО – об'єднання фінансових установ та до СРО – об'єднання професійних учасників.

Розглянемо правовий статус СРО деяких небанківських фінансових установ.

Визначення СРО міститься у ст. 1 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» і являє собою неприбуткове об'єднання фінансових установ, що створюється з метою захисту інтересів своїх членів та інших учасників ринків фінансових послуг та якому делегуються відповідними органами державної влади повноваження щодо розроблення і впровадження правил поведінки на ринках фінансових послуг та/або сертифікації фахівців ринку фінансових послуг.

О.Р. Ящищак зазначає, що за критерієм обов'язковості можна класифікувати СРО, участь у яких

є обов'язковою для здійснення діяльності на ринку фінансових послуг, і СРО, які утворені на добровільних засадах. За обсягом регулятивних повноважень розрізняють СРО, яким делеговано повноваження у сфері регулювання ринку фінансових послуг, і СРО, які не наділені повноваженнями такого виду. За сферою дії СРО поділяються на загальнодержавні, які об'єднують фінансові установи на території всієї держави, галузеві, які здійснюють представництво інтересів різних типів фінансових установ, та локальні, які діють на території однієї адміністративно-територіальної одиниці [3, с. 127]. Аналіз чинного законодавства України дозволяє виокремити такі групи СРО: 1) СРО, що регулюють діяльність учасників ринку цінних паперів; 2) СРО, які регулюють діяльність кредитних спілок; 3) СРО, які регулюють діяльність страхових компаній; 4) СРО, які регулюють діяльність адміністраторів недержавних пенсійних фондів.

Суттєву роль на ринку небанківських фінансових послуг відіграють кредитні спілки.

Вони разом із банками та страховими компаніями належать до високоризикових фінансових установ, оскільки залучають кошти від її членів. Основними ризиками кредитної спілки є: кредитний ризик, ризик ліквідності й операційний ризик.

І хоча в Україні активи кредитних спілок порівняно з активами банків є незначними, але вони обслуговують значну кількість членів та мають потенціал до зростання. Тому забезпечення належного контролю та нагляду за їхньою діяльністю є одним із головних завдань Національного банку України (далі – НБУ).

Діяльність кредитних спілок пов'язана із двома основними видами фінансових послуг: кредитуванням та залученням вкладів / депозитів. Можливості кредитних спілок надавати інші фінансові та супровідні послуги своїм членам є обмеженими. Тому це негативно відображається на їхній конкурентоспроможності з банками.

Метою НБУ повинно стати сприяння зростанню та конкурентоспроможності ринку кредитних спілок в Україні, а також забезпечення їхньої господарської діяльності та збереження коштів їхніх членів. Одним із засобів досягнення даної мети є об'єднання кредитних спілок (далі – ОКС). На жаль, в Україні не розвинений інститут ОКС. Наразі в Україні створені дві об'єднані кредитні спілки:

1) «Українська об'єднана кредитна спілка» (далі – УОКС) на базі членства кредитних спілок у Всеукраїнській асоціації кредитних спілок;

2) «Об'єднана кредитна спілка НАКСУ» (далі – ОКС НАКСУ) на базі членства кредитних

спілок у Національній асоціації кредитних спілок України (далі – НАКСУ).

ОКС НАКСУ є неприбутковою організацією, заснованою кредитними спілками на кооперативних засадах із метою сприяння фінансовій стабільності кредитних спілок та об'єднання тимчасово вільних коштів своїх членів для взаємного кредитування. До фінансових послуг, які надаються ОКС НАКСУ, відносять: 1) залучення фінансових активів із зобов'язанням щодо наступного їх повернення; 2) надання коштів, зокрема і на умовах фінансового кредиту. Основними видами діяльності ОКС НАКСУ є: 1) надання кредитів своїм членам на умовах платності, строковості та забезпеченості в готівковій та безготівковій формі; 2) прийняття вступних та обов'язкових пайових та інших внесків від кредитних спілок; 3) розміщення тимчасово вільних коштів на депозитних рахунках в установах банку; 4) залучення на договірних умовах вкладів своїх членів на депозитні рахунки як у готівковій, так і в безготівковій формі; 5) надання кредитів іншим кредитним спілкам; 6) членство у платіжних системах тощо.

Не всі кредитні спілки приєдналися до ОКС. Нині українське законодавство лише поверхнево визначає правовий статус та мету діяльності ОКС. Однак у країнах Європейського Союзу (далі – ЄС) ОКС є суттєвим поштовхом для розвитку кредитних спілок та підвищення рівня їхньої платоспроможності (здатність кредитної спілки своєчасно і в повному обсязі виконувати свої зобов'язання перед членами й іншими кредиторами).

Ст. 24 Закону «Про кредитні спілки» передбачає, що з метою координації своєї діяльності, надання взаємодопомоги та захисту спільних інтересів кредитні спілки мають право на добровільних засадах створювати асоціації кредитних спілок. Які поділяються на місцеві (які діють на території певної адміністративно-територіальної одиниці, але в кількості не менше трьох кредитних спілок) та всеукраїнські (діяльність яких поширюється на територію всієї країни, членами таких асоціацій є кредитні спілки більш ніж із половини адміністративно-територіальних одиниць). Відповідно до норм чинного законодавства асоціація кредитних спілок утримується суто внесками кредитних спілок і не здійснює підприємницької діяльності, окрім отримання пасивних доходів у вигляді процентів, дивідендів, страхових виплат і відшкодувань та роялті, а також розміщення вільних коштів на депозитних рахунках у банках та в об'єднаній кредитній спілці. За рішенням НБУ одній із всеукраїнських асоціацій кредитних спілок може бути надано *статус саморегульованої*

організації, яка відповідно до закону має право: 1) розробляти разом із кредитними спілками програми їхнього фінансового оздоровлення; 2) здійснювати методичне забезпечення, навчання та сертифікацію фахівців кредитних спілок; 3) розробляти і впроваджувати правила поведінки кредитних спілок; 4) проводити збір, узагальнення та попередній аналіз фінансової звітності кредитних спілок; 5) здійснювати регуляторну діяльність у межах функцій, делегованих НБУ.

Виходячи із норм чинного законодавства, необхідно зробити висновок, що було б доречним, якби законодавець надав СРО й іншим об'єднанням кредитних спілок ширший перелік повноважень, ніж той, який існує натеper. А саме: 1) контроль за дотриманням кредитними спілками окремих вимог щодо їхньої діяльності; 2) нагляд за достатністю капіталу кредитної спілки й інших пруденційних нормативів; 3) виявлення порушень і недоліків у діяльності кредитної спілки; 4) право ініціювати питання щодо застосування заходів впливу до кредитних спілок, які є членами відповідного об'єднання.

Належний розвиток саморегульованих організацій та інших об'єднань кредитних спілок зробить поштовх до: 1) конкуренції кредитних спілок з іншими фінансовими установами, отже, впливу їх на ринок фінансових послуг загалом; 2) підвищення рівня обслуговування членів кредитної спілки; 3) забезпечення належного захисту прав споживачів (членів кредитної спілки); 4) доступності фінансових послуг, які надаються кредитними спілками малому бізнесу.

Страхові компанії, як і кредитні спілки, відіграють суттєву роль в економічному житті країни. Не потребує доведення той факт, що страхування – вид підприємницької діяльності страхових компаній, головним призначенням яких є захист як суб'єктів господарювання, так і негосподарюючих суб'єктів від імовірних збитків у разі настання страхових подій. Водночас є ризик загрози платоспроможності і самих страхових компаній, що спричиняє негативні наслідки для споживачів страхових послуг. Упевненість споживачів у надійності ринку страхових послуг є головною засадою розвитку страхового ринку. А ефективне регулювання та нагляд за страховими компаніями забезпечать таку впевненість для споживачів.

Натеper для належного розвитку ринку страхових послуг є деякі стримувальні проблеми. Так, низький попит на страхові послуги зумовлюється передусім: 1) відсутністю довіри до ринку страхових послуг; 2) відсутністю належної системи захисту прав споживачів страхових послуг; 3) слаб-

кою обізнаністю громадян у страхових послугах; 4) низьким рівнем платоспроможності населення. Тому ринок страхових послуг потребує реформування шляхом удосконалення існуючого регулювання і спрямування на: 1) забезпечення більшої прозорості страхового сектору; 2) підвищення захисту споживачів страхових послуг; 3) запровадження рівних умов діяльності; 4) розбудову конкурентного середовища на страховому ринку. Також однією з таких проблем є забезпечення належного регулювання не лише з боку органів державної влади, а і на рівні саморегулювання.

Чинна модель регулювання ринку страхових послуг, хоч і враховує вимоги законодавства ЄС (Solvency, принципи Міжнародної асоціації органів страхового нагляду (IAIS)), але повинна впроваджувати і забезпечувати також і саморегулювання страхового ринку.

Умови створення та діяльності об'єднань страховиків передбачені ст. 13 Закону «Про страхування», де зазначається, що страхові компанії можуть утворювати спілки, асоціації й інші об'єднання для координації своєї діяльності, захисту інтересів своїх членів та здійснення спільних програм, які не можуть займатися страховою діяльністю. Такі об'єднання діють на підставі статутів і набувають прав юридичної особи після їх державної реєстрації.

Тобто, виходячи із цієї норми, ми бачимо, що саморегулювання страхової діяльності може реалізовуватися через певні професійні об'єднання страховиків. Також у цій статті передбачено, що такі об'єднання можуть утворюватися за певними видами страхової діяльності, а саме страхові компанії, які займаються страхуванням авіаційних, морських ризиків можуть утворювати Авіаційне (далі – АСБ) та Морське страхове бюро (далі – МСБ), що мають статус юридичної особи й утримуються коштом страховиків. Страховики, які мають дозвіл на страхування відповідальності операторів ядерних установок за шкоду, якої може бути завдано внаслідок ядерного інциденту, зобов'язані утворити ядерний страховий пул (далі – ЯСП). Страховики, які мають ліцензію на здійснення страхування сільськогосподарської продукції з державною підтримкою, зобов'язані утворити Аграрний страховий пул (далі – АСП). Страховики, яким дозволено займатися обов'язковим страхуванням цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів, зобов'язані бути членами Моторного (транспортного) страхового бюро України (далі – МТСБУ). МТСБУ є єдиним об'єднанням страховиків, які здійснюють обов'язкове страхування цивільно-правової від-

повідальності власників наземних транспортних засобів. Участь страховиків у МТСБУ є умовою провадження діяльності щодо обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів. Аналіз цієї норми дає можливість зробити висновок, що законодавець виокремлює два види самоорганізаційних об'єднань: добровільні й обов'язкові.

До добровільних об'єднань законом віднесені: 1) АСБ; 2) МСБ, учасниками яких можуть бути страховики, що займаються страхуванням авіаційних та морських ризиків.

До обов'язкових віднесено:

1) ЯСП – об'єднує страхові компанії зі страхування відповідальності операторів ядерних установок за шкоду, що може бути завдано внаслідок ядерного інциденту;

2) АСП – об'єднує страхові компанії, що мають ліцензію на здійснення страхування сільськогосподарської продукції з державною підтримкою;

3) МТСБУ – об'єднання страховиків, яким дозволено займатися обов'язковим страхуванням цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів.

Об'єднання страховиків займає вагомe місце на ринку страхових послуг України. Кожне об'єднання має свою мету і завдання, відіграє важливу роль у саморегулюванні страхового ринку. Підставою для створення таких об'єднань є неможливість страховими компаніями самостійно вирішувати проблеми, які виникають на ринку страхових послуг і тим самим гальмують його розвиток.

В Україні, як і в багатьох європейських країнах, об'єднання страховиків стали невід'ємною частиною ринку страхових послуг. Залежно від мети та форми участі страховиків у таких об'єднаннях їх можна класифікувати так. За формою участі об'єднання поділяються на добровільні й обов'язкові, за видами діяльності – на загальні та спеціалізовані. Так, до загальних добровільних об'єднань можна віднести Національну асоціацію страховиків України (далі – НАСУ), метою діяльності якої є розробка, затвердження та впровадження високого рівня правил і стандартів діяльності на ринку страхових послуг. Основними завданнями НАСУ є: 1) участь у розробці та вдосконаленні законодавства у сфері страхування; 2) внесення пропозицій до державних органів із питань страхової діяльності; 3) захист і представництво спільних законних інтересів учасників об'єднання в державних органах із питань статутної діяльності Асоціації; 4) реалізація проектів, що сприяють становленню і розвитку ринку страхових послуг; 5) інформаційна, консультативна,

методична й організаційна підтримка учасників Асоціації у процесі їхньої професійної діяльності; 6) сприяння забезпеченню в діяльності учасників Асоціації належного рівня фінансової стабільності, платоспроможності та ліквідності; 7) сприяння забезпеченню високого рівня економічної ефективності, конкурентоспроможності та соціальної відповідальності в діяльності учасників Асоціації на ринку фінансових послуг; 8) взаємодія з іншими професійними об'єднаннями фінансового ринку з метою утворення належного та розвиненого ринку фінансових послуг України. Також на сайті НАСУ зазначається, що Асоціація не допускає можливості здійснення вирішального впливу на господарську діяльність учасників.

Іншим видом загального добровільного об'єднання страховиків є Ліга страхових організацій України (далі – ЛСОУ), яка є неприбутковим суб'єктом господарювання. Вона була найпершим об'єднанням страхових організацій, утворена в 1992 р. Завданнями цього об'єднання є: 1) сприяння розвитку страхового ринку; 2) захист прав та інтересів учасників ринку страхових послуг, які є її членами; 3) сприяння вдосконаленню правової бази страхової діяльності; 4) ознайомлення громадськості з діяльністю учасників ринку страхових послуг; 5) сприяння реалізації антимонопольного законодавства у сфері страхової діяльності; 6) забезпечення взаємної довіри, надійності, порядності, ділового партнерства у взаєминах між страховиками та споживачами страхових послуг; 7) розробка рекомендацій із питань методології страхової справи тощо.

Іншим видом страхових об'єднань є Моторне (транспортне) страхове бюро України, яке є спеціалізованим, обов'язковим об'єднанням страховиків, які здійснюють обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів за шкоду, завдану третім особам. Зазвичай членство страховиків у МТСБУ є обов'язковою умовою здійснення діяльності щодо обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів. МТСБУ є неприбутковою організацією, основними завданнями якої є: 1) виконання гарантійних функцій стосовно відшкодування збитків, завданих третім особам під час експлуатації наземних транспортних засобів; 2) управління централізованими страховими резервними фондами, що створюються при Бюро для забезпечення виконання покладених на нього функцій, – Фонд захисту потерпілих, Фонд страхових гарантій; 3) координація роботи страховиків – його членів у сфері страхування цивільно-правової відповідаль-

ності за шкоду, завдану третім особам унаслідок дорожньо-транспортної пригоди, як на території України, так і за її межами; 4) виконання страхових зобов'язань з обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності за страховиків-членів Бюро в разі недостатності коштів та майна цих страховиків, що визнані банкрутом та/або ліквідовані; 5) співробітництво з органами Міністерства внутрішніх справ України й іншими органами державної влади з питань обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності.

Натепер членами МТСБУ є 45 страхових компаній.

Усе вищесказане дає змогу зробити висновок, що відповідні об'єднання страховиків мають спільні риси щодо реалізації таких завдань, як:

- 1) інформаційна, консультативна підтримка учасників об'єднань у процесі здійснення їхньої господарської діяльності;
- 2) захист прав та законних інтересів учасників такого об'єднання;
- 3) участь у розробленні проектів нормативно-правових актів;
- 4) сприяння підвищенню кваліфікації учасників об'єднань;
- 5) ознайомлення населення з діяльністю учасників ринку страхових послуг;
- 6) сприяння розвитку ринку страхових послуг;
- 7) представництво інтересів учасників об'єднань перед органами державної влади;
- 8) надання допомоги щодо вдосконалення страхового законодавства.

Окрім вищезазначених спільних рис, кожне таке об'єднання має свої специфічні завдання.

Тобто, як ми бачимо, недержавне регулювання ринку страхових послуг реалізується через відповідні професійні об'єднання страховиків, які наділені вузьким переліком повноважень щодо здійснення контролю та нагляду на ринку страхових послуг і які утворюються обов'язково відповідно до вимог законодавства або добровільно. Вони можуть мати статус ліги, асоціації, бюро, пулу. Законодавець навіть в Законі «Про страхування» не закріплює на законодавчому рівні статусу СРО. Лише в Положенні про делегування Нацкомфінпослуг окремих повноважень об'єднанню страховиків, затвердженому рішенням Деркомфінпослуг від 21 серпня 2008 р. № 1 000, згадується про СРО страховиків – об'єднання, якому за рішенням Нацкомфінпослуг (зараз вже НБУ) делеговано окремі повноваження й інформація про яке внесена до реєстру саморегульованих організацій фінансових установ. Також цим поло-

женням передбачено, що уповноважений державний орган може делегувати такому об'єднанню такі повноваження, як: 1) розроблення та впровадження правил поведінки на ринку страхових послуг; 2) сертифікація фахівців ринку страхових послуг. Як ми бачимо, ці повноваження не мають нічого спільного з функціями контролю та нагляду, які можуть бути делеговані НБУ.

І тому назріває необхідність надання об'єднанням страховиків статусу СРО або створення єдиної СРО страховиків з наданням їй частини функцій щодо нагляду та контролю за господарською діяльністю страхових компаній із боку НБУ шляхом законодавчого регламентування. Щоби зосередити увагу НБУ на контролі за платоспроможністю та ліквідністю страхових компаній. Це буде свого роду сполучною ланкою між державою і суб'єктами господарювання.

Висновки. З аналізу норм чинного законодавства можна зазначити, що СРО являє собою насамперед звичайне об'єднання суб'єктів господарювання, метою створення якого є аналіз стану ринку, виявлення проблем, надання пропозицій щодо його розвитку, розроблення проектів нормативно-правових актів. Однак, на нашу думку, було б доречним використовувати цей ресурс і для вирішення практичних завдань регулювання, які держава може покласти на СРО. Так, до відповідних завдань СРО можна віднести і закріпити на законодавчому рівні: 1) контроль за дотриманням платоспроможності та достатності капіталу небанківських фінансових установ; 2) розроблення і встановлення правил поведінки членів СРО, стандартів щодо їхніх фінансових послуг; 3) встановлення відповідальності членів СРО за порушення законодавства у сфері небанківських фінансових послуг і стандартів, установлених СРО; 4) контроль за виконанням цих норм і стандартів; 5) встановлення механізму вирішення спорів між членами СРО, між членами СРО й іншими учасниками ринку небанківських фінансових послуг (фінансовий омбудсмен); 6) ліцензування фінансових установ.

Тобто СРО будуть здійснювати технічну частину регулювання. Тому необхідно внести зміни до відповідних нормативно-правових актів, зокрема і до Закону України «Про страхування» про можливість об'єднання страхових компаній у СРО з делегуванням їм відповідних повноважень. Але статус СРО об'єднання набуває лише після дотримання встановлених вимог і доведення НБУ можливості виконувати свої функції (СРО повинна мати своє приміщення, технічні засоби, мати кваліфікованих фахівців).

Список використаної літератури:

1. Бачо Р.Й. Ринки небанківських фінансових послуг: регулювання розвитку (інституційні та аналітичні аспекти): монографія. Ужгород : Вид-во ТОВ «РІК-У», 2016. 448 с.
2. Фогельсон Ю.Б., Ефремова М.Д. Защита прав потребителей финансовых услуг. Москва : Норма ; Инфра-М, 2010. 368 с.
3. Ящищак О.Р. Державне регулювання ринку фінансових послуг в Україні: організаційно-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2010. 247 с.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

ШОВКОПЛЯС Ганна Миколаївна – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри господарського права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
SHOVKOPLIAS Hanna Mykolaivna – Candidate of Law Sciences, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Economic Law of Yaroslav Mudryi National Law University;
anyashovkoplyas1@gmail.com

Уголовное право, уголовно-исполнительное право

CZU 351.74

RESPONSABILITATEA ȘI RĂSPUNDEREA – METODE DE BAZĂ PRIVIND ASIGURAREA LEGALITĂȚII ÎN PROCESUL ACTIVITĂȚII POLIȚIENEȘTI

Victor GUȚULEAC,

doctor în drept, profesor universitar
Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

Valeria MAMALIGA,

studenta grupei 19.C.3.2, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

REZUMAT

Articolul este consacrat elucidării noțiunilor responsabilității și răspunderii juridice funcționarului de poliție, componentele de bază spre realizarea activității polițienești, distincția acestor două noțiuni. Este analizată doctrina, legislația națională în domeniu, de asemenea, o atenție deosebită se atrage asupra Legii cu privire la activitatea Poliției și statutul polițistului și anume în ce mod reglementează aceste două instituții juridice de bază ai administrării publice. Accentul principal al autorilor publicației constă în reflectarea necesității aplicării metodei de convingere asupra conștiinței polițistului cu scopul de a asigura responsabilitatea lui privind îndeplinirea obligațiilor ce îi revin și neadmiterea abuzului de drepturi cu care este învestit.

Cuvinte cheie: funcționar de poliție, responsabilitatea polițistului, răspunderea juridică, comportamentul polițistului.

RESPONSIBILITY AND LIABILITY: THE BASIC METHOD OF ENSURING LEGALITY IN THE PROCESS OF POLICING

Victor GUȚULEAC,

university professor, doctor of law,
Institute of Criminal Sciences and Applied Criminology

Valeria MAMALIGA,

student of group 19.C.3.2,
Institute of Criminal Sciences and Applied Criminology

SUMMARY

The article is devoted to the elucidation of the notions of responsibility and legal liability to the police officer, the basic components towards the realization of police activity, the distinction of these two notions. The doctrine is analyzed, national legislation in the field, such a special attention is drawn to the law on police activity and police status, namely how it regulates these two basic components. The main emphasis of the authors of the publication is to reflect the need to apply the method of persuasion on the conscience of the policeman in order to ensure his responsibility in fulfilling his obligations and not admitting the abuse of his rights.

Key words: police official, police officer's responsibility, legal liability, police behavior.

Problema prezentei cercetări constă în delimitarea instituțiilor juridice – responsabilitatea și răspunderea – ca părți componente ale statutului juridic a funcționarului de poliție.

Actualitatea temei cercetate. Nu atât din literatura de profil, cât din viața cotidiană este cunoscut faptul

că, polițistul este considerat de către comunitate un simbol (o oglindă) al legalității și al ordinii, întreaga lui muncă fiind guvernată de un set de norme și principii de etică și deontologie, care trebuie să se reflecte în viața profesională. Drept confirmare a acestui fapt găsim reglementare în *Legea cu privire la activitatea*

Poliției și statutul polițistului nr. 320/2012 [6], lege ce stabilește cadrul juridic și principiile de activitate, organizarea și funcționarea, atribuțiile, împuternicirile și obligațiile Poliției, finanțarea și asigurarea tehnico-materială a acesteia, precum și statutul polițistului, în art. 1 care stabilește că „(1) Poliția este o instituție publică specializată a statului, ..., ce are ca misiune de a apăra drepturile și libertățile fundamentale ale persoanei prin activități de menținere, asigurare și restabilire a ordinii și securității publice, de prevenire, investigare și de descoperire a infracțiunilor și contravențiilor” [6].

Tema prezentului studiu nu este deloc întâmplătoare sau străină pentru noi. Polițiștii sunt printre cei mai expuși la diverse tipuri de manifestări negative în societate, de la formele cele mai agresive, precum crime terifiante, bătăi, distrugerii de bunuri, și până la cele mai puțin șocante (dar nu mai puțin vinovate), cum ar fi violențele și presiunile verbale.

Întâi de toate, polițistul trebuie să își mențină o conduită ireproșabilă, asumându-și rolul de protector al respectului între oameni, indiferent de rasa sau religie, precum și a egalității între sexe. Astfel, el va preveni actele de violență care ar putea avea loc din cauza acestor discriminări, ce se pot manifesta sub diverse forme în societate.

Scopul și sarcinile cercetării. Pornind de la cele menționate în prezentul studiu, ne propunem realizarea unei analize succinte a responsabilității și răspunderii juridice a funcționarului de poliție, metodelor de bază în realizarea atribuțiilor de serviciu, în vederea conturării cadrului normativ ce le reglementează, examinarea fenomenului extrem de popularizant în rândul funcționarilor de poliție, și anume lipsa metodei răspunderii în caz de abuz de serviciu.

Metodele aplicate și materialele folosite. Ca principală metodă de cercetare a fost folosită metoda logică (analiză și sinteză). Materialul empiric utilizat provine din lucrări științifice, date oficiale, legislația Republicii Moldova, studiu documentar, dar și din alte surse.

Rezultatele obținute și dezbateri. După cum doctrina dreptului public subliniază, și în domeniul științei dreptului se conturează distincția dintre noțiunile de *răspundere* și *responsabilitate*, distincție ce își are originea în tezele filosofice cu privire la delimitarea fenomenului responsabilității și răspunderii atât celei sociale, cât și celei juridice [3, p. 201].

În doctrina juridică națională se discută opinia precumcă, **responsabilitatea juridică** a funcționarului de poliție, ca subiect al administrării, poate fi privită **ca o atitudine conștientă și deliberată de asumare de către individ a unor răspunderi și riscuri față de modul de executare a obligațiilor, potrivit**

funcției polițienești deținute, excluderea abuzului de împuterniciri oferite, conform regulilor de conduită, stabilite în domeniul serviciului, contribuția conștientă la atingerea scopului ce stă în fața autorităților polițienești în care el deține funcția [4, p. 430]. Din cele menționate urmează constatarea că atât timp cât polițistul este în raport de conformare cu prevederile legale, el este responsabil de executarea legală, oportună și eficace a atribuțiilor, potrivit funcției deținute, atât timp cât el nu face abuz de drepturile oferite, față de el nu poate fi aplicată măsura de contrângere statală – **răspunderea juridică**. Temeiul juridic pentru aplicarea răspunderii juridice apare din momentul depășirii de către polițist a responsabilității, transformării raportului juridic de conformare prevederilor legale în cel de conflict [3, p. 283].

Mai mult decât atât, pentru polițist, de multe ori locul de munca și mass-media constituie cadre psihosociale de achiziționare a unor scenarii de agresivitate, care se pot cristaliza încet-încet în scenarii mental-comportamentale, și care învățate și folosite frecvent, pot căpăta în timp caracter automatizat, ca deprinderi. Din acest motiv, polițistul trebuie să fie mereu conștient referitor la consecințele acțiunilor sale, și să nu se lase influențat de factorii psihologici cu care intra în contact zilnic. Prin urmare, în comportamentul său în rândul societății, polițistul trebuie să demonstreze că este demn de considerația și încrederea oamenilor din jur, impuse de profesia exercitată.

Potrivit dispozițiilor art. 1 din *Declarația Universală a Drepturilor Omului*, O.N.U. din 1948, „Toate ființele umane se nasc libere și egale în demnitate și în drepturi. Ele sunt înzestrate cu rațiune și conștiință și trebuie să se comporte unele față de celelalte în spiritul fraternității” [3]. Din acest motiv, comportamentul polițiștilor trebuie să fie în strânsă concordanță cu principiile ce stau la baza relațiilor interumane, precum: legalitatea; egalitatea; imparțialitatea și nediscriminarea; transparența, capacitatea și datorica de exprimare, disponibilitatea, prioritatea interesului public, profesionalismul, respectul și integritatea morala [7, p. 308].

Astfel, indiferent de natura relațiilor în care este implicat, polițistul trebuie să se comporte civilizată și să dea dovadă de amabilitate și sollicitudine, adoptând o atitudine politicoasă și fermă.

Răspunderea juridică a funcționarului de poliție reprezintă reacția statului (societății) la depășirea responsabilității juridice (transformarea raportului juridic de conformare în cel de conflict) prin aplicarea față de autorul raportului de conflict declanșat cu vinovăție, de către organul împuternicit, în modul stabilit de lege, a uneia dintre formele

constrângerii statale stipulate în sancțiunea ilicitului comis [3, p. 283].

În ceea ce privește forma răspunderii juridice pasibilă aplicată față de polițist, apoi în Legea cu privire la activitatea Poliției și statutul polițistului, în art. 55, alin. (8) se stipulează: „Aplicarea sancțiunii disciplinare nu exclude răspunderea penală, contravențională sau civilă” [6].

Deci, din conținutul acestei norme juridice reiese că, față de funcționarul de poliție pot fi aplicate următoarele forme ale răspunderii juridice: penală, contravențională, disciplinară și civilă (materială).

Omul nu trăiește singur, izolat, el a devenit om atunci când, pentru a exista, a fost nevoit să intre în relații cu alții. Funcționarul de poliție, ca și orice alt om, comunică cu semenii săi, își confruntă cu ei ideile, se dezvoltă împreună cu alții, într-un cuvânt: trăiește într-o colectivitate socială căreia nu-i este indiferent modul de comportare al fiecărui individ în parte. Deci, singura lui posibilitate de conviețuire în societate este condiționată de respectarea normelor și principiilor etice și morale care guvernează respectiva societate. A respecta aceste norme înseamnă, practic, a răspunde așteptărilor și cerințelor colectivității în care trăiește. Însă, și acestea trebuie dezvoltate și îmbogățite prin educație, învățatura și permanenta instruire.

Polițistul, care este considerat protectorul ordinii publice și, totodată, un model de conduită pentru ceilalți, trebuie să aiba mereu o atitudine de integrare în societate și de respectare a normelor acesteia, dând dovada de sinceritate, amabilitate, sollicitudine și respect pentru cei din jur. Activitatea poliției constituie serviciul public specializat, care se realizează în interesul persoanei și comunității, precum și în sprijinul instituțiilor statului [3, p. 100].

Respectul unui polițist față de cetățeni se manifestă atât prin utilizarea regulilor de politețe, cât și prin evitarea oricărei manifestări discriminatorii, legate de rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, opinie, apartenență politică, avere, vârstă, origine sau statut social. Comunitatea așteaptă de la polițist un comportament exemplar, adecvat profesiei sale și respectând el însuși normele legale (nu trebuie să staționeze cu vehiculul de serviciu în locuri care incomodează circulația, în afara cazurilor de intervenție etc.) și nefolosind, în mod abuziv, prerogativele funcției sale.

Polițistul trebuie să conștientizeze, că în toate situațiile trebuie să manifeste un comportament responsabil. Indiferent de ținută, fie în uniformă sau ținută civilă, acesta trebuie să încurajeze în societate respectarea legii, să susțină și să implementeze măsurile care să împiedice comiterea diversilor ilegalități. Polițistul trebuie să fie disponibil și să

intervină oricând ia cunoștință despre lezarea adusă vreuneia dintre valorile aparate de lege, indiferent de situație și de momentul constatării acesteia; el trebuie să aibă capacitatea de a asculta și de a rezolva problemele celor aflați în dificultate, ori de a îndruma către alte autorități cazurile care se situează în afara competenței ori atribuțiilor sale.

Aflându-se permanent în contact cu diverse persoane – victime, martori, infractori, jurnaliști etc., putem spune că polițistul „muncește în văzul tuturor”, și se află, deci, mereu în atenția publicului. Așadar, este nevoie ca polițistul să fie politico, calm, hotărât, răbdător, conciliant și mai presus de toate, integru. Această ultimă valoare, *integritatea*, este o valoare fundamentală care se bucură de o atenție deosebită din partea cetățenilor și a autorităților, constituind o măsură a succesului și buneii funcționări a poliției. De aceea, orice încălcare a acestei valori în societate, orice comportament al polițiștilor care trece dincolo de granițele legilor (pe care de fapt trebuie să le aplice și să le apere), aduce atingere credibilității poliției, atât în plan intern, cât și în plan extern, întrucât acțiunile polițiștilor sunt văzute în orice împrejurare, ca indicatori de comportament a întregului sistem polițienesc. De aceea, devierile comportamentale ale membrilor poliției – corupția, folosirea excesivă a forței, traficul de droguri, consumul abuziv de alcool și stările de ebrietate, abuzul de serviciu etc., sunt văzute ca acțiuni colective cu efecte devastatoare asupra imaginii întregii organizații, ducând la scăderea încrederii cetățenilor și a autorităților în poliție. Astfel, polițistul trebuie să fie conștient că activitatea lui se află sub atentă observare a publicului. Acesta este perceput ca fiind generator de atitudini, care poate face bine sau rău, poate aproba sau dezaproba anumite situații și, din aceste cauze, poate fi căutat sau evitat.

Pe lângă integritate, polițistul trebuie să manifeste sociabilitate în relațiile cu ceilalți. Totodată, anumite însușiri caracteriale cum sunt: modestia, curajul și fermitatea, omenia, buna-cuviință și altele de acest fel, trebuie să se regăsească în trăsăturile de personalitate ale acestuia.

Responsabilitatea juridică și răspunderea juridică a polițistului se află într-un raport direct cu: procesul de investire în funcție; apariția capacității de folosință și capacității de exercițiu ca funcționar al poliției; apariția raportului administrativ-juridic de conformare și a celui de conflict dintre funcționarul de poliție, pe de o parte, și statul, organul de stat sau societatea, pe de altă parte.

Fundamentul faptic al responsabilității juridice îl constituie comportamentul pozitiv al funcționarului de poliție, care conține toată „componenta” unei

fapte licite (obiect, latura obiectivă, subiectul, latura subiectivă).

Parte „componentă” ca rezultat al comportamentului pozitiv este și aplicarea corectă a puterii discreționare cu care este înzestrat polițistul, care are o largă marjă de libertate de apreciere a circumstanțelor cauzei, dar și la alegerea și adoptarea deciziei. Comportamentul pozitiv conduce la decizia discreționară pozitivă.

Fiind în raport de conformare cu prevederile legale, polițistul este responsabil de executarea legală, oportună și eficace a atribuțiilor de serviciu. Acest comportament pozitiv exclude răspunderea juridică, ca reacție a statului (societății) la depășirea responsabilității juridice (transformarea raportului juridic de conformare în cel de conflict) prin aplicarea de sancțiuni pentru fapta ilicită.

În dependență de caracterul ilicitului comis, polițistul are calitate procesuală de subiect activ special al răspunderii fie disciplinare, materiale, contravenționale sau penale [5, p. 66–67].

Răspunderea juridică intervine în cazul în care polițistul a aplicat eronat legea sau în general a nesocotit-o, iar deciziile adoptate contravin scopului urmărit, sunt prejudiciabile, aduc atingere drepturilor omului, adesea au și alte consecințe grave.

Când vorbim că o decizie adoptată trebuie să corespundă scopului urmărit, se are în vedere scopul urmărit de lege, de dispozițiile ei generale, care este atins prin aplicarea corectă a legii, a obiectivelor și principiilor ei stabilite de legiuitor, în condițiile când însăși legea este una dreaptă, conformă principiilor fundamentale ale dreptului.

Însă, nu rareori subiecții de drept (în cazul de față subiecții activității polițienești), soluționând un conflict, urmăresc alte scopuri, ce diferă de cel urmărit de lege – unul meschin, cu interes personal.

În exercitarea atribuțiilor contează nu numai profesionalismul polițiștilor, dar și comportamentul, atitudinea lor față de necesitățile cetățeanului, adică nivelul eticii profesionale.

Un mijloc sigur și important în excluderea abuzului de drept, ca rezultat al aplicării împuternicirilor discreționare, dar și a aplicării lor corecte este autocontrolul [8, p. 28–33].

Concluzii. În opinia noastră, principiile morale impun o anumită conduită, un mod de viață și de conviețuire. Respectarea acestora ar trebui să determine un comportament responsabil și adecvat al polițistului în raport cu el însuși și cu ceilalți, iar respectul trebuie să pornească mai întâi de la el însuși. Astfel, respectarea codurilor, a regulilor care definesc un grup sau o națiune, în special de către polițist, este prima condiție pentru funcționarea în bune reguli a respectivului grup.

Pentru a se exclude abuzurile la luarea deciziilor de către subiecții activității polițienești și utilizarea corectă a „dreptului discreționar”, se impun mai multe condiții, cum ar fi:

- legislația cu privire la poliție trebuie să fie mai calitativă și accesibilă cetățenilor și suficient de clară și precisă, în caz contrar, aceasta trebuie completată prin regulamente, de asemenea, accesibile cetățenilor și clare. Realizarea în practică a acestei condiții va contribui substanțial la relațiile polițist–cetățean; ambele categorii vor ști cu certitudine ce drepturi și obligațiuni au polițiștii, se vor evita conflictele, abuzurile;

- la fel de precisă și clară trebuie să fie toată legislația în vigoare aplicabilă, pentru a se evita interpretări dubioase și decizii arbitrare, abuzive, ilegale;

- competența clară a polițistului, marja de libertate la alegerea și luarea deciziilor;

- reglementarea juridico-procesuală la luarea deciziilor discreționare în contextul controlului administrativ al deciziilor discreționare din considerente de oportunitate, dar și de către contenciosul administrativ;

- controlul permanent din partea superiorilor a tuturor deciziilor și acțiunilor subalternilor. Specificarea acestui control prin prisma indicațiilor date;

- instruirea continuă a personalului organelor polițienești în ce privește cunoașterea și procedura de aplicare a legislației naționale, dar și a convențiilor internaționale, a dreptului și practicii internaționale în domeniul apărării drepturilor și libertăților fundamentale ale omului;

- nivelul transparenței și responsabilității polițistului necesar într-un stat de drept, într-o societate democratică. Îmbrățișăm opinia precum că „Dreptul discreționar” – aplicat corect de către subiecții activității polițienești, va constitui o trăsătură inalienabilă a „dreptului polițienesc” [8, p. 34].

Și în cele din urmă, iarăși repetăm că, funcționarul de poliție trebuie să lupte împotriva practicilor antisociale, să dovedească stăpânire de sine în orice situație, să își formeze și poate cel mai important, să își mențină o imagine care să îi facă cinste.

În final, dorim să ne exprimăm poziția cu privire la asigurarea Poliției, la general, cu echipament performant necesar pentru combaterea criminalității și, în primul rând, poziția ce privește salarizarea și asigurarea socială a polițistului. Unul dintre autorii prezentei publicații a activat în sistemul MAI mai mult de 50 de ani și consideră că are dreptul moral să tragă concluzia că, la momentul actual, sistemul de salarizare și asigurarea socială a sistemului MAI

nici pe departe nu corespunde volumului și caracterul sarcinilor subiecților activității polițienești, riscurilor pentru viața și sănătatea lor și a membrilor familiei lor, regimului de activitate.

Realizând cel mai mare volum al activității privind combaterea infracționalității și contravenționalității, poliția pe nedrept este asigurată social, inclusiv, salarizată cel mai prost în comparație cu celelalte organe de drept.

Referințe bibliografice:

1. *Declarația Universală a Drepturilor Omului* nr. 12 din 10-12-1948. În: *Tratate Internaționale* nr. 1 din 30.12.1998 (adoptată și proclamată de Adunarea generală a O.N.U. din 10 decembrie 1948).
2. Iacob A., Draghici C., Șerb S., Ignat A. *Drept polițienesc și contravențional*. București: Editura „Tritonic”, 2003.
3. Guțuleac V. *Drept polițienesc*. Manual. Inst. de Științe Penale și Criminologie Aplicată; Inst. de Cercetări Juridice și Politice al Acad. de Științe din Moldova. Chișinău: S.n., 2015 (Î.S. F.E.-P. „Tipografia Centrală”).
4. Guțuleac V. *Drept administrativ*. Chișinău: Tipografia Centrală, 2013 (ULIM, IȘP și CA).
5. Guțuleac V., Comarnițaia E. *Drept contravențional: Note de curs*. Ediția a 2-a, revizuită și actualizată. Inst. de Științe Penale

și Criminologie Aplicată. Chișinău: S. n., 2016, (Tipogr. „Baștina Radog”).

6. *Legea cu privire la activitatea Poliției și statutul poliștilor* nr. 320 din 27.12.2012. În: *Monitorul Oficial al RM* nr. 42-47 din 01.03.2013.

7. *Legea pentru prevenirea și combaterea violenței în familie* nr. 217 din 2003. În: *Monitorul Oficial al RM* nr. 367 din 29 mai 2003.

8. Postovan D. *Dreptul polițienesc și „dreptul discreționar”*. Chișinău: *Revista Națională de Drept*, nr. 8 din 2011, p. 19-22.

INFORMATII DESPRE AUTOR

GUȚULEAC Victor Ion – Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată, Republica Moldova;
MAMALIGA Valeria Victor – Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată, Republica Moldova;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

GUȚULEAC Victor Ion – University Professor,
Doctor of Law, Institute of Criminal Sciences and
Applied Criminology;
MAMALIGA Valeria Victor – Student
of group 19.C.3.2, Institute of Criminal Sciences
and Applied Criminology;
victorgutuleac70@mail.ru
v.mamaliga@list.ru

CZU 351.746

CORAPORTUL DINTRE OBLIGAȚIILE ȘI ÎMPUTERNICIRILE INSPECTORATULUI GENERAL DE CARABINIERI CA SUBIECT AL ACTIVITĂȚII POLIȚIENEȘTI

Victor GUȚULEAC,
doctor în drept, profesor universitar,
Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

Elena COMARNIȚCAIA,
doctor în drept, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată,
avocat BAA „Lagal Service”

Igor SPÎNU,
doctor în drept, conferențiar universitar,
Universitatea de Studii Europene din Moldova,
avocat BAA „Lagal Service”

REZUMAT

Aplicarea eficientă a dreptului de poliție de către stat față de persoanele fizice și juridice care intră în raport juridic de conflict cu prevederile legale necesită o determinare și reglementare strictă a sistemului subiecților activității cu caracter polițienesc dotați cu dreptul de a aplica constrângerea în numele statului, în temeiul și condițiile legii. Inspectoratul General de Carabinieri este unul din subiecții activității polițienești. El este destinat să asigure, în colaborare cu poliția sau independent, ordinea publică, apărarea drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor, proprietatea privată, să asigure paza și apărarea unor obiective de importanță deosebită, să participe la lichidarea consecințelor avariilor sau ale situațiilor excepționale cu caracter natural, tehnogen ori ecologic. Determinarea optimă și reglementarea amplă a statutului juridic ai acestui subiect ai activității polițienești cu respectarea coraportului dintre obligații și drepturi acordate este condiția principală care determină eficacitatea și legalitatea activității acestui subiect al activității polițienești în ceea ce privește oportunitatea și legalitatea aplicării constrângerii statale.

Cuvinte cheie: funcția publică, funcționarul public, activitate polițienească, statut juridic, subiect al activității polițienești, Inspectoratul General de Carabinieri, obiectii protecției polițienești.

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE OBLIGATIONS AND POWERS OF THE GENERAL CARABINIERS INSPECTORATE AS SUBJECT OF THE POLICE ACTIVITY

Victor GUȚULEAC,
University professor,
Institute of Criminal Sciences and Applied Criminology

Elena COMARNIȚCAIA,
doctor of law, Institute of Criminal Sciences and Applied Criminology,
lawyer at BAA “Lagal Service”,

Igor SPÎNU,
doctor of law, associate professor,
University of European Studies of Moldova,
lawyer at BAA “Lagal Service”,

SUMMARY

The effective application of the police right by the State to individual or legal entity which enters into a legal relationship of conflict with the legal provisions requires a strict determination and regulation of the system of subjects of

police activity endowed with the right to apply coercion on behalf of the state, under the terms and conditions of the law. The General Inspectorate of Carabinieri is one of the subjects of police activity. It is intended to ensure, in collaboration with the police or independently, public order, the defense of citizens' fundamental rights and freedoms, private property, to ensure the protection and defense of some objectives of special importance, to participate in the resolution of the consequences of the damage or exceptional situations of natural, technogen or ecological nature. Optimal determination and comprehensive regulation of the legal status of this subject of police activity respecting the correlation between the obligations and the rights granted it is the main condition that determines the effectiveness and legality of the activity of this subject of police activity regarding the timeliness and legality of the application of state coercion.

Key words: *civil service, civil servant, police activity, legal status, subject of police activity, General Inspectorate of Carabinieri, objections of police protection.*

Introducere. De-a lungul istoriei, diferitele comunități și societăți umane și-au manifestat în mod constant nevoia de a-și apăra membrii, regulile de conviețuire stabilite de comun acord cât și proprietatea colectivă și cea privată.

Păstrarea ordinii și liniștii în comunitate a fost preocupare de bază a comunităților și societăților umane indiferent de perioada istorică sau orânduirea socială.

Pentru asigurarea acestui climat de ordine și disciplină, de respectare a normelor sociale, sub diferite forme a fost promovat dreptul de poliție al statului.

Statutul juridic al instituțiilor cu atribuții polițienești în stat, inclusiv, al Inspectoratului General de Carabinieri, a fost și este o problemă fundamentală de care depinde caracterul democratic sau totalitar al unui stat. Funcționarea democratică a statului de drept nu poate fi concepută în afara unui cadru normativ, care să coordoneze comportamentul indivizilor conform conduitei tip statornicite în societate.

Sintagmele „stat de drept”, „stat democratic”, „dreptul de poliție al statului” au o intersecție logică. Cu cât mai înalt este nivelul de cultură generală și cultura juridică a membrilor societății, cu cât mai responsabili sunt ei față de onorarea regulilor stabilite de conduită cu atât mai redus este dreptul de poliție al statului, adică necesitatea de a aplica constrângerea statală față de acei membri ai societății, care atentează la valorile sociale protejate prin normele juridice, cu atât mai avansat este nivelul democrației în societate.

Relațiile sociale ce țin de procesul de aplicare de către stat a dreptului de poliție constituie obiectul reglementării *dreptului polițienesc ca ramură a dreptului național*.

Dreptul de poliție (dreptul polițienesc), în sens larg, imprimă autoritatea statului privind asigurarea conviețuirii sociale, ordinii și liniștii publice, ocrotirea valorilor fundamentale fiecărui om în parte și întregii colectivității umane: într-un sens mai restrâns dreptul de poliție (dreptul polițienesc) exprimă realizarea forței de constrângere - ca element al puterii publice

și funcție a statului – izvorând din nevoia de apărare a existenței materiale și spirituale a societății.

În condițiile consolidării statului de drept organele polițienești – toți funcționarii și structurile statale care exercită puteri polițienești – trebuie să afirme ca un veritabil factor de stabilitate și echilibru, de protecție al comunității și garant al drepturilor și libertăților cetățenilor.

Ideea promovării și dezvoltării dreptului polițienesc în sistemul de drept autohton, în mare măsură, este determinată de sporirea rolului organelor de ocrotire a normelor de drept în societate, de necesitatea unui cadru instituțional adecvat, care să garanteze drepturile fundamentale și libertățile cetățenilor și respectarea ordinii de drept [15].

Scopul lucrării constă în determinarea locului și rolului Inspectoratului General de Carabinieri (IGC) în realizarea activității polițienești și evidențierea unor probleme ce țin de statutul juridic al IGC ca subiect al activității polițienești.

Metodele și materialele aplicate. Instituțiile juridice cum ar fi „originea conceptului de poliție”, „definiția și obiectul dreptului polițienesc”, „obiectele supuse protecției polițienești”, „sistemul subiecților activității polițienești”, „conținutul și formele activității polițienești”, „metodele de realizare a activității polițienești”, „conceptul de funcție publică polițienească”, „statutul juridic al subiectului activității polițienești” sunt studiate în multe investigații științifice [1; 6; 13].

Se consideră că cuvântul „*poliție*” derivă de la grecescul *πολιτια* care înseamnă *activitatea de stat*, de interes public și a fost asimilat succesiv de diferite națiuni, într-un înțeles larg care cuprindea întreaga administrare a treburilor publice [1, p. 23].

Pe parcursul timpului, înțelesul acestui cuvânt a fost restrâns, direct proporțional cu reducerea sferei de atribuții. De la o competență largă legislativă, judecătorească și administrativă, pe care a avut-o inițial, azi poliția, aparținând puterii executive, are ca atribuție principală menținerea ordinii și securității publice, protecția drepturilor și libertăților fundamentale ale omului [1, p. 32].

Apariția și funcționarea statului se explică prin menirea sa polițienească, de protecție a valorilor sociale, determinată de necesitatea societății, de toți laolaltă și de fiecare în parte, de a trăi în siguranță. Satisfacerea tuturor celorlalte necesități nu pot fi îndeplinite în nici un fel, dacă nu va fi asigurată securitatea și dacă omul nu va fi convins de faptul, că viața lui, sănătatea, integritatea personală, libertatea, cinstea și proprietatea sa, nu vor fi supuse unor atacuri violente din partea altor persoane [6, p. 31].

După Iuliu Pascu, una din atribuțiile esențiale ale suveranității statului, în general, îl constituie consacrarea dreptului de constrângere pe care statul îl are în raport cu cetățenii săi, cu ceilalți indivizi (cetățeni străini, apatrizi) și față de diversele grupuri sociale, inclusiv față de persoanele juridice. Acest drept al statului a fost consacrat și este cunoscut în literatura juridică sub denumirea de **drept de poliție** [13, p. 15].

Dreptul de poliție este o parte a dreptului ce îl are statul de a interveni pentru respectarea de către cetățeni a îndatoririlor ce le revin, iar pe de altă parte, este un drept al fiecărui individ de a cere sprijin organelor polițienești pentru apărarea drepturilor ce le sunt conferite de stat și înlăturarea piedicilor ce li s-ar pune în executarea acestor drepturi recunoscute de lege.

Trecând în revistă cele menționate, vom concludiona că **dreptul de poliție este o parte a dreptului ce îl are statul de a interveni pentru respectarea de către cetățeni a îndatoririlor ce le revin, iar pe de altă parte, este un drept al fiecărui individ de a cere sprijinul organelor polițienești pentru apărarea drepturilor ce le sunt conferite de stat și înlăturarea piedicilor ce li s-ar pune exercitarea acestor drepturi recunoscute de lege** [6, p. 33].

Statul poate uzita dreptul de poliție atât în scop preventiv cât și eventual represiv.

Conviețuirea pașnică și cooperarea armonioasă, fără lezarea drepturilor și intereselor membrilor societății, este scopul primordial și, în același timp, sublim al fiecărui stat.

În ceea ce privește definiția **dreptului polițienesc** ca ramură a dreptului, apoi, în opinia savanților Ion Guceac, Victor Balmuș și Valeriu Muntean, *acesta constituie – totalitatea normelor juridice care reglementează raporturile ce se nasc în procesul activității polițienești a organelor administrației publice, grevate cu atribuții de intervenție legală în drepturile și interesele persoanelor fizice și juridice, în afara procedurii penale și executiv penale* [5, p. 106; 1, p. 71].

Din cele menționate putem evidenția următoarele **particularități ale dreptului polițienesc**:

1) *inegalitatea juridică a subiectelor*, determinată de relațiile de putere și subordonare.

Dreptului polițienesc nu-i sunt caracteristice relațiile de egalitate a statutului juridic a părților.

2) *volum destul de larg al puterii discreționare de care dispun subiectele dreptului polițienesc.*

Sușținem opinia, potrivit căreia recunoașterea **dreptului polițienesc ca ramură a dreptului nu înseamnă întoarcerea la statul polițienesc, ci permite de a optimiza competența și structura organelor polițienești, de a spori eficiența activității polițienești și ca consecință, asigurarea drepturilor, libertăților și intereselor legale ale cetățenilor, stabilitatea în societate.**

În linii generale, *activitatea polițienească* poate fi definită ca fiind un gen specific și deosebit de important al activității statale, orientate spre asigurarea securității statale, economice, financiare, energetice, antiincendiare, publice etc., precum și menținerea ordinii publice, efectuate de către organele împuternicite (subiecții activității polițienești), dotate cu împuterniciri speciale privind aplicarea constrângerii statale, ca metodă de influență asupra celor administrați.

Obiectele supuse protecției polițienești sunt multiple. Printre ele enumerăm: *statul, societatea, personalitatea, ordinea publică, securitatea statală, securitatea publică, drepturile și libertățile cetățenilor, obiectele de importanță statală* etc [14, p. 207].

Trăsăturile de bază ale obiectului supus protecției polițienești sunt:

1) să existe real indiferent de voința și conștiința cetățenilor, să reprezinte pentru persoană și stat o anumită valoare, bun obștesc;

2) să necesite o protecție, inclusiv să fie protejate de orice acțiuni (inacțiuni) ilegale de amenințări de orice gen;

3) asupra obiectului se extinde suveranitatea statală și paza lui ce constituie sarcina internă a statului;

4) se află într-o interacțiune reciprocă cu subiectul activității polițienești care determină regimul de protecție asupra obiectului;

5) să fie reglementat de normele juridice [6, p. 73–74].

Subiectul activității polițienești ar putea fi definit ca *autoritatea publică, persoana juridică sau fizică dotată, în modul stabilit prin lege, cu atribuții și împuterniciri în domeniul executării funcțiilor polițienești ale statului în scopul asigurării integrității obiectelor protecției polițienești* [6, p. 75].

Succesul realizării activității cu caracter polițienesc se află în raport direct cu determinarea sistemului subiectelor activității polițienești, selectarea lor, instruirea și dotarea adecvată specificului funcțiilor îndeplinite.

Absolut toate fenomenele din jurul nostru se caracterizează prin formă și conținut care sunt strâns legate între ele.

Conținutul reprezintă totalitatea de elemente, legături, procese, relații care constituie acest fenomen.

Forma reprezintă o manifestare externă, un procedeu concret de existență [2, p. 53].

Înțelegerea justă și strictă a formelor de activitate polițienească favorizează pătrunderea mai profundă în esența conținutului ei.

Conținutul activității polițienești este determinat de sarcinile puse în față organelor activității cu caracter polițienesc realizate prin intermediul funcțiilor de menținere și asigurare a ordinii publice, organizarea luptei cu criminalitatea, aplicarea sistemului național de pașapoarte și altele.

Prin *formele activității polițienești* a organelor respective se înțelege exprimarea exterioară organizațional-juridică al conținutului activității lor, care, practic, se realizează prin grupuri de acțiuni omogene (identice).

Prin urmare, dacă în urma analizei conținutul activității polițienești se dezvăluie esența și destinația acesteia, atunci studierea formelor dă răspuns la întrebările prin intermediul căror acțiuni a subiecților activității polițienești se realizează sarcinile, care este natura acestor acțiuni și cerințele față de ele.

Astfel, dacă ne referim numai la Inspectoratul General de Carabinieri ca subiect al activității cu caracter polițienesc, atunci prin *formele de activitate polițienească* a Inspectoratului General de Carabinieri se înțelege *gruparea de acțiuni polițienești identice după caracterul său și esența juridică, prin intermediul cărora funcționarii serviciului de carabinieri mențin ordinea publică, asigură securitatea publică și duc o luptă împotriva criminalității* [6, p. 159–160].

În general, conținutul formelor activității polițienești, specificul statutului juridic al fiecăruia din subiecții activității polițienești determină *metodele de activitate*.

De regulă, toți subiecții activității polițienești în procesul realizării sarcinilor concrete tradițional utilizează două grupe de metode: *convingerea și constrângerea*. Atât timp cât subiecții raporturilor juridice se vor conforma regulilor stabilite și protejate prin norme juridice a diverselor ramuri ale dreptului, inclusiv celui polițienesc, față de ei pot fi aplicate doar diverse forme de convingere, inclusiv cele de stimulare pentru onorarea normelor de drept.

Odată cu apariția raportului juridic de conflict, față de autorul lui nu numai că poate fi aplicată vreo măsură de constrângere, dar și trebuie să fie aplicată pentru realizarea *principiului inevitabilității răspunderii pentru fapta ilicită comisă cu vinovăție*.

Pornind de la faptul că raporturile juridice de drept polițienesc apar, de regulă, după atentarea la valorile sociale, protejate de diverse ramuri ale dreptului, subiecții activității polițienești sunt impuși (provocați) să dea prioritate măsurilor de constrângere.

Selectarea măsurilor concrete depinde de multiplele circumstanțe și diferă de la un subiect al activității polițienești la altul.

De exemplu, dacă polițistul dispune de dreptului de a selecta orice măsură de constrângere din cele 5 *grupe cunoscute în literatura de specialitate: măsurile administrativ-preventive; măsurile administrativ-represive; măsurile de asigurare a procesului contravențional; aplicarea sancțiunilor contravenționale; aplicarea măsurilor de siguranță*, atunci colaboratorul Serviciului Vamal ca subiect al activității polițienești aplică, în mod prioritar, *măsurile administrativ-preventive* cum ar fi: *controlul actelor de identitate, controlul personal, controlul lucrurilor și al bagajelor personale, controlul unităților de transport* etc. și numai în cazul în care sunt constatate delictе, se aplică măsurile de sancționare, măsurile de siguranță etc.

În ce privește aplicarea măsurilor de constrângere de către colaboratorii Inspectoratului General de Carabinieri, apoi tipurile măsurilor de constrângere și modalitatea (procedura) aplicării lor sunt condiționate de sarcinile ce le revin acestui subiect al activității polițienești. *La acest capitol, în viziunea noastră, în legislație sunt multe lacune care determină necesitatea unei intervenții urgente a legislatorului*.

După cum, deja, s-a menționat, formele și metodele de activitate ale fiecărui subiect al activității polițienești reiese din scopul și sarcinile ce le revin și se află în legătură directă cu statutul juridic de care se bucură.

Statutul administrativ-juridic al subiectului activității polițienești, inclusiv al militarului Inspectoratului General de Carabinieri, se află în raport direct cu capacitatea administrativ-juridică a funcționarului public ca subiect al administrării publice și ca subiect al dreptului administrativ și celui polițienesc.

Capacitatea administrativ-juridică, la rândul său, se divizează în *cea de folosință și cea de exercițiu*.

În general, *capacitatea de folosință de drept administrativ* al funcționarului public, *ca subiect al administrării publice*, apare din momentul investirii lui în funcție, indiferent de faptul prin ce formă acesta a fost investit. *Capacitatea de exercițiu de drept administrativ și de drept polițienesc apare din momentul depunerii jurământului*.

În special, procedura de determinare a capacității administrativ-juridice a funcționarului public ca subiect al dreptului administrativ, respectiv celui polițienesc are specificul său condiționat prin faptul

că persoana investită în funcția publică are, deja, statut de subiect al dreptului administrativ ca *cetățean al Republicii Moldova* și prin faptul că cetățeanul Republicii Moldova, investit în funcția publică de prima dată, va obține capacitatea administrativă deplină de funcționar public numai după depășirea *etapei de funcționar public debutant* (adică peste 6 luni după investirea în funcția publică). Logic, putem constata *două tipuri de statut: 1) statutul administrativ-juridic al funcționarului public debutant* și *2) statutul administrativ-juridic al funcționarului public* [6, p. 272].

Statutul juridic al Inspectoratului General de Carabinieri, ca subiect al administrației publice centrale, statutul juridic al carabinierului, în mare măsură, determină locul acestui subiect al activității polițienești în structura organelor statale preocupate de problema combaterii criminalității și a contravenționalității.

Statutul juridic al Inspectoratului General de Carabinieri, ca subiect al administrației publice centrale, și statutul juridic al carabinierului cuprinde **patru elemente constitutive** :

- obligațiile (atribuțiile) ce îi revin în domeniul activității polițienești;
- drepturile (împuternicirile) necesare pentru executarea obligațiilor și participarea reală în procesul aplicării constrângerii statale;
- responsabilitatea juridică, adică atitudinea responsabilă față de executarea obligațiilor ce îi revin și neadmiterea abuzului de drepturile oferite;
- răspunderea juridică, drept consecință a depășirii responsabilității [6, p. 273].

Pornind de la rezultatele unei analize ample al cadrului juridic respectiv și activitatea practică a acestui organ *constatăm existența mai multor rezerve care ar spori eficacitatea funcționării lui* .

În limitele acestei publicații științifice ne vom referi doar la: 1) locul Inspectoratului General de Carabinieri în sistemul organelor administrației publice centrale, ca subiect al activității polițienești; 2) corespunderea drepturilor oferite, sarcinilor și funcțiilor pe care acest organ trebuie să le realizeze; 3) protecția juridică și socială a colaboratorilor acestui organ.

1. Referitor la locul Inspectoratului General de Carabinieri în sistemul organelor administrației publice centrale, constatăm lipsa unei clarități absolute în cadrul juridic respectiv. La acest capitol se contrapun câteva acte juridice: Legea nr. 806 din 12.12.1991 cu privire la Trupele de carabinieri (trupele interne) ale MAI [8] (abrogată prin Legea nr. 219 din 08.11.2018 cu privire la Inspectoratul General de Carabinieri [9]; Legea nr. 345 din 25.07.2003 cu privire la apărarea națională [10]; Regulamentul cu privire la organizarea și funcționarea Ministerului Afacerilor Interne al RM [7] și altele.

De exemplu, potrivit art. 9 alin. (1) din Legea nr. 345 din 25.07.2003 „Forțele destinate apărării naționale sunt Forțele Armate compuse din Armata Națională și Inspectoratul General de Carabinieri”.

Art. 31 alin. (2) din legea sus-menționată prevede că „La declararea stării de asediu sau de război, unitățile (subunitățile) Inspectoratul General de Carabinieri participă la operații (acțiuni) de apărare a țării, sub conducerea Statului Major General al Forțelor Armate”.

Prevederile art. 31 alin. (2) din Legea nr. 345 din 25.07.2003 au fost confirmate și în Legea 806 din 12.12.1991 care prevedea: „Trupele de carabinieri sînt componentă a Forțelor Armate și participă la acțiunile de apărarea a țării în condițiile legii (art.1 alin. (2))”.

Acest fapt se confirmă și prin Legea nr. 219 din 08.11.2018. În ceea ce privește locul Inspectoratului General de Carabinieri în sistemul organelor administrației publice centrale ca subiect al activității polițienești, apoi legea actuală prevede că Inspectoratul General de Carabinieri este o autoritate specializată a statului, *cu statut militar* , aflată în subordinea Ministerului Afacerilor Interne [9, art. 2, alin. (1)].

La prima vedere, este clar - Inspectoratul General de Carabinieri este o structură separată a MAI. Însă, în viziunea noastră, dacă pornim de la atribuțiile acestui subiect al activității polițienești, atunci această poziție a legislatorului este una discutabilă. Însăși legislatorul, în limitele aceleiași norme juridice se contrazice pe sine, declarând următoarele: „Inspectoratul General de Carabinieri exercită, pe timp de pace, atribuții polițienești, iar pe timp de asediu sau de război, atribuțiile specifice Forțelor Armate, în condițiile prevăzute de lege” [9, art. 2, alin. 2]. La fel, legislatorul în norma juridică sus menționată prescrie: „Inspectoratul General de Carabinieri face parte din sistemul național de ordine și securitate publică și din **sistemul național de apărare** ” [9, art. 2, alin. (3)]. La rândul său, constatăm că Ministerul Afacerilor Interne nu este parte componentă a Forțelor Armate. Totodată, atribuțiile Inspectoratului General de Carabinieri pe timpul declarării stării de asediu sau a stării de război (11 la număr) sunt expres prevăzute în lege [9, art. 23, alin. (2)].

Este, absolut, clar că în procesul realizării acestor atribuții Inspectoratul General de Carabinieri nu poate fi subordonat MAI. Mai mult ca atât, însăși Legea nr. 219 din 08.11.2018 prescrie: „(3) La declararea stării de asediu sau stării de război, subdiviziunile Inspectoratului General de Carabinieri participă la operații/acțiuni de apărare a țării sub conducerea Statului Major General al Forțelor Armate” [9, art. 23, alin. (3)].

În ce privește locul și rolul Inspectoratului General de Carabinieri în sistemul organelor administrației publice centrale, apoi legea recent adoptată nu doar că nu vine cu o precizare la acest capitol, ci și provoacă unele neclarități suplimentare. Potrivit legii abrogată [8, art. 4], structura și efectivul Trupelor de carabinieri se aprobau de către Președintele Republicii Moldova. Potrivit Legii nr. 219 din 08.11.2018, atât această competență, cât și numirea în funcție al Comandantului general al Inspectoratului General de Carabinieri, aprobarea Regulamentului de organizare și funcționare a Comandamentului General al Inspectoratului General de Carabinieri îi revine Guvernului [9, art. 9, alin. (2) și (3); art. 10, alin. (2)].

Nu intrăm în discuții referitor la oportunitatea acestor modificări în statutul juridic al Inspectoratului General de Carabinieri, în același rând, nu putem să trecem cu vederea faptul că, în viziunea noastră, ele vin în contradicție cu prevederile Constituției RM. Legea supremă a țării stipulează: „(1) Forțele Armate sunt subordonate exclusiv voinței poporului pentru garantarea suveranității, a independenței și a unității, a integrității teritoriale a țării și a democrației constituționale” [3, art. 108, alin. (1)].

La rândul său, Președintele RM este garantul suveranității, independenței naționale, al unității și integrității teritoriale a țării [3 art. 77, alin. (2)]. Respectiv, în calitate de comandant suprem al Forțelor Armate [3, art. 87, alin. (1)], Președintele RM nu poate să nu aibă atitudine la aprobarea structurii și a efectivului Inspectoratului General de Carabinieri, la numirea în funcție a Comandantului general al Inspectoratului General de Carabinieri.

Din cele menționate considerăm că locul Inspectoratului General de Carabinieri ca subiect al activității polițienești, fie în structura Ministerului Afacerilor Interne, fie în structura Ministerului Apărării necesită un studiu separat și complex. *Drept variantă remarcăm că, în viziunea noastră, această subdiviziune ar putea avea un statut de sine stătător, să activeze sub patronatul Președintelui Republicii Moldova și să fie coordonată: în procesul activității privind asigurarea ordinii de drept de către Ministerul Afacerilor Interne; la declararea stării de asediu sau de război de către Statul Major General al Forțelor Armate.*

2. Referitor la coraportul atribuțiilor și împuternicirilor ca elemente constitutive ale statutului juridic al Inspectoratului General de Carabinieri menționăm că în legea nr. 219 din 08.11.2018 ele sunt formulate și determinate mult mai reușit, fiind grupate pe domenii de activitate și anume:

1) în domeniul menținerii, asigurării și restabilirii ordinii și securității publice, al protecției drepturilor și libertăților legitime ale persoanei și comunității;

2) în domeniul prevenirii și descoperirii infracțiunilor și a contravențiilor;

3) în domeniul pazei și protecției obiectivelor de importanță deosebită;

4) în domeniul pazei și protecției transporturilor;

5) în domeniul prevenirii și combaterii terorismului;

6) în domeniul asigurării regimului stării de urgență, declarat în condițiile legii [9, art. 22, alin. (1)-(6)];

7) atribuțiile pe timpul declarării stării de asediu sau a stării de război [9, art. 23].

Potrivit cadrului legal [9, art. 24, alin. (1)], în exercitarea atribuțiilor de serviciu, carabinierul are următoarele împuterniciri (ne vom referi doar la unele dintre ele):

a) să solicite persoanelor respectarea ordinii publice și încetarea acțiunilor ilegale, iar în caz de necesitate, pentru a asigura respectarea cerințelor legale, să intervină cu utilizarea forței fizice, a mijloacelor speciale sau a armei de foc din dotare, în condițiile stabilite de lege;

c) să constate contravenții, să examineze cauze contravenționale și să aplice sancțiuni în limita competențelor sale stabilite prin lege;

d) să stabilească identitatea persoanelor care încalcă dispozițiile legale ori în privința cărora sunt indicii că acestea fie pregătesc, fie au comis o faptă ilegală;

g) să efectueze, în condițiile legislației în vigoare, examinarea corporală preventivă a persoanei participante la întruniri publice sau aflate în alte locuri în care este interzis accesul cu arme, produse ori cu substanțe periculoase, precum și a bagajului acesteia;

h) să efectueze, în condițiile legislației în vigoare, examinarea corporală preventivă a persoanelor aflate în stare de inconștiență și a căror identificare este necesară, precum și a bagajului acestora;

l) să rețină persoane în condițiile stabilite de lege, cu explicarea drepturilor acestora;

n) să intre ori să pătrundă, în modul stabilit de lege și utilizând, în caz de necesitate, mijloace speciale, în orice încăpere sau proprietate în scop de curmare a infracțiunilor, de urmărire a unor persoane suspectate de comiterea infracțiunilor sau care se ascund de organele de urmărire penală, sau care se sustrag de la executarea unei pedepse penale ori de la arestul contravențional, sau atunci când se știe, în baza unor date suficiente, că în această locație a fost comisă ori se comite o infracțiune, precum și în cazul unei calamități naturale ori în alte împrejurări excepționale ce pun în pericol securitatea publică și siguranța persoanelor;

o) să aducă din locuri publice ori aglomerate într-o instituție medico-sanitară persoanele

presupuse a fi sub influența alcoolului, a substanțelor toxice, a substanțelor stupefiante, psihotrope și a precursorilor acestora ori sub influența altor substanțe care acționează grav asupra stării fizice și psihice a persoanei, de asemenea persoanele care sunt incapabile să se miște sau sunt susceptibile de a dăuna sieși ori celor din jur;

v) *să-i rețină pe străinii care au intrat clandestin*, se află ilegal și sunt supuși expulzării de pe teritoriul Republicii Moldova, și să-i transmită organelor competente.

În urma analizei stării de fapt în ceea ce privește corespunderea împuternicirilor atribuțiilor legale, *prezenței mecanismului juridic de realizare a împuternicirilor acordate, constatăm că în această situație există multiple probleme fără soluționarea cărora unele împuterniciri din cele prevăzute de lege și pe viitor vor rămâne declarative.*

În știința și practica administrării referitor la coraportul dintre atribuții și drepturi este bine determinat un principiu: „*Orice subiect al administrării trebuie să fie dotat cu acel volum de drepturi (împuterniciri), care este strict necesar pentru onorarea atribuțiilor*”.

Referindu-ne la statutul juridic al carabinierilor, constatăm faptul nerespectării acestui principiu. Volumul de împuterniciri, calitatea formulării lor și a reglementării unora din ele nu poate asigura realizarea integrală și calitativă a atribuțiilor. Vom confirma această teză doar prin câteva exemple și ne vom referi numai la unele din împuternicirile oferite Inspectoratului General de Carabinieri.

2.1. Pentru ca dreptul de verificare a actelor de identitate, declarat în art. 24 alin. (1), lit. d) din Legea nr. 219 din 08.11.2018 să fie nu numai declarativ, ci și legal exercitat, ca cerința carabinierului să constituie obiectul atentării, prevăzut la art. 336. *Nesubordonarea cu rea-voință diposiției sau cererii legitime a colaboratorului organelor de ocrotire a normelor de drept, în Codul Contravențional este nevoie de prezența unui mecanism juridic de realizare a acestui drept declarat.*

Controlul actelor de identitate, ca măsură contravențională de prevenire va fi aplicat corect și legal, atunci când subiectul activității polițienești nu numai că va fi investit cu dreptul respectiv, dar și va avea temeiul juridic de a aplica această măsură de constrângere. Unul din temeiurile juridice de a efectua controlul actelor de identitate este constatarea faptelor ilicite. Însă subiectul de drept care constată o faptă contravențională sau infracțiune trebuie să se bucure de statul procesual de **agent constator**.

Asemenea statut, Inspectoratul General de Carabinieri l-a obținut prin lege [11] numai începând cu data de 12.12.2018. Reiese că până la această dată

dreptul carabinierului de a verifica actele de identitate era unul doar **declarativ**.

Sușținem inițiativa deputaților din Parlamentul RM, votată prin Legea nr. 220 din 08.11.2018 în ceea ce privește completarea art. 400 din Codul contravențional cu un alineat nou, în special, alin. (4¹) care are următorul cuprins:

„4¹) Contravențiile prevăzute al art. 69, 91 alin. (1), 91¹ alin. (16) și (18), art.354, 355 și art.357, care au fost săvârșite în timpul îndeplinirii misiunilor Inspectoratului General al Carabinierilor de menținere, asigurare și restabilire a ordinii publice, de protecție a obiectivelor de importanță deosebită, prevenire și combatere a terorismului, de asigurare a regimului stării de urgență, de sediu și de război, se constată și se examinează inclusiv de către carabinieri” [11, art. VIII].

Considerăm că această normă juridică este moartă din momentul nașterii. În procesul elaborării acestei inițiative legislative și votării ei ulterioare, în viziunea noastră, n-a fost respectată tehnică legislativă, nu sa ținut cont de recomandările științifice din acest domeniu, de faptul că modificările izvoarelor formale trebuie să fie raportate la izvoarele materiale, adică la situația reală în domeniul reglementat.

Drept urmare, și această completare a CC al RM, fiind o intenție salutară a provocat multiple neclarități și anume:

a) de ce, serviciul de carabinieri este în drept să constate numai contravențiile prevăzute la art. 69, 91 alin. (1), 91¹ alin. (16) și (18), art. 354, 355 și art. 357? Logic, apare următoarea întrebare: „Dar contravențiile prevăzute la art. 76¹ (*nerespectarea măsurilor de profilaxie, prevenire și/sau combatere a bolilor epidemice*), 352 (*ultragierea militarului*), 353 (*ultragierea colaboratorului organelor de ocrotire a normelor de drept, opunerea de rezistență*), 356 (*jocurile de noroc și ghicitul în locurile pulice*), 357 (*tulburarea liniștii*), 365 (*distrugerea sau deteriorarea intenționată a obiectelor activității de publicitate*) și altele, nu au legătură directă cu domeniul respectiv și cu atribuțiile carabinierilor?”;

b) nu este clar cine este împuternicit să execute funcția de constatare și cercetare a faptei comise și încheierea procesului-verbal cu privire la contravenție;

c) necesită o concretizare persoanele cu funcții de răspundere din cadrul Inspectoratului General de Carabinieri dotate cu dreptul de a examina cauza contravențională și de a emite decizia asupra cauzei respective. Din inițiativa legislativă a deputaților, deja votată, reiese că și militarii în termen a serviciului de carabinieri sunt dotați cu dreptul de a emite decizia asupra cazului contravențional, fapt care nu poate fi acceptat;

d) este necesară o reglementare strictă referitoare la următorul fapt: care anume contravenții pot fi atât constatate cât și examinate și care dintre ele pot fi doar constatate.

De exemplu, în ultimul timp, în mass-media tot mai des răsună reproșuri în adresa carabinierilor precum că ei sunt pasivi în desfășurarea activităților combaterii „COVID-ului”. Considerăm că aceste reproșuri nu sunt justificate. Ele trebuie să fie adresate, în primul rând, în adresa celor care au pregătit proiectul Legii nr. 201 din 20 noiembrie 2020 *privind modificarea unor acte normative (publicată în Monitorul Oficial al RM nr. 329, 331, 207 din 08.12.2020)* și celor care au votat această lege prin care a fost modificat art. 76¹ din Codul contravențional al RM – (*Nerespectarea măsurilor de profilaxie, prevenire și/sau comaterie a bolilor epidemice*).

La prima vedere totul este bine, normal, mecanismul juridic de profilaxie și combatere a acestei maladii este ajustat la realitățile momentului actual. Însă, această modificare nu se referă la perfecționarea acoperirii juridice a activității carabinierilor, deoarece ***această normă juridică (art. 76¹) nu se regăsește în conținutul art. 400 alin. (4¹) din Codul contravențional, fapt care denotă că în cazul stabilirii nerespectării restricțiilor privind combaterea COVID-19, Inspectoratul General de Carabinieri nu dispune de statutul de agent constator.***

Orice acțiuni procesuale din partea carabinierilor vor fi considerate ca fiind ilegale.

În ceea ce privește modificarea normei juridice prevăzute de art. 76¹ din CC al RM, la general, apoi, în viziunea noastră, ele manifestă nivelul de „*profesionalism*” al autorilor.

Norma nominalizată este completată cu un aliniat suplimentar care are următoarea redacție:

„(1¹) Săvârșirea repetată a aceleiași contravenții prevăzute la alin. (1) pe parcursul aceleiași an calendaristic de către o persoană sancționată anterior, printr-o hotărâre/decizie definitivă, pentru această contravenție

se sancționează cu amendă de la 300 la 500 de unități convenționale aplicate persoanei fizice, cu amendă de la 1000 la 1500 de unități convenționale aplicată persoanei juridice”.

La prima vedere putem menționa că apariția unei asemenea norme este oportună, însă ea trebuie să fie **legală**. Anume la acest capitol avem mare dubii.

Este cunoscut faptul că norma juridică specială (Codul contravențional al RM, Cartea I, Partea specială) nu trebuie să vină în contradicție cu cea generală (Codul contravențional al RM, Cartea I, Partea generală).

Considerăm că anume acest principiu general caracteristic pentru orice ramură a sistemului național a fost neglijat de către autorii modificării analizate.

În primul rând, art. 76¹, alin. (1¹) prevede „**comiterea unei contravenții repetate**”, pe când Partea generală a Cărții I prevede doar **trei tipuri de contraenții: contravenția continuă (art. 11), contravenția prelungită (art. 12) și tentativa (art. 13). Contraenția repetată în lege nu este reglementată.**

În al doilea rând, norma juridică examinată prevede că subiecții activi a contravenției prevăzute în art. 76¹, alin. (1¹) din CC al RM nu este cel general, **ci unul special – „persoana sancționată anterior”**. La acest capitol, legea contravențională în art. 30 - „*Prescripția răspunderii contravenționale*”, alin. (11) din Codul contravențional al RM expres prevede:

„(11) Se consideră că nu a fost supus răspunderii contravenționale contravenientul:

- a) a cărui răspundere contravențională a fost înlăturată;
- b) care a executat integral sancțiunea;
- c) în a cărui privință procesul contravențional a încetat”.

Deci, contravenientul care a fost sancționat pentru fapta stipulată în art. 76¹ alin. (1) din momentul achitării integrale a sancțiunii aplicate se consideră că nu a fost supus răspunderii contravenționale, respectiv, nu poate avea statut procesual de subiect activ al contravenției prevăzute în art. 76¹, alin. (1¹) din CC al RM.

Considerăm că norma juridică prevăzută în art. 76¹, alin. (1¹) din CC al RM, în actuala redacție **nici legal, nici practic nu poate fi aplicată.**

În al treilea rând, pornind de la faptul că în rândul cetățenilor ce nu respectă restricțiile stabilite în scopul combaterii bolilor epidemice se regăsește un număr impunător de persoane cu vârsta de 16-18 ani, rămânem nedumeriți din care cauză autorii modificării art. 76¹ din CC al RM nu au propus modificarea și completarea art. 16 alin. (2) din CC al RM. Răspunderea contravențională a persoanelor fizice cu vârsta între 16 și 18 ani. Potrivit legii contravenționale în vigoare, referitor la persoanele fizice, răspunderea contravențională pentru ilicitele prevăzute în art. 76¹ din CC al RM poate fi aplicată numai față de autorii ilicitului care au atins vârsta de 18 ani, iar **careva măsuri juridice față de persoanele cu vârsta de 16-18 ani**, potrivit legislației contravenționale în vigoare, **legal nu pot fi aplicate.**

Reieșind din analiza statutului de agent constator în domeniul combaterii contravenționalității, considerăm necesară modificarea și completarea conținutului normei juridice procesuale necesare și venim cu următoarea redacție a art. 400, alin. (4¹) din CC al RM:

„(4¹) *Contraențiile prevăzute la art. 69, art. 76¹, art. 91, art. 91¹, alin. (16) și (18), art. 336, art. 352,*

art. 353, art. 354, art. 355, art. 356 și art. 365, care au fost săvârșite în timpul îndeplinirii misiunilor Inspectoratului General de Carabinieri de menținere, asigurare și restabilire a ordinii pulice, de protecție a obiectivelor de importanță deosebită, de prevenire și combatere a terorismului, de asigurare a regimului stării de urgență, de asediu și de război, se constată și se examinează inclusiv de carabinieri.

(4²) Sunt în drept să examineze cauzele contravenționale constatate de către carabinieri și să aplice sancțiuni contravenționale: Comandantul general al Inspectoratului General de Carabinieri, adjuncții lui, comandanții direcțiilor regionale, comandanții unităților militare”.

2.2. În ceea ce privește împuternicirea de a **reține persoane**, în condițiile stabilite de lege, formulată în art. 24 alin. (1), lit. 1) [9], constatăm că acest drept, la general, este declarativ, deoarece nu are acoperire juridică.

Dacă ne referim la aspectul contravențional, atunci reținerea contravențională poate fi efectuată numai în baza temeiurilor juridice prevăzute la **art. 433**. „**Reținerea**” din Codul contravențional și în ordinea stabilită de această normă juridică. *Pentru ca reținerea să fie legală, de rând cu existența temeiului juridic, organul care o aplică trebuie să fie dotat cu dreptul respectiv.*

Subiecții activității polițienești dotați cu dreptul de aplica această măsură de asigurare a proceduri sunt expres reglementați prin lege.

Art. 433 alin. (2) din Codul contravențional al RM prevede:

„(2) Reținerea se aplică de către: a) poliție; b) Poliția de Frontieră, în cauzele de încălcare a regimului frontierei de stat, a regimului zonei de frontieră sau a regimului punctelor de trecere a frontierei de stat; c) Serviciu vamal în cazurile contravențiilor ce țin de competența lui; d) Biroul migrație și azil al Ministerului Afacerilor Interne, în cazul contravențiilor ce țin de competența sa” [4].

După cum observăm, Inspectoratul General de Carabinieri nu se regăsește în conținutul art. 433 alin. (2), fapt care înseamnă că acest drept al carabinierilor este **doar declarativ**.

Considerăm că, în mod de urgență, **art. 433 alin. (2) din CC al RM**, trebuie completat cu următorul conținut: **„e) Inspectoratul General de Carabinieri, în cazul contravențiilor, constatarea căroră ține de competența lui”**.

3. Unele împuterniciri nu numai că nu sunt asigurate cu mecanism juridic de realizare, ci și vin în contradicție cu mecanismul juridic existent. De exemplu, Legea-cadru [9, art. 24, alin. (1). lit. 1) și u)] prevede împuternicirea carabinierilor să **aducă** din

locuri publice ori aglomerate într-o instituție medico-sanitară persoanele **presupuse a fi sub influența alcoolului, a substanțelor toxice...**

O asemenea redacție a împuternicirii respective nu poate fi susținută din următoarele considerente:

– aducerea bănuțului în comiterea unui ilicit, ca măsură de asigurare a procedurii contravenționale de sine stătătoare, în Codul contravențional nu este prezentă;

– reiese că aducerea trebuie să fie precedată de reținerea contravențională;

– pentru reținere trebuie să existe temeii juridic – contravenția (obiectul, latura obiectivă, subiect, latura subiectivă), la rândul său, dispoziția art. 355 alin. (2) din Codul contravențional al RM prevede că constituie **contravenție** apariția în locuri publice în stare de ebrietate produsă de alcool sau de alte substanțe, **în cazul în care persoana și-a pierdut capacitatea de a se mișca de sine stătător**. Această împuternicire a carabinierilor, la fel, rămâne declarativă, neavând acoperire juridică. În conținutul art. 400, alin. (4¹), art. 355 din CC al RM nu se regăsește, fapt care înseamnă că în cazul constatării unor asemenea ilicite, Inspectoratul General de Carabinieri **nu dispun de statut de agent constator**.

Astfel, în urma investigației efectuate, realizării scopului cercetării **concluzionăm** următoarele:

– rolul Inspectoratului General de Carabinieri ca subiect al activității polițienești în menținerea ordinii publice, asigurării securității publice, prevenirii și curmării (stopării) faptelor antisociale este unul dificil de apreciat. După comasarea serviciului de patrulă și santinelă a poliției cu poliția rutieră (actualmente Inspectoratul Național de Securitate Publică din Cadrul Inspectoratului General al Poliției), carabinierii sunt unica forță care patrulează în locurile publice în scopul menținerii ordinii publice;

– constatăm necorespunderea mecanismului juridic de realizare a împuternicirilor Inspectoratului General de Carabinieri atribuțiilor ce îi revin potrivit legii cadru. Considerăm necesară operarea cât mai operativă a propunerilor privind completarea și modificarea Codului contravențional, care se regăsesc în conținutul prezentei publicații;

– perfecționarea cadrului juridic privind principiile de activitate, organizarea și funcționarea, atribuțiile și împuternicirile, finanțarea și asigurarea tehnico-materială a inspectoratului, precum și concretizarea statutului juridic al carabinierului, indiscutabil este un lucru salutar. Totodată, considerăm că procedura de elaborare și adoptare a Legii nr. 219 din 08.11.2018 cu privire la Inspectoratul General de Carabinieri a fost una prea accelerată și, ca rezultat, produsul final nu este de cea mai reușită

calitate. Legea respectivă conține multe neclarități, însăși în conținutul normelor juridice interne (din cadrul legii), unele norme juridice vin în contradicție cu Constituția RM și alte acte legislative în vigoare. Din aceste considerente, optăm pentru revizuirea complexă a acestei legi, ajustarea ei la prevederile actelor juridice în vigoare.

Referințe bibliografice:

1. Balmuș V., Muntean V. *Elemente de drept polițienesc. Manual*. Chișinău: Tipogr. A.Ș.M., 2006.
2. Boeșteanu C., Grati V., Cușnir V., Dogotari I. *Drept polițienesc*. Chișinău: Centrul Ed. al Academiei „Ștefan cel Mare” a MAI a Republicii Moldova, 2006.
3. *Constituția Republicii Moldova*, adoptată la 29.07.1994, art. 108 alin. (1). În: Monitorul Oficial al RM nr. 1 din 12.08.1994.
4. *Codul contravențional al Republicii Moldova*, adoptat prin Legea nr. 218-XVI din 24.10.2008. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 3-6/15 din 16.01.2009.
5. Guceac I. *Statul și poliția*. Chișinău: Cartier, 1997.
6. Guțuleac V. *Drept polițienesc*. Inst. de Științe Penale și Criminologie Aplicată; Inst. de Cercetări Juridice și Politice al Acad. de Științe din Moldova. Chișinău: S.n., 2015 (Î.S. F.E.-P. „Tipografia Centrală”).
7. Hotărârea Guvernului RM nr. 633 din 30.08.2017 privind aprobarea *Regulamentului cu privire la organizarea și funcționarea Ministerului Afacerilor Interne*, publicată în Monitorul Oficial al RM nr. 322-328/795 din 01.09.2017.
8. Legea nr. 806 din 12.12.1991 cu privire la *Trupele de carabinieri (trupele interne) ale MAI*, publicat/republicat în Monitorul Oficial al RM nr. 000 din 12.12.1991; (*abrogată* prin Legea nr. 219 din 08.11.2018 cu privire la Inspectoratul General de Carabinieri).
9. Legea nr. 219 din 08.11.2018 cu privire la *Inspectoratul General de Carabinieri*, publicată în Monitorul Oficial al RM nr. 462-466/770 din 12.12.2018 (în vigoare din 12.12.2018).
10. Legea nr. 345 din 25.07.2003 *cu privire la apărarea națională*, publicată în Monitorul Oficial al RM nr. 200-203/775 din 19.09.2003.
11. Legea nr. 220 din 08.11.2018 *pentru modificarea unor acte legislative*, art. VIII. În: Monitorul Oficial al RM nr. 462-466 din 12.12.2018.
12. Legea nr. 220 din 08.11.2018 *pentru modificarea unor acte legislative*, art. VIII.
13. Pașcu Iuliu. *Drept polițienesc român*. Vol. I. București, 1929.
14. Бельский К. С. *Полицейское право. Лекционный курс*. Москва: „Дело и Сервис”, 2004.
15. <http://politia.md/ro/content/conceptul-activitatii-politienesti-comunicare>

INFORMATII DESPRE AUTOR

Victor GUȚULEAC –
 doctor în drept, profesor universitar, Institutul de
 Științe Penale și Criminologie Aplicată;
 Elena COMARNIȚCAIA –
 doctor în drept, Institutul de Științe Penale și
 Criminologie Aplicată, avocat BAA „Lagal Service”;
 Igor SPÎNU – doctor în drept, conferențiar
 universitar, Universitatea de Studii Europene din
 Moldova, avocat BAA „Lagal Service”;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Victor GUȚULEAC –
 University Professor, Institute of Criminal
 Sciences and Applied Criminology;
 Elena COMARNIȚCAIA – Doctor of Law,
 Institute of Criminal Sciences and Applied
 Criminology, lawyer at BAA “Lagal Service”;
 Igor SPÎNU – doctor of law, associate professor,
 University of European Studies of Moldova, lawyer
 at BAA “Lagal Service”

УДК 343.8

МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ФУНКЦІОНУВАННЯ ДЕРЖАВНОЇ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

Ольга УСТЮЖАНИНОВА,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри професійних та спеціальних дисциплін
Херсонського факультету
Одеського державного університету внутрішніх справ

АНОТАЦІЯ

Формування методологічних засад наукового пошуку функціонування Державної кримінально-виконавчої служби України являє собою процес становлення нового знання про те чи інше правове явище, у цьому разі – про функціонування Державної кримінально-виконавчої служби України у сфері виконання покарань, що являє собою систему знань, завдяки яким відбуваються аналіз і узагальнення фактів, що мають наукове значення для цього дослідження.

Розглянуто методологію кримінально-виконавчих засад функціонування Державної кримінально-виконавчої служби України як систему загальнонаукових та спеціально-наукових методів із визначеним алгоритмом їх застосування, а саме: діалектичного, аналізу та синтезу, історико-порівняльного, порівняльно-правового (компаративного), герменевтичного, аналітичного, феноменологічного, системно-структурного, статистичного, соціологічного (анкетування (персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України) та експертних оцінок (учених, які досліджують проблеми функціонування Державної кримінально-виконавчої служби України)), прогностичного. За допомогою цієї методології опрацьовано значну емпіричну базу дослідження, що надало змогу сформулювати власний методологічний інструментарій кримінально-виконавчих засад функціонування Державної кримінально-виконавчої служби України.

Ключові слова: засади функціонування Державної кримінально-виконавчої служби України, функціонування Державної кримінально-виконавчої служби України, Державна кримінально-виконавча служба України.

METHODOLOGICAL BASES OF FUNCTIONING OF THE STATE CRIMINAL-EXECUTIVE SERVICE OF UKRAINE

Olha USTIUZHANINOVA,

PhD in Law,
Associate Professor at the Department of Professional and Special Disciplines
Kherson Faculty of Odesa State University of Internal Affairs

SUMMARY

It has been determined that the methodological principles of the scientific search for the functioning of the State criminal-executive service of Ukraine should be recognized as the process of formation of new knowledge about a particular legal phenomenon, in this case, the functioning of the State criminal-executive service of Ukraine in the field of execution of punishments, and is a certain system of knowledge, due to which the analysis and generalization of facts of scientific significance for this study take place.

The methodology of criminal-executive principles of functioning of the State criminal-executive service of Ukraine has been studied as a system of general scientific and special-scientific methods with the certain algorithm of their application, namely: dialectical, analysis and synthesis, historical-comparative, comparative-legal (comparative), hermeneutical, analytical, phenomenological, system-structural, statistical, sociological (questioning (the staff of the State criminal-executive service of Ukraine) and expertise (scientists who study the problems of functioning of the State criminal-executive service of Ukraine)), prognostic. With the help of this methodology, a significant empirical base of the study has been processed, which allowed us to formulate our own methodological set of tools for the criminal-executive principles of the functioning of the State criminal-executive service of Ukraine.

Key words: principles of functioning of State criminal-executive service of Ukraine, functioning of State criminal-executive service of Ukraine, State criminal-executive service of Ukraine.

PRINCIPIILE METODOLOGICE DE FUNCȚIONARE A SERVICIULUI PENITENCIAR DE STAT AL UCRAINEI

REZUMAT

Formarea bazelor metodologice de cercetare științifică a funcționării Serviciului Penitenciar de Stat al Ucrainei este un proces de formare a unor noi cunoștințe despre acest sau acel fenomen juridic, în acest caz - despre funcționarea Serviciului Penitenciar de Stat al Ucrainei în domeniul executării pedepsele. există o analiză și o generalizare a faptelor care au semnificație științifică pentru acest studiu.

Se are în vedere metodologia principiilor penal-executive de funcționare a Serviciului Criminal-Executiv de Stat al Ucrainei ca sistem de metode științifice generale și special-științifice cu un anumit algoritm de aplicare a acestora și anume: dialectică, analiză și sinteză, istoric-comparativă, comparativ-juridic (comparativ), hermeneutic, analitic, fenomenologic, sistem-structural, statistic, sociologic (chestionare (personalul Serviciului Penitenciar de Stat al Ucrainei) și expertize (oameni de știință care studiază problemele Serviciului Penitenciar de Stat al Ucrainei)), prognostic. Cu ajutorul acestei metodologii a fost dezvoltată o bază empirică semnificativă a cercetării, care a făcut posibilă formularea propriilor instrumente metodologice ale principiilor penal-executive de funcționare a Serviciului Criminal-Executiv de Stat al Ucrainei.

Cuvinte cheie: *principii de funcționare a Serviciului Criminal-Executiv de Stat al Ucrainei, funcționarea Serviciului Criminal-Executiv de Stat al Ucrainei, Serviciul Criminal-Executiv de Stat al Ucrainei.*

У сучасних наукових джерелах слово «методологія» тлумачать як сукупність методів дослідження, що застосовують у будь-якій науковій діяльності відповідно до специфіки об'єкта її пізнання, а під «дослідженням» розуміють наукову працю, у якій вивчено яке-небудь питання [1, с. 191].

Виходячи із цього, можна стверджувати, що правильно обрана методологія дослідження функціонування Державної кримінально-виконавчої служби України (далі – ДКВС України) не тільки й не стільки створює ефективні й оптимальні умови для пізнання змісту об'єкта і предмета дослідження, а і є необхідним елементом наукового пошуку з метою вдосконалення функціонування ДКВС України.

Отже, дослідження функціонування ДКВС України як науковий продукт не може обійтись без відповідного методологічного інструментарію. Особливо гостро це дослідження постало перед нашою державою у зв'язку з подіями на майдані у 2014 р. та передачею відповідної служби під юрисдикцію Міністерства юстиції України у 2016 р.

Варто також наголосити, що наше вивчення кримінально-виконавчих засад функціонування ДКВС України забезпечується також і діалектичним зв'язком із такими державними програмами, які стосуються сфери виконання покарань (Концепції реформування (розвитку) пенітенціарної системи України [2] та Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних інститутів на 2015–2020 рр. [3]).

Формулювання методологічних засад наукового пошуку функціонування ДКВС України варто визнати як процес становлення нового знання про те чи інше правове явище, у цьому разі функціонування ДКВС України у сфері виконання покарань,

що являє собою певну систему знань, завдяки яким відбуваються аналіз та узагальнення фактів, що мають наукове значення для цього дослідження.

Вироблення методологічних засад функціонування ДКВС України у сфері виконання покарань надає змогу на науковій основі здійснювати комплексне та системне її дослідження, а також створює передумови для конструктивного розв'язання поставлених завдань, а саме:

- проаналізувати стан наукового дослідження функціонування ДКВС України;
- розробити методологічні засади функціонування ДКВС України;
- сформулювати поняття «кримінально-виконавчі засади функціонування Державної кримінально-виконавчої служби України» та розкрити їхній зміст;
- вивчити концептуальні передумови формування кримінально-виконавчих засад функціонування ДКВС України;
- дослідити модернізацію кримінально-виконавчого законодавства як передумову функціонування ДКВС України;
- розкрити зміст державної політики у сфері виконання покарань та її інтегрований вплив на функціонування ДКВС України у сфері виконання покарань;
- виокремити інституціональні чинники впливу на функціонування ДКВС України;
- запропонувати шляхи вдосконалення функціонування ДКВС України у сфері виконання покарань.

Отже, вирішення поставлених завдань передбачає у процесі наукового пошуку формулювання цілісної методології, завдання якої – запропонувати такі методи пізнання, які нададуть змогу в повному обсязі розкрити зміст предмета дослідження,

зокрема кримінально-виконавчих засад функціонування ДКВС України.

Для вітчизняних науковців-пенітенціаристів питання функціонування ДКВС України стало предметом вивчення після ухвалення Верховною Радою України у 2005 р. Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» [4], хоча до 2005 р. функціонування системи виконання покарань набуло нового змісту після ухвалення Верховною Радою України у 2003 р. КВК України [5].

Ураховуючи те, що на ДКВС України покладено найважливіше державне завдання виконання покарань та пробації, ми вважаємо, що варто підтримати позицію вітчизняних учених А.Я. Баскакова і Н.В. Туленкова про те, що прирощення знання відбувається саме за відповідними принципами й закономірностями, що належать до царини методології наукового пізнання [6, с. 72].

Варто також звернути увагу на позицію вітчизняного пенітенціариста І.Г. Богатирьова, на думку якого, методологія – явище інтегральне, яке поєднує низку компонентів: світогляд і фундаментальні загальнотеоретичні концепції, загальні філософські закони та категорії, загальнонаукові та спеціально-наукові методи. Тому методологію не можна зводити до одного з компонентів, зокрема до методу чи вчення про методи, оскільки за її межами залишаться інші [7, с. 8].

Саме тому під час дослідження функціонування ДКВС України ми не могли обійти її без окреслення відповідних методологічних засад реалізації ДКВС України державної політики у сфері виконання покарань та пробації, внесення пропозицій щодо забезпечення формування відповідної галузі державної політики; забезпечення формування системи наглядових, соціальних, виховних та профілактичних заходів, які застосовують до засуджених та осіб, узятих під варту; контроль за дотриманням прав людини і громадянина, вимог законодавства щодо виконання й відбування кримінальних покарань та пробації, реалізацією законних прав та інтересів засуджених і осіб, узятих під варту.

Варто також підтримати позицію вітчизняного вченого Ю.О. Новосада про те, що методологія дослідження зумовлюється інтеграційними та глобалізаційними процесами, які відбуваються в Європі та світі, його переходом від методологічного монізму до світоглядно-методологічного плюралізму. Це зумовлює, як слушно зауважує поіменованій учений, необхідність концептуального перегляду традиційних уявлень про державно-правові закономірності та поглибленого осмислення ролі юридичної науки в сучасному суспільстві [8, с. 24].

Варто підтримати наукову позицію вітчизняного вченого, академіка М.І. Панова про те, що цінність та унікальність кожної дослідницької роботи у кримінальній сфері залежить від правильного вибору конкретних методів наукових досліджень, з'ясування їхньої сутності та значення [9, с. 25].

Отже, методологічні засади функціонування ДКВС України потрібно розглядати як основоположні принципи, сукупність конкретних методів (інструментарій дослідження), що застосовують під час вивчення конкретних проблем, які виникають у функціонуванні ДКВС України та реалізації завдань державної політики України у сфері виконання кримінальних покарань і пробації.

Методологія, за визначенням українського вченого В.В. Шаблистого, – це теорія людської діяльності – діяльність пізнання, мислення або, якщо говорити точніше, уся діяльність людства, включаючи сюди не лише власне пізнання, а й виробництво. Звідси випливає, що методологія – теорія людської діяльності [10, с. 6].

Отже, утвердження методологічного плюралізму в сучасній українській правовій науці показує, що більшість сучасних науковців обґрунтовують свій методологічний інструментарій. Пізнавальні проблеми функціонування ДКВС України набувають особливої гостроти, оскільки об'єктивно виникає потреба у визначенні його методологічного інструментарію.

Загалом науковці поділяють методологію на дві частини: загальну методологію та методологію галузевих наук, зокрема й правову, яку розробляють переважно в межах філософії права.

Схожі міркування із цього питання можна побачити й у представників кримінально-правового напрямку. Так, Ю.В. Голік наголошує на тому, що методологія є інтегральним поняттям, яке об'єднує низку компонентів, зокрема світогляд, діалектичні категорії, загально- та спеціально-наукові методи. На його переконання, методологія – це система координат, а метод – вектор пошуку і дії [11, с. 8].

На думку професора О.Ф. Скакун, у сучасній юридичній науці найбільш функціональним як в абстрактному, так і в науковому значенні є таке визначення поняття «метод»: по-перше, як системи конкретних способів та принципів досягнення мети дослідження; по-друге, як системи інструментів (засобів) дослідження.

У свою чергу, як зауважує поіменована вчена, способи являють собою систему прийомів, що допомагають досягти певних результатів (дедукція й індукція, аналіз та синтез, узагальнення тощо). Водночас принципи (історизму, сходження від абстрактного до конкретного, єдності логічного й

історичного, конкретного й абстрактного тощо), які зазвичай формуються на рівні методів чи методологічних підходів (філософських і загальнонаукових, але не окремо наукових), завдяки своєму імперативному характеру мають забезпечувати концептуальність дослідження [12, с. 6–7].

Окрім цього, під час вивчення функціонування ДКВС України нами було враховано також об'єктивний підхід, що передбачає необхідність удосконалення виконання та відбування покарань. У цьому контексті важливим є висновок учених про те, що методологічною основою будь-якого дослідження є, по-перше, загальнофілософська методологія (основні принципи, закони та категорії діалектики); по-друге, системний підхід, який є виявом діалектичного методу, тому є загальнонауковою методологією дослідження, що опосередковує застосування діалектики до всієї галузі знань і вживаної в усіх сферах науки, техніки й управління [8, с. 35].

Щодо конкретики нових методологічних підходів, що стосуються функціонування ДКВС України, то тут думки вчених розходяться. Так, зарубіжний учений Ю.В. Голік найбільш перспективними з новітніх методологічних підходів вважає герменевтику та феноменологію [11, с. 8], тоді як інший зарубіжний учений О.І. Бойко оптимальним вважає системно-структурний метод, оскільки існування й еволюція кожного об'єкта залежать від поєднання їхніх внутрішніх (структурних) і зовнішніх (із середовищем) зв'язків [13, с. 5].

Велике значення для обраної методології у зв'язку із цим мають також методи пізнання, що виступають засобами розкриття, розгортання та систематизації змісту предмета дослідження – функціонування ДКВС України. Однак вивчення наукової літератури показало, що науковці не відтворюють власної методології, а піддають її аналізу, що в кінцевому результаті зводиться до традиційного переліку загальнонаукових методів пізнання, оскільки вони є універсальними та й застосовуються в будь-якому пізнавальному процесі.

Зазначені методичні підходи повною мірою стосуються й сфери функціонування ДКВС України, тоді як система виконання покарань є недосконалою та потребує суттєвого покращення й підвищення ефективності. Теоретична розробка окреслених питань має бути покладена сьогодні на кримінально-виконавчу науку, а правильно обрані методи дослідження мають стати запорукою отримання науково обґрунтованих висновків і результатів для вдосконалення функціонування ДКВС України [14, с. 111]. А за сучасних умов уже йдеться про створення в Україні науки пенітенціарного

права як окремої галузі права, що визначено одним з основних завдань Національної програми трансформації Кримінально-виконавчої системи в Пенітенціарну систему України [15, с. 11].

Зазначені обставини роблять питання методології для функціонування ДКВС України надзвичайно важливими. До речі, зарубіжні вчені М.С. Рибак та Ю.І. Кравченко вважають пріоритетним під час вивчення функціонування ДКВС України використання соціологічного, статистичного, історико-порівняльного, порівняльно-правового та системного методів [16, с. 74].

Водночас під час дослідження функціонування ДКВС України варто звернути увагу на необхідність урахувувати та використовувати позитивний досвід цієї діяльності в усіх зарубіжних державах. Однак ми маємо пам'ятати, що в разі застосування порівняльно-правового методу в дослідженні функціонування ДКВС України не варто ставити за мету цілковиту імплементацію зарубіжного досвіду, оскільки такі запозичення можливі лише з урахуванням специфіки функціонування ДКВС України.

У процесі вивчення функціонування ДКВС України однією з умов підвищення її ефективності та застосування на практиці норм кримінально-виконавчого законодавства є обов'язкове прогнозування наслідків такої діяльності й ухвалення відповідних рішень по суті. Серед комплексу методів, що використовують у кримінально-виконавчих дослідженнях функціонування ДКВС України, особливе місце посідає підвищення її якості у сфері виконання покарань та пробації.

Варто також зауважити, що в системі методів дослідження функціонування ДКВС України певну роль відіграють й інші методи. Так, застосування прогностичного методу надало змогу оцінити ефективність функціонування ДКВС України, а також передбачити ймовірні наслідки змін до кримінально-виконавчого законодавства в частині виконання та відбування покарань.

Ураховуючи особливості змісту суспільних відносин, які виникають у процесі функціонування ДКВС України, ми звертаємо увагу на той факт, що вони мають місце тоді, коли вирок суду за вчинений злочин набирає законної сили, ці відносини завжди є такими, що тривають, оскільки мають реальний строк дії, встановлений вирок суду (ст. ст. 368, 374 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України), суб'єктами цих відносин може бути лише персонал ДКВС України та засуджені, які відбувають покарання [17, с. 227–229].

У контексті проведення наукових досліджень у сфері виконання покарань однією з особливостей,

що суттєво впливає на їхні результати та загалом на вибір тих чи інших методів наукового пошуку, є визначений у законі порядок відвідування установ виконання покарань (ст. 24 КВК України), а також відповідний режим виконання/відбування покарань, включаючи й питання пропуску громадян на територію виправних і виховних колоній (ч. 6 ст. 102 КВК України).

Отже, зазначені особливості функціонування ДКВС України й були використані нами як певні методологічні засади дослідження. Саме тому формулювання методологічної системи функціонування ДКВС України має ґрунтуватися на завданнях та функціях, які забезпечують у повному обсязі функціонування ДКВС України.

Розробляючи основи методології наукових досліджень, українські вчені П.С. Прибутько, Н.В. Заяць, Г.І. Лук'янець дійшли висновку, що вона виконує такі функції:

- 1) визначає способи здобуття наукових знань, що відображають динаміку процесів і явищ;
- 2) передбачає особливий шлях досягнення науково-дослідної мети;
- 3) забезпечує всебічність отримання інформації щодо процесів чи явищ, які вивчаються;
- 4) допомагає введенню нової інформації;
- 5) забезпечує уточнення, збагачення, систематизацію термінів і понять у науці;
- 6) створює систему наукової інформації, що ґрунтується на об'єктивних явищах і логіко-аналітичних інструментах наукового пізнання [18, с. 11–12].

Водночас, як слушно зауважив А.П. Закалюк, вищою формою пізнання є наукове знання, що є результатом наукового дослідження, яке відрізняється від інших форм пізнання своїми якісними ознаками, а саме:

- а) воно завжди є цілеспрямованим, тобто здійснюється не стихійно, а за поставленою метою;
- б) це пізнання є системним, тобто певним чином забезпечується упорядкованістю, через що наукове пізнання зазвичай системно закономірне;
- в) системність та упорядкованість роблять наукове знання контрольованим, тобто завжди є можливість перевірити його адекватність, відповідність сучасному рівню наукових знань;
- г) ці й інші властивості надають науковому знанню надійності;
- ґ) результатом наукового пізнання є визначення (або підтвердження) певних закономірностей, теорій, понять, наукових фактів;
- д) наукове дослідження завжди має методичне забезпечення;

е) якщо розглядати наукове пізнання як систему, то саме науковий метод є в ній системотвірним елементом, у зв'язку з яким та залежно від якого перебувають усі інші елементи, зокрема результат наукового пізнання [19, с. 96–97].

Окрім цього, така наукова позиція ґрунтується в цій роботі на висновках О.П. Рябчинської про те, що в сучасній методології юридичної науки наявними є не лише кризові явища, які пов'язані з поширеністю досліджень суто описового характеру, що зводяться до коментування правових актів, через що це не має відповідної наукової цінності, а й відсутні чіткі уявлення про методологічний інструментарій конкретно-наукових досліджень, включаючи сферу виконання покарань [20, с. 11].

Узагальнюючи вищевикладене, робимо висновок, що методологія функціонування ДКВС України – це певна система наукового знання про методи, прийоми й засоби, які становлять комплекс апробованих на практиці найбільш раціональних шляхів функціонування ДКВС України у сфері виконання покарань [14, с. 111]. Отже, у цій статті встановлено та доведено таке:

- 1) періоди формування та розвитку кримінально-виконавчих засад функціонування ДКВС України, а також зміст державної політики у сфері виконання покарань і пробації;
- 2) об'єктивний зв'язок національного законодавства та норм міжнародного права з окресленої проблематики дослідження на підставі кращих зарубіжних зразків і міжнародних стандартів;
- 3) зміст та правові засади застосування в Україні зазначених заходів до засуджених, а також їхню соціальну зумовленість у контексті обставин, що викликають вчинення засудженими нових злочинів;
- 4) тенденції та структуру кримінально-виконавчої діяльності, яка здійснювалася ДКВС України впродовж 2005–2019 рр. і завдяки якій забезпечувався поступовий процес виконання/відбування покарань, запровадження системи пробації тощо;
- 5) основні напрями вдосконалення функціонування ДКВС України, які перебувають у прямому взаємозв'язку та взаємозумовлені змістом сучасних державних стратегій у сфері виконання покарань і пробації.

Важливим у цьому контексті стало використання в зазначеній науковій розробці методів емпіричного рівня дослідження, за допомогою яких було чітко визначено напрями функціонування ДКВС України, що безпосередньо стосуються кримінально-виконавчої діяльності. Водночас безпосередні-

ми емпіричними матеріалами, які були використані під час дослідження цієї проблематики, стали:

а) офіційні статистичні дані, добуті з використанням відповідних статистичних методів вивчення явищ і процесів, що стосуються практики функціонування ДКВС України;

б) результати статистичного аналізу (вивчено дані, опубліковані в офіційних статистичних джерелах (державній звітності, відомчих бюлетенях ДКВС України, Генеральної прокуратури України й інших правоохоронних органів нашої держави)). Отже, використання зазначених у цій науковій розробці методів пізнання функціонування ДКВС України надало змогу реалізувати поставлені в межах цього дослідження завдання.

Список використаної літератури:

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови / укл. О. Єрошенко. Донецьк : ТОВ «Глорія Трейд», 2012. 864 с.
2. Про схвалення Концепції реформування (розвитку) пенітенціарної системи України : розпорядження Кабінету Міністрів України від 13.09.2017 р. № 654-р. URL: <https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/654-2017-р> (дата звернення: 03.05.2019).
3. Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 рр. : Указ Президента України від 20.05.2015 р. № 276/2015. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/276/2015> (дата звернення: 03.05.2019).
4. Про Державну кримінально-виконавчу службу України : Закон України від 23.06.2005 р. № 2713-15. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 30. Ст. 409.
5. Кримінально-виконавчий кодекс України : Закон України від 11.07.2003 р. № 1129-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № № 3–4. Ст. 21.
6. Баскаков А.Я., Туленков Н.В. *Методология научного исследования : учебное пособие*. 2-е изд., испр. Киев : МАУП, 2004. 154 с.
7. Богатирьев А.И. *Запобігання професійній деформації у персоналі місць несвободи : монографія / за заг. ред. В.С. Медведєва*. Київ : Дакор, 2016. 198 с.
8. Новосад Ю.О. *Прокуратура України як учасник кримінально-виконавчої діяльності : монографія*. Луцьк : ПрАТ «Волинська друкарня», 2019. 426 с.
9. Панов М.І. *Вибрані наукові праці з проблем правознавства*. Київ : Ін Юре, 2010. 812 с.
10. Шаблістий В.В. *Безпековий вимір кримінального права України: людиноцентристське дослідження : монографія*. Дніпропетровськ : ДДУВС ; Ліра ЛТД, 2015. 420 с.
11. *Философия уголовного права / сост. ред. и вступ. статья Ю.В. Голика*. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2004. 334 с.
12. Скакун О.Ф. *Теорія права і держави : підручник*. 4-те вид., доп. і перероб. Київ : Алерта, 2013. 524 с.
13. Бойко А.И. *Системная среда уголовного права : автореф. дис. ... докт. юрид. наук*. Москва : Академия МВД РФ, 2008. 36 с.
14. Устюжанінова О.Т., Шкута О.О. *Методологічні засади функціонування Державної кримінально-виконавчої служби України. Юридичний бюлетень : науковий журнал*. Одеса : ОДУВС, 2019. Вип. 10 (10). С. 163–169.
15. Богатирьев И. *Национальная программа трансформации Кримінально-виконавчої системи в Пенітенціарну систему України : проєкт. Юридичний вісник України*. 2020. № 3 (1280). С. 11.
16. Рыбак М.С., Кравченко Ю.И. *Теория и методология построения системы уголовных наказаний. Правовая политика и правовая жизнь*. 2008. № 4. С. 70–77.
17. *Кримінально-виконавче право України : підручник / В.А. Музика та ін. ; за заг. ред. Є.Ю. Бараша*. Київ : Нац. акад. внутр. справ. ; ФОП Кандиба Т.П., 2018. 364 с.
18. Прибутько П.С., Заяць Н.В., Лук'янець Г.І. *Основи методології, наукових досліджень : навчальний посібник для студентів і курсантів / за ред. П.С. Прибутька*. Київ : НАВС, 2015. 156 с.
19. Закалюк А.П. *Курс сучасної української кримінології: теорія і практика : у 3-х кн*. Київ : Ін Юре, 2008. Кн. 3 : *Практична кримінологія*. 320 с.
20. Рябчинська О.П. *Система покарань в Україні : поняття, значення та принципи побудови : монографія*. Запоріжжя : Акцент Інвес-трейд, 2013. 448 с.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

УСТЮЖАНІНОВА Ольга Тарасівна – кандидат юридичних наук, доцент кафедри професійних та спеціальних дисциплін Херсонського факультету Одеського державного університету внутрішніх справ;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

USTIUZHANINOVA Olha Tarasivna – PhD in Law, Associate Professor at the Department of Professional and Special Disciplines of the Kherson Faculty of Odessa State University of Internal Affairs; olgaustiuzh@gmail.com

УДК 344.13

ХАРАКТЕРИСТИКА ЗЛОЧИНУ – ПОГРОЗА АБО НАСИЛЬСТВО ЩОДО НАЧАЛЬНИКА ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ОКРЕМИХ ДЕРЖАВ СВІТУ

Наталія ФЕРЬЄВА,

аспірантка кафедри кримінального права, кримінології, цивільного та господарського права
ЗВО «Національна академія управління»,
завідувач сектору організаційно-протокольного забезпечення заходів суду
Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду міста Києва

АНОТАЦІЯ

У статті аналізуються окремі положення кримінальних кодексів 15-ти держав світу стосовно військового злочину – погрози або насильства щодо начальника. Констатується той факт, що потерпілим від зазначеного злочину може бути не лише начальник, але і командир відповідного рівня. Для визначення їхнього статусу як потерпілих та характеристики елементів і ознак цього складу злочину необхідно враховувати окремі положення військового законодавства. Проведене порівняльно-правове дослідження висвітлює низку позитивних аспектів конструкції правової норми, що аналізувалась. З метою посилення правового захисту командирів і начальників зміст статті 405 Кримінального кодексу України потребує подальшого законодавчого вдосконалення.

Ключові слова: кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби, військові кримінальні правопорушення, військові злочини, погроза або насильство щодо начальника, порівняльно-правовий аналіз, кримінальне законодавство інших держав, військове законодавство, військове право.

THE CHARACTERISTICS OF CRIME – THREAT OR VIOLENCE AGAINST THE CHIEF ACCORDING TO THE LEGISLATION OF INDIVIDUAL COUNTRIES

Natalia FIERIEVA,

Postgraduate Student at the Department of Criminal Law Department,
Criminal Science, Civil and Commercial Law
National Academy of Management

SUMMARY

The article analyzes some provisions of the criminal codes of 15 countries regarding military crimes – threat or violence against the chief. It is stated that the victim of this crime can be not only the chief, but also the commander of the appropriate level of command. However, to determine their status as victims, the elements characteristics and features of this crime certain provisions of military legislation shall be taken into account. A comparative legal analysis highlighted a number of positive aspects of the construction of the analyzed legal norm. In order to strengthen the legal protection of commanders and chiefs, the content of Article 405 of the Criminal Code of Ukraine shall be further legislatively improved.

Key words: crimes against established order of military service, military criminal offense, military crime, threat or violence against chief, comparative legal analysis, criminal legislation of individual countries, military legislation, military law.

CARACTERISTICĂ INFRAȚIUNII – AMENINȚARE SAU VIOLENȚĂ ÎMPOTRIVA ȘEFULUI CONFORM LEGILOR UNOR ȚĂRI

REZUMAT

Articolul analizează unele prevederi ale codurilor penale din 15 țări referitoare la crime de război – amenințări sau violențe împotriva șefului. Se precizează că victima acestei infracțiuni poate fi nu numai șeful, ci și comandantul nivelului corespunzător. Pentru determinarea statutului lor de victime și a caracteristicilor elementelor și trăsăturilor acestei infracțiuni, este necesar să se țină seama de anumite prevederi ale dreptului militar. Studiul juridic comparativ a evidențiat o serie de aspecte pozitive ale construcției normei juridice analizate. Pentru a consolida protecția juridică a comandanților și șefilor, conținutul articolului 405 din Codul penal al Ucrainei necesită îmbunătățiri legislative suplimentare.

Cuvinte cheie: infracțiuni contra ordinii stabilite a serviciului militar, infracțiuni militare, crime de război, amenințare sau violență împotriva șefului, analiză juridică comparată, legislație penală a altor state, legislație militară, drept militar.

Постановка проблеми. Дослідженню питань щодо порівняльно-правової характеристики військового злочину – погрози або насильства щодо начальника за кримінальним законодавством України й інших держав світу уваги не приділялось, наукових публікацій немає. Тому є потреба усунути цю прогалину, ознайомитись із досвідом законодавців інших держав.

Метою статті є аналіз і розкриття особливостей військового злочину – погрози або насильства щодо начальника, напрацювання пропозицій з удосконалення конструкції ст. 405 Кримінального кодексу (далі – КК) України, їх представлення для обговорення широкого загалу фахівців у цій царині законодавства.

Виклад основного матеріалу. Аналіз військово-кримінального законодавства 15-ти держав світу свідчить про різний підхід законодавців до визначення переліку діянь, які можуть бути підставами в разі порушення кримінального закону, передбаченого ст. 405 КК України, притягнення підлеглих начальнику або командирів військовослужбовців до кримінальної відповідальності.

Більшість КК, що проаналізовані, містять конкретні положення, які передбачають кримінальну відповідальність військовослужбовців, які посягнули на недоторканність своїх командирів і начальників або їхнього майна у зв'язку з добросовісним виконанням останніми обов'язків з військової служби. Є деякі відмінності в розумінні об'єкта посягання військового злочину, який досліджується, різних форм його вчинення, особи правопорушника, кримінально-правових заходів до винних осіб. У цьому їхньому різноманітті головним є причетність потерпілого і винного до проходження військової служби, їхній статус військовослужбовців, проходження військової служби, виконання обов'язків із військової служби в момент учинення зазначеного злочину.

Так, ч. 1 ст. 330 «Насильницькі дії щодо начальника» КК *Азербайджанської Республіки* не передбачає такого діяння у виді вчинення зазначеного злочину, як здійснення погрози начальнику у зв'язку з виконанням ним обов'язків із військової служби. Ч. 2 цієї статті передбачено, що вчинення насильницьких дій до начальника із завданням йому тяжкої чи менш тяжкої шкоди здоров'ю потерпілого, чи такої шкоди, яка спричинила інші тяжкі наслідки, є кваліфікуючою ознакою вчинення вказаного злочину.

Ч. 2 ст. 331 «Образа, нанесення побоїв або катування військовослужбовця» передбачає, що образа підлеглим начальника під час виконання чи у зв'язку з виконанням обов'язків військової служби

передбачає максимальне покарання у виді тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців на строк до одного року [1]. Відповідно до ч. 2 ст. 12 КК України зазначене діяння, передбачене ч. 2 ст. 331 КК *Азербайджанської Республіки*, за умови наявності його у КК України, було би кримінальним проступком.

Ст. 441 «Насильницькі дії щодо начальника» КК *Республіки Білорусь* не деталізує, у чому проявляються насильницькі дії, як це передбачив законодавець України в ч. 2 ст. 405 КК України, що не сприяє більш чіткій диференціації вчиненого діяння під час його кваліфікації. Водночас ч. 2 ст. 441 КК *Республіки Білорусь* як кваліфікуючу ознаку вчиненого злочину, поруч з іншими, передбачає настання тяжких наслідків, що варто було б передбачити й у ч. 4 ст. 405 КК України.

Окрім того, діяння у виді «погрози начальнику» є окремим злочином за ст. 442 КК *Республіки Білорусь*, тоді як за КК України вказані діяння містяться в одній статті. Відмітною ознакою за КК *Республіки Білорусь* є констатація тієї обставини, що погроза начальнику буде злочинним діянням лише за умови «якщо були підстави боятися її здійснення» [2]. За наявності вказаної умови не всі погрози начальнику з боку підлеглого можуть бути злочином, тоді як за ч. 1 ст. 405 КК України навпаки.

Додаткова підстава вчинення цього злочину за ст. 442 КК *Республіки Білорусь* є суб'єктивною умовою, у правозастосувальній діяльності може сприйматися по-різному. На нашу думку, будь-яка реальна погроза начальнику в умовах військової служби є недопустима, оскільки посягає на основоположний принцип військової служби – принцип єдиноначальності, за яким згідно зі ст. 28 Статуту внутрішньої служби *Збройних сил України* «командири (начальники) наділені всією повнотою розпорядчої влади стосовно підлеглих і на них покладена персональна відповідальність перед державою за всі сторони життя та діяльності військової частини, підрозділу і кожного військовослужбовця» [3].

За ч. 2 ст. 378 КК *Республіки Болгарії*, окрім насильницьких дій проти начальника, передбачених іншими статтями цього Кодексу, криміналізовано діяння за нанесення образи підлеглим начальнику або наклеп у зв'язку з виконанням обов'язків військової служби. А ч. 3 цієї статті КК передбачає кримінальну відповідальність підлеглого, якщо він у відсутності свого начальника скаже або вчинить дії, що можуть спричинити шкоду його честі або гідності [4].

Образа підлеглим командира або начальника у зв'язку з виконанням обов'язків військової служби

кримінальним або адміністративним законодавством України не передбачена. Зважаючи на необхідність забезпечення належної охорони військового правопорядку і недопустимість посягань на честь і гідність командирів і начальників не лише погрозами або вчиненням насильства, вони потребують охорони своєї честі і гідності і від образ або наклепів, висловлених словами, жестами, письмово тощо. Така заборона могла б бути у виді адміністративної відповідальності на рівні військового адміністративного правопорушення, що поки не зазначене у гл. 13-Б Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Ст. ст. 434 і 435 *Пенітенціарного кодексу* Естонської Республіки передбачають відповідно кримінальну відповідальність за «погрозу особі, яка проходить службу в Силах оборони» і за «наси́льство стосовно особи, яка перебуває на службі в Силах оборони» [5]. В обох випадках під охороною кримінального закону опиняються і «члени її сім'ї», оскільки метою таких погроз і насильств є намагання від будь-яких осіб, зокрема і від підлеглих, припинити виконання або змінити характер обов'язків під час проходження служби в Силах оборони. Мета «припинити» або «змінити» характер обов'язків «особи, яка перебуває на службі в Силах оборони», на нашу думку, більш відповідає змісту таких термінів, як «опір», «примушування», що загалом відповідає змісту диспозиції ч. 1 ст. 404 «Опір начальникові або примушування його до порушення службових обов'язків».

За ст. 405 КК України погроза або насильство щодо членів сім'ї начальника не передбачені. І в судовій практиці під час аналізу більш як 170 судових рішень, вироками яких підлеглі командирам і начальникам військовослужбовці визнані винними у вчиненні злочинів, передбачених ст. 405 КК України, погроз і насильств щодо членів сімей не було відмічено. Водночас така ситуація може мати місце в майбутньому. І тут важливо, щоб командири і начальники всіх рівнів усвідомлювали, що держава Україна, громадянами якої вони є, здійснює всі можливі заходи для того, щоб в них була 100% впевненість у забезпеченні охорони їхніх прав і гарантій під час несення або проходження військової служби від злочинних посягань підлеглих.

Згідно зі ст. 439 КК *Республіки Казахстан* кримінальна відповідальність передбачена лише за насильницькі дії проти начальника. Порівнюючи зміст зазначеної правової норми з аналогічною, передбаченою ст. 405 КК України, новелою є те, що особливо кваліфікуючою ознакою злочину за ч. 3 ст. 439 КК Республіки Казахстан є його вчинення «в умовах надзвичайного стану» [6], тоді як відповідно до

п. 11 ч. 1 ст. 67 КК України зазначена ознака є загальною обставиною, що обтяжує покарання.

Ч. 1 ст. 365 КК *Киргизької Республіки* передбачає застосування насильства не небезпечного для життя і здоров'я або погрози застосування такого насильства щодо начальника у зв'язку з виконанням чи під час виконання ним обов'язків із військової служби, або щодо іншої особи, яка виконує покладені на неї обов'язки з військової служби, з метою «чинити опір або примушування її до порушення цих обов'язків» [7].

Фактично в диспозиції ч. 1 ст. 365 КК ідеться не про злочини, передбачені ч. ч. 1–2 ст. 405 КК України, згідно з якими погроза або насильство застосовуються до начальника «у зв'язку з виконанням ним обов'язків з військової служби», а про злочин за ст. 404 КК України, коли правопорушник чинить «опір начальникові, а також іншій особі, яка виконує покладені на неї обов'язки з військової служби, або примушування їх до порушення цих обов'язків» [8].

КК *Латвійської Республіки* в розділі XXV «Злочинні діяння на військовій службі» не містить злочину, аналогічного ст. 405 КК України. Ст. 337 цього Кодексу передбачає кримінальну відповідальність за «опір начальникові або примушування його до порушення службових обов'язків», що за змістом відповідає ст. 404 КК України з аналогічною назвою. Ст. 338 КК містить норми про кримінальну відповідальність за «наси́льство щодо до підлеглого», що спричинило завдання йому фізичних страждань (ч. 1), умисне нанесення легкого тілесного ушкодження (ч. 2), умисне нанесення підлеглому тілесного ушкодження середньої тяжкості, а також інші дії, що мають характер катування (ч. 3), умисного нанесення підлеглому тяжкого тілесного ушкодження (ч. 4). Ст. 339 КК передбачає відповідальність за «образу честі військовослужбовця» [9].

Ст. 318 «Погроза начальникові або насильницькі дії щодо начальника» КК *Литовської республіки* за змістом ч. ч. 1–2 аналогічна ч. ч. 1–2 ст. 405 КК України [10].

КК *Республіки Молдова* у ст. 367 «Погроза військовослужбовцю» і 368 «Насильницькі дії щодо військовослужбовця» містить положення про кримінальну відповідальність підлеглого [11], що за своїм змістом аналогічні ст. 405 КК України. Єдина відмінність, що в зазначених статтях немає положень про кримінальну відповідальність підлеглого в разі погрози знищенням чи пошкодженням майна начальника у зв'язку з виконанням ним обов'язків з військової служби, що передбачено ч. 1 ст. 405 КК України.

§ 23 «Загроза керівнику» і § 25 «Напад на начальника» Військово-кримінального закону *Федеративної Республіки Німеччини* (далі – ФРН) за змістом їхньої диспозицій і спрямованістю цих злочинів схожі зі злочинами, передбаченими ч. 1 ст. 405 КК України.

Зокрема, за диспозицією правової норми, передбаченої § 23 Військово-кримінального закону ФРН, кримінальна відповідальність можлива в разі, коли «хто на службі» загрожує керівнику, то «буде каратися позбавленням волі на строк до трьох років». § 25 «Напад на керівника» містить три частини: ч. 1 – «будь-який, хто вживає заходів проти керівника, буде ув'язнений» на строк від трьох місяців до трьох років. За ч. 2 «у менш жорстких випадках» вирок передбачає покарання у вигляді позбавлення волі на строк до двох років». За ч. 3 цього параграфу «в особливо важких випадках» вироком є позбавлення волі від шести місяців до п'яти років. «Особливо серйозна справа» буде в разі, «якщо правопорушник має серйозні наслідки злочину» [12].

Виклад і сприйняття змісту § § 23 і 25 Військово-кримінального закону є дещо складним. Як зазначає щодо цього М.І. Карпенко, «військове кримінальне законодавство провідних держав світу й України є схожим, але з певними відмінностями, які в першу чергу пов'язані з їхньою приналежністю до різних правових систем. Це стосується як змісту диспозицій правових норм, так і їхніх санкцій і є результатом різного підходу законодавців до використання законодавчої техніки, яка зумовлена станом правової системи відповідних держав, законодавство яких аналізується» [13, с. 370].

Аналіз змісту ст. 345 Карного кодексу *Республіки Польща* дає підстави стверджувати, що цей злочин за безпосереднім об'єктом посягання схожий із злочиним, передбаченим ст. 405 КК України. § 1 вказаної статті передбачає, що «військовослужбовець, який вчинив напад на начальника, підлягає покаранню військом арештом або позбавленням волі на строк до 3-х років».

Згідно з § 2, «якщо винний вчиняє напад на начальника у зв'язку з виконанням ним службових обов'язків або спільно з іншими військовослужбовцями чи у присутності групи військовослужбовців, підлягає покаранню позбавленням волі на строк від 6 місяців до 8 років» [14, с. 219–220]. Отже, простим складом злочину, що аналізується, є напад підлеглого на начальника, а однією з його кваліфікуючих ознак є напад на начальника у зв'язку з виконанням ним службових обов'язків, що не влаштовує підлеглого.

Ст. 334 КК *Російської Федерації* передбачає кримінальну відповідальність за насильницькі дії щодо начальника, які відповідно до ч. 1 виразилися в нанесенні побоїв або застосуванні іншого насильства щодо начальника, які вчинені під час виконання ним обов'язків із військової служби або у зв'язку з виконанням цих обов'язків [15].

Зазначена обставина «у зв'язку з виконанням цих обов'язків» передбачає, що за змістом диспозиції ч. 1 ст. 334 КК Російської Федерації насильницькі дії щодо начальника можуть бути вчинені також і тоді, коли начальник безпосередньо не виконує обов'язки з військової служби, але насильницькі дії застосовуються до нього у зв'язку з виконанням цих обов'язків. Начальник може не перебувати при виконанні обов'язків із військової служби, наприклад перебувати поза межами військової частини або місця служби [16, с. 87].

З тієї кількості вироків, винесених судами України, за вчинення злочинів, передбачених ст. 405 КК України, усі вони були вчинені винними особами щодо начальників у зв'язку з виконанням ними обов'язків із військової служби, зокрема: у відповідь на зроблене зауваження підлеглого щодо неналежної поведінки, який був у нетверезому стані; будучи невдоволеним зауваженням щодо неякісного несення служби в наряді; у відповідь на зауваження щодо дотримання в казарменому приміщенні тиші в нічний час тощо. Але, безумовно, погроза або насильство щодо начальника можуть бути вчинені і за обставин, коли він (командир / начальник) перебував поза межами військової частини або місця служби.

Аналогічного до ст. 334 КК Російської Федерації змісту і ст. 339 «Насильницькі дії щодо начальника» КК *Туркменістану* [16].

Ст. 89 «Неповага до вищого офіцерського складу» і ст. 90 «Напад або умисна непокоря начальника» розд. X «Каральні статті» *Єдиного кодексу військової юстиції США* за своїм змістом дещо схожі із ч. 1 ст. 405 КК України. Водночас ст. 89 ЄКВЮ передбачає відповідальність «будь-якої особи, що підпорядкована цьому розділу, яка веде себе з неповагою до своєї високопоставленої посадової особи, повинна бути покарана військовим судом». Наступна ст. 90 ЄКВЮ передбачає: «будь-яка особа, що підпорядкована цьому розділу, яка: (1) б'є свого начальника <...> або піднімає будь-яку зброю або застосовує будь-яке насильство проти нього, поки він перебуває на посаді, яку обіймає <...> підлягає покаранню <...>» [17].

КК Республіки *Узбекистан* у ст. 282 передбачає кримінальну відповідальність «за погрозу начальника вбивством або застосуванням насильства, за

наявності достатніх підстав побоюватися цієї погрози, учинене в бойовій обстановці» [18]. Аналогічні злочинні дії передбачені у ст. 405 КК України. Відмінність між злочинами, що аналізуються, у тому, що за ст. 282 КК Республіки Узбекистан це є простим складом злочину, максимальне покарання за який передбачено у виді позбавлення волі на строк до п'яти років. Тоді як за ст. 405 КК України ці дії є злочином, учиненим з особливо кваліфікуючими ознаками і покарання згідно із санкцією ч. 4 цієї статті передбачено у виді позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років.

Окрім того, законодавець Республіки Узбекистан передбачив за ст. 282 КК, що погроза начальнику буде кваліфікуватися як злочин «у разі наявності достатніх підстав побоюватися здійснення цієї погрози», тоді як за ст. 405 КК України така умова не передбачена. Зазначена умова дає підстави стверджувати, що за диспозицією ст. 282 КК Республіки Узбекистан злочином «погроза начальнику» будуть кваліфікуватися не всі, а лише реальні погрози, тоді як за ст. 405 КК України вказана підстава відсутня, хоча у слідчій і судовій діяльності на території України реальність погрози начальнику обов'язково враховується, як під час кваліфікації вчиненого, так і під час винесення судом покарання.

Окремою ст. 283 «Нанесення тілесних ушкоджень» КК Республіки Узбекистан, яка має 3-и частини, передбачена кримінальна відповідальність підлеглих за нанесення тілесних ушкоджень начальнику у виді побоїв, легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень у зв'язку з виконанням потерпілим обов'язків із військової служби або під час виконання цих обов'язків.

Висновки. Проведений порівняльно-правовий аналіз злочину «погроза або насильство щодо начальника», передбачений ст. 405 КК України, зі схожими за змістом правовими нормами кримінального законодавства 15 держав світу висвітлює низку актуальних аспектів для таких висновків:

1. З усього переліку проаналізованих КК лише у ст. 405 «Погроза або насильство щодо начальника» КК України законодавцем передбачена кримінальна відповідальність за погрозу «знищення чи пошкодження його майна у зв'язку з виконанням ним обов'язків з військової служби». І лише Пенітенціарний кодекс Естонської Республіки у ст. ст. 434–435 передбачає кримінальну відповідальність за погрозу або насильство щодо члена сім'ї особи, яка перебуває на службі в Силах оборони.

2. Потерпілим від погроз або насильства від підлеглих може бути не лише начальник, але і командир, під яким варто розуміти «особу, яка на

правових підставах уповноважена здійснювати командування та контроль над однією, декількома чи багатьма підлеглими особами».

3. Кримінальна відповідальність підлеглих командира або начальника військовослужбовців за погрозу або насильство щодо них має наставати не лише під час виконання командирами і начальниками всіх рівнів обов'язків із військової служби, але й «у зв'язку з виконанням ними цих обов'язків».

4. З метою посилення кримінальної відповідальності, зважаючи на суспільно небезпечний чинник для військового правопорядку вчинення погрози або насильства щодо командира або начальника, результатом якого є нанесення потерпілому тяжких наслідків фізичного або матеріального характеру, повторності їх учинення, доповнити ч. 4 ст. 405 КК України такими особливо кваліфікуючими обставинами, як: «що спричинили тяжкі наслідки», «учинені повторно».

5. Образа або наклеп підлеглому щодо командира або начальника словами, жестами, письмово тощо з метою спричинити шкоду його честі або гідності має передбачати не лише дисциплінарну, але й адміністративну відповідальність як за вчинення військового адміністративного правопорушення.

Список використаної літератури:

1. Уголовный кодекс Азербайджанской Республики от 30.12.1999 г. № 787-IQ (с изменениями от 31.05.2016). URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30420353
2. Уголовный кодекс Республики Беларусь от 09.07.1999 г. № 275-3 (с изменениями от 24.10.2014). URL: kodeksy-by.com/ugolovnyj-kodeks-rb/download.htm
3. Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України : Закон України від 24.03.1999 р. № 548–XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 22–23. Ст. 194.
4. Уголовный кодекс Республики Болгарии / науч. ред. А.И. Лукашова. Пер. с болг. Д.В. Милушева, А.И. Лукашова ; вступ. статья Й.И. Айдарова. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2001. 298 с.
5. Пенитенциарный кодекс Эстонской Республики от 06.06.2001 г. (с изменениями от 01.11.2017). URL: http://www.legislationonline.org/download/action/download/id/4707/file/Estonia_Penal_Code_am2013_en.pdf
6. Уголовный кодекс Республики Казахстан от 03.07.2014 г. № 226–V-ЗРК (с изменениями и дополнениями по состоянию на 01.01.2018 г.). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575252
7. Уголовный кодекс Кыргызской Республики от 01.10.1997 г. № 68 (с изменениями и дополнениями по состоянию на 02.03.2017 г.). URL: http://online.adviser.kg/Document/?link_id=1000871624
8. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341–III / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № № 25–26. Ст. 131.

9. Уголовный кодекс Латвийской Республики / науч. ред. и вступ. статья А.И. Лукашова, Э.А. Саркисовой. Перевод с латыш. А.И. Лукашова. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2001. 313 с.

10. Уголовный кодекс Литовской республики / науч. ред. В. Павилониса ; предисл. Н.И. Мацнева ; вступ. статья В. Павилониса, А. Абрамовичюса, А. Дракшене ; пер. с лит. В.П. Казанскене. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2003. 470 с.

11. Уголовный кодекс Республики Молдова от 18.04.2002 г. (с изменениями от 09.04.2015). *Сайт Міністерства юстиції Республіки Молдова*. URL: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=331268&lang=2>

12. Військово-кримінальний закон Федеративної Республіки Німеччини від 30.03.1957 р. у редакції від 24.05.1974 р. *Wehrstrafgesetz*. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/wstrg/index.html>

13. Карпенко М.І. Військові злочини: питання теорії, законодавства і практики : монографія. Київ : ЗВО «Національна академія управління», 2019. 458 с.

14. Карний кодекс Республіки Польща / наук. ред. П.С. Берзіна ; пер. з польської Г.В. Бормецької. Київ : Ваіте, 2015. 172 с.

15. Уголовный кодекс Российской Федерации от 24.05.1996 г. (с изменениями от 20.12.2017). *Уголовный кодекс РФ* : информационный портал. URL: www.ug-kodeks.ru/doc/ug-kodeks.doc

16. Ахметшин Х.М. Преступления против военной службы (Военно-уголовное законодательство Российской Федерации). *Научно-практический комментарий Уголовного кодекса Российской Федерации*. Москва, 1999. 197 с.

17. Уголовный кодекс Туркменистана в редакции от 10.05.2010 г. № 104–IV (с изменениями и дополнениями, внесенными по состоянию на 01.11.2017 года). *Сайт Министерства адалат Туркменистана*. URL: http://minijust.gov.tm/ru/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=8091

18. Uniform Code of Military Justice, 1951. URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/10/subtitle-A/part-II/chapter-47> ; MANUAL FOR COURTS-MARTIAL UNITED STATES (2000 EDITION) / The 2000 Edition of the MCM is a complete revision incorporating all Executive Orders (1984 MCM, Changes 1–7, and 1995, 1998, and 1999 Amendments). Copies of each Executive Order can be found in Appendix 25, page IV–1– IV–126.

19. Уголовный кодекс Республики Узбекистан 1994 г. (с изменениями от 20.08.2015). *Національна база даних законодавства Республіки Узбекистан Центра правової інформатизації при Міністерстві юстиції Республіки Узбекистан*. URL: http://lex.uz/pages/getpage.aspx?lact_id=111457

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРКУ

ФЕРЬЄВА Наталія Петрівна – аспірантка кафедри кримінального права, кримінології, цивільного та господарського права ЗВО «Національна академія управління», завідувач сектору організаційно-протокольного забезпечення заходів суду (посада), Верховний Суд, Касаційний цивільний суд у складі Верховного Суду, м. Київ;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
 FERIEVA Natalia Petrivna – Postgraduate Student at the Department of Criminal Law, Criminology, Civil and State Law of the National Academy of Management, Head of the Department of Organizational and Protocol Support of the Court Measures of the Civil Court of Cassation within the Supreme Court of Kyiv;
natapack@ukr.net

Уголовный процесс, криминалистика

УДК 34.343.14

ОСОБЕННОСТИ ФИКСАЦИИ КОНТРОЛЯ ЗА СОВЕРШЕНИЕМ ПРЕСТУПЛЕНИЯ В ПРОЦЕДУРАЛЬНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ УКРАИНЫ

Александр БАБИКОВ,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры уголовного права и процесса
Киевского университета права Национальной академии наук Украины,
адвокат

АННОТАЦИЯ

Предметом исследования автора являются вопросы, связанные с принятием процессуальных решений и проведением контроля за совершением преступления, фиксацией этих процессуальных действий.

На основе анализа источников законодательства и судебной практики определены наиболее важные требования к постановлениям и протоколам о результатах проведения контроля за совершением преступлений. Приведены судебные решения, в которых указываются существенные нарушения норм уголовного процессуального законодательства во время организации и проведения контроля за совершением преступления.

Отдельно рассмотрены вопросы, связанные с использованием конфиденциального сотрудничества с лицами, которые привлекаются к проведению этой разновидности негласных следственных действий. Проанализированы правовые основания и условия негласного сотрудничества, а также вопросы, связанный с использованием специальных имитационных и заранее идентифицированных средств.

Ключевые слова: уголовный процесс, негласные следственные розыскные действия, формы фиксации, контроль за совершением преступления, негласное сотрудничество, имитационные средства, заранее идентифицированные средства, недопустимые доказательства.

FEATURES OF FIXATION OF CONTROL OVER COMMISSION OF A CRIME IN THE PROCEDURAL LEGISLATION OF UKRAINE

Aleksandr BABIKOV,
Candidate of Legal Sciences,
Associate Professor at the Department of Criminal Law and the Process
Kiev University of Law of the National Academy of Sciences of Ukraine,
Lawyer

SUMMARY

The subject of the author's research is the issues related to the adoption of procedural decisions and control over the commission of a crime, the fixation of these procedural actions.

Based on an analysis of the sources of legislation and judicial practice, the most important requirements for decisions and protocols on the results of monitoring the commission of crimes have been identified. Court decisions are given, which indicate significant violations of the norms of criminal procedural legislation during the organization and control of the commission of a crime.

Issues related to the use of confidential cooperation with persons who are involved in this type of covert investigative actions are considered separately. The legal grounds and conditions for tacit cooperation, as well as issues related to the use of special imitation and previously identified means, are analyzed.

Key words: criminal procedure, covert investigative search actions, forms of fixation, control over commission of crime, covert cooperation, imitation means, pre-identified means, inadmissible evidence.

CARACTERISTICILE STABILIRII CONTROLULUI ASUPRA SĂVÂRȘIRII UNEI INFRAȚIUNI ÎN LEGISLAȚIA PROCESUALĂ A UCRAINEI

REZUMAT

Subiectul cercetării autorului îl constituie aspectele legate de adoptarea hotărârilor procesuale și controlul asupra săvârșirii unei infracțiuni, fixarea acestor acțiuni procesuale.

Pe baza unei analize a surselor legislației și practicii judiciare, au fost identificate cele mai importante cerințe pentru deciziile și protocoalele privind rezultatele monitorizării săvârșirii infracțiunilor. Se dau hotărâri judecătorești care indică încălcări semnificative ale normelor legislației procesuale penale în timpul organizării și controlului săvârșirii unei infracțiuni.

Problemele legate de utilizarea cooperării confidențiale cu persoanele care sunt implicate în acest tip de acțiuni secrete de investigație sunt luate în considerare separat. Sunt analizate temeiurile legale și condițiile cooperării tacite, precum și aspecte legate de utilizarea imitației speciale și a mijloacelor identificate anterior.

Cuvinte cheie: procedură penală, acțiuni de cercetare sub acoperire, forme de fixare, control asupra săvârșirii unei infracțiuni, cooperare sub acoperire, mijloace de imitare, mijloace preidentificate, probe inadmisibile.

Постановка проблемы. С принятием в 2012 г. в новой редакции Уголовного процессуального кодекса Украины [1] следственные и судебные органы столкнулись с рядом новшеств, правовая регламентация которых, и в первую очередь это касается проведения негласных следственных разыскных действий (далее – НС(Р)Д), ранее отсутствовала, или они регламентировались ведомственными нормативными актами с ограниченным доступом.

Этим Законом впервые формы негласного получения информации были представлены для ознакомления широкой общественности, установлены основные требования к их проведению, а также гарантии защиты неприкосновенности лица, в том числе и особенности судебного контроля за их проведением и использованием в уголовном процессе.

В то же время новизна и закрытость информации о методах проведения НС(Р)Д, и в первую очередь это касается именно контроля за совершением преступления, привели к неоднозначным и порой противоречивым решениям органов досудебного расследования, а также разнообразной судебной практике при оценке результатов этих следственных действий.

Актуальность темы исследования обусловлена тем, что при фиксации процессуального решения о проведении НС(Р)Д необходимо принимать во внимание как специальные нормы, установленные в ст. ст. 251, 271 Уголовного процессуального кодекса (далее – УПК) для НС(Р)Д, так и общие для постановлений, установленные в ст. 110 УПК Украины, и учитывать особенности конкретных форм НС(Р)Д, а также требования Закона Украины «О государственной тайне» [2]. Аналогично в законодательстве установлены, а судебной практикой выработаны определенные требования и к составлению протоколов о результатах проведения не-

гласных следственных (разыскных) действий, в том числе и протоколов, выступающих как составной элемент контроля за совершением преступления: осмотра и вручения заранее идентифицированных средств, использования имитационных средств, привлечения лиц к негласному сотрудничеству с разъяснением их прав и обязанностей в уголовном процессе. В то же время значительная часть вопросов, связанных с фиксацией контроля за совершением преступления, остается дискуссионной.

Научный анализ проблем правового регулирования вопросов, связанных с организацией и проведением контроля за совершением преступления, был предметом исследований многих отечественных ученых, среди которых О.В. Каплина, А.Е. Омельченко, А.В. Савченко, В.Л. Соколкин, Н.И. Хавронюк и другие. Верховным Судом и Высшим антикоррупционным судом проведены обобщения судебной практики по этим вопросам с анализом дел, в которых результаты НС(Р)Д признавались недопустимыми доказательствами. В то же время причины признания недопустимыми доказательств, полученных в результате контроля за совершением преступлений в случаях неправильной фиксации процессуальных действий, изучены недостаточно.

Целью статьи является исследование проблем правового регулирования фиксации процессуальных действий при проведении контроля за совершением преступлений, выработка основных (обобщенных) требований к постановлениям и протоколам контроля за совершением преступления с целью повышения эффективности этих мероприятий, поиск решений проблемных вопросов.

Изложение основного материала. Контроль за совершением преступления является одним из наиболее важных инструментов доказывания преступлений, связанных с незаконным оборотом

наркотических средств, оружия и боеприпасов, коррупционных преступлений, связанных с торговлей людьми, рядом преступлений против государственности и в военной сфере. Наряду с этим контроль за совершением преступления по своей сути граничит с провокацией преступления, что повышает требования к обоснованности и мотивированности постановлений о проведении НС(Р)Д.

Одним из главных требований к постановлению прокурора о контроле за совершением преступления, независимо от его формы: контролируемая поставка, контролируемая или оперативная закупка, специальный следственный эксперимент или имитация обстановки преступления, является обоснование прокурором со ссылкой на соответствующие данные, отсутствия провокации лица на совершение преступления.

Несоблюдение этого требования, что может выражаться как в полном игнорировании положений п. 1 ч. 7 ст. 271 УПК Украины при вынесении постановления, так и в ненадлежащем обосновании сделанных выводов об отсутствии провокации становятся поводом подвергнуть сомнению не только зафиксированные в протоколе о результатах НС(Р)Д обстоятельства, но и признавать производные от этого следственного действия доказательства недопустимыми [3].

Не менее важным при вынесении постановления о контроле за совершением преступления является исполнение требований ст. 251 УПК Украины в части отражения сведений о лице, которому поручено проведение НС(Р)Д. Это требование распространяется не только на следователя, но и на оперативных сотрудников. Если сведения о персональном участии следователей и прокуроров в расследовании уголовного производства фиксируются в соответствующих постановлениях о создании групп следователей и прокуроров, с одновременным внесением таких данных в Единый реестр досудебных расследований (далее – ЕРДР), сведения о персональном участии сотрудников оперативных и оперативно-технических подразделений ни в уголовном производстве, ни в ЕРДР не фиксируются. Это связано с тем, что оперативное подразделение, как и его сотрудники, не является ни стороной, ни участником уголовного производства, несмотря на то, что в соответствии с ч. 2 ст. 41 УПК Украины сотрудники оперативного подразделения при исполнении поручений следователя пользуются его полномочиями. Анализ указанных положений уголовного процессуального законодательства дает основания к выводу, что сотрудник оперативного подразделения приобретает полномочия следова-

теля, в том числе и в части проведения контроля за совершением преступления, лишь при наличии соответствующего поручения следователя или прокурора. Такое поручение, адресованное руководителю оперативного подразделения, с определением конкретного его исполнителя, не является достаточным основанием для участия конкретного лица в проведении НС(Р)Д, поскольку в этой части установлено специальное требование о персонализации в резолютивной части постановления прокурора данных о конкретном исполнителе контроля за совершением преступления.

Несоблюдение этого требования, указание в резолютивной части постановления вместо сведений об анкетных данных оперативных сотрудников названия оперативного подразделения, может быть также основанием для признания полученных в результате проведения этого НС(Р)Д доказательств недопустимыми [4].

Важное место занимает и вопрос привлечения к негласному сотрудничеству лиц, содействующих уголовному производству на условиях конфиденциальности, которые принимают участие в проведении НС(Р)Д. Реализация принципов диспозитивности и состязательности в уголовном процессе, гарантий его участников предполагает возможность проверить собранные доказательства. Участие такого лица в проведении следственных действий предполагает его осведомленность о наиболее важных обстоятельствах, которые были предметом досудебного расследования. Соответственно становится важным участие такого лица в судебном рассмотрении, что позволяет суду непосредственно воспринимать информацию о событиях при его допросе, в том числе и с применением мер защиты свидетеля. В то же время участие такого лица в процессуальных действиях должно предполагать, что прямо не предусмотрено УПК, информирование о процессуальных правах и обязанностях, гарантиях защиты, требованиях о неразглашении полученной информации с ограниченным доступом и других важных аспектов. Такие действия могут фиксироваться соответствующим протоколом или протоколами, являющимися неотъемлемой частью (дополнением) к протоколу контроля за совершением преступления. Такие процессуальные документы в дальнейшем также могут способствовать обеспечению участия этого лица на других этапах уголовного производства. Важность этого вопроса обусловлена тем, что неспособность стороны обвинения обеспечить явку такого лица в судебное заседание и осуществить его допрос об обстоятельствах проведения и результатах контроля за совершением преступления

может повлечь последствия в виде непризнания собранных доказательств допустимыми и оправдания обвиняемого [5].

Соблюдение требований уголовного процессуального законодательства в части обеспечения разумных сроков расследования уголовных правонарушений, а также то обстоятельство, что проведение НС(Р)Д связано с ограничением прав и свобод граждан, п. 4 ч. 1 ст. 251 УПК Украины установлены требования отражать в постановлении прокурора о проведении контроля за совершением преступления начало и длительность проведения мероприятий. Несоблюдение таких требований, по мнению Верховного Суда, при фактическом соблюдении сроков и отражении их в протоколе о результатах проведения НС(Р)Д на основании этого постановления, не является существенным нарушением требований уголовного процессуального закона и основанием для признания полученных доказательств недопустимыми [6].

Большое значение имеет и указание в постановлении о контроле за совершением преступлений сведений об использовании специальных имитационных средств. Исследуя доказательства о происхождении денежных средств, используемых оперативным подразделением во время проведения контроля за совершением преступления, суд обратил внимание на то, что сведения о выделении денежных средств для проведения НС(Р)Д в материалах уголовного производства отсутствуют. Происхождение их судом не установлено. Документы в части официального выделения денежных средств стороной обвинения не предоставлены, а заявитель категорически возражал против принадлежности этих средств ему. Указанные обстоятельства судом признаны существенными нарушениями ч. 7 ст. 271 УПК Украины [7].

Наряду с этим осуществление любых форм контроля за совершением преступления предполагает использование технических средств негласной фиксации информации, в том числе и таких, в результате которых происходит вмешательство в частное общение. В силу этого провести эффективный контроль за совершением преступления без одновременного проведения иных НС(Р)Д, таких как аудио-, видеоконтроль лица или места, снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей или электронных информационных систем, указывает на необходимость получения соответствующих разрешений следственного судьи на вмешательство в частное общение или проведение иных НС(Р)Д.

В то же время в практической деятельности возникают ситуации, когда фактически проводится кон-

троль за совершением преступления на основании решений следственного судьи о проведении аудио-, видеоконтроля лица или места, снятия информации с транспортных телекоммуникационных сетей или электронных информационных систем без вынесения уполномоченным прокурором постановления о контроле за совершением преступления.

Указанные нарушения признаются судом существенными и являются основанием для признания протоколов о проведении контроля за совершением преступления, осмотра и вручения денежных средств недопустимыми доказательствами [8].

Некоторые особенности выработаны и в части фиксации проведения контроля за совершением преступления. Исходя из положений УПК, подзаконных нормативных актов и ведомственных инструкций, наработанной судебной практики, кроме общих требований к протоколам следственных действий, в протоколе о контроле за совершением преступления подлежат фиксации следующие сведения:

1. Название с указанием конкретной формы контроля.
2. Основания его проведения – сведения о постановлении прокурора.
3. Основания к привлечению лица для участия в проведении контроля, в том числе на условиях конфиденциального сотрудничества, сведения о таком лице, возможно, с изменением анкетных данных.
4. О создании специальных имитационных средств.
5. Условия и порядок использования технических и имитационных средств.
6. Сведения о наличии разрешений на проведение других НС(Р)Д, с которыми проводится контроль за совершением преступления (аудио-, видеоконтроль лица, места, наблюдение за лицом, вещью либо местом, поиск радиоэлектронного устройства и т. д.).
7. Подпись лица, в отношении которого проводился контроль, если НС(Р)Д закончилось открытой фиксацией.
8. Сведения о зафиксированных разговорах, действиях, которые имеют значение для производства, с дословным отражением их фрагментов, точного времени их фиксации.
9. Примененные носители информации, на которые осуществлена запись процесса НС(Р)Д.
10. В дополнение к протоколу могут быть приобщены вещи и документы, образцы, полученные в процессе проведения НС(Р)Д.

В то же время для осуществления контроля за совершением преступления, связанного с незакон-

ным перемещением через территорию Украины транзитом, ввоза в Украину либо вывоза с Украины предметов, изъятых из оборота, либо иных вещей и документов протокол составляется с учетом требований международно-правовых актов.

Важность соблюдения вышеуказанных требований законодательства обусловлена тем, что их невыполнение может привести к признанию результатов НС(Р)Д недопустимыми.

Например: существенным нарушением уголовного процессуального законодательства Верховным Судом признано то обстоятельство, что контроль за совершением преступления, окончанный с открытой фиксацией и задержанием лица, вопреки требованиям ч. 4 ст. 271 УПК Украины, был составлен без участия этого лица, либо направлен прокурору для подписания через значительный промежуток времени после его составления. Такие нарушения считаются существенным ограничением права лица на защиту, соответственно, основанием к признанию доказательств недопустимыми [9; 10; 11].

Исполнение указанных требований к фиксации процессуальных решений и негласных следственных (разыскных) действий не только влияет на возможность в дальнейшем использовать полученную информацию как доказательства в уголовном производстве, но с учетом доктрины «Плод отравленного дерева» имеет непосредственное значение при оценке производных от НС(Р)Д доказательств на предмет их допустимости.

Выводы. При фиксации процессуальных решений о проведении контроля за совершением преступления, а также фиксации этого негласного следственного (разыскного) действия следователи и прокуроры должны учитывать как общие положения, установленные для процессуальных решений и протоколов в ст. ст. 110, 103–105 УПК Украины, так и особенности, регламентированные в гл. 21 УПК для НС(Р)Д, а также применять основные принципы уголовного судопроизводства, исходя из гарантий прав всех участников уголовного процесса. Уголовное процессуальное законодательство подлежит усовершенствованию в части нормативной детализации требований к проведению и фиксации НС(Р)Д, сведений, подлежащих в обязательном порядке отображению в постановлениях и протоколах, регламентации ис-

пользования и хранения технических средств и носителей информации.

Список использованной литературы:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>
2. Про державну таємницю : Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3855-12#Text>
3. Постанова ВС від 22 листопада 2018 р. у справі № 263/6618/15-к. URL: <https://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Огляд%20судової%20практики%20ВС.pdf>
4. Постанова ВС від 6 листопада 2019 р. у справі № 748/3070/15-к. URL: https://zib.com.ua/ua/133529-vs_zrobiv_visnovok_schodo_nedopustimosti_dokaziv.html
5. Постанова від 1 липня 2020 р. у справі № 643/10749/14-к. URL: https://zakon.cc/court/document/read/90202735_83d94e09
6. Постанова ВС від 15 жовтня 2020 р. у справі № 225/1952/17. URL: <https://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Огляд%20судової%20практики%20ВС.pdf>
7. Постанова ВС від 27 січня 2021 р. у справі № 499/108/18. URL: https://zakon.cc/court/document/read/94553292_08dd7b91
8. Постанова ВС від 27 лютого 2019 р. у справі № 753/19835/14-к. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/80183442>
9. Постанова ВС від 16 вересня 2020 р. у справі № 335/9433/17. URL: <https://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Огляд%20судової%20практики%20ВС.pdf>
10. Постанова ВС від 5 серпня 2020 р. у справі № 700/361/17. URL: https://zakon.cc/court/document/read/90906016_202fd2d7
11. Постанова ВС від 18 грудня 2019 р. у справі № 588/1199/16-к. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/86505861>

ІНФОРМАЦІЯ ОБ АВТОРЕ

БАБИКОВ Александр Петрович – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и процесса Киевского университета права Национальной академии наук Украины, адвокат;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
BABIKOV Aleksandr Petrovich – Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Department of Criminal Law and Procedure of the Kiev University of Law of the National Academy of Sciences of Ukraine, lawyer;
babikov672@gmail.com

УДК 477

ВЗЯТТЯ ПІД ВАРТУ ЯК ЗАПОБІЖНИЙ ЗАХІД У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Олена ГАРАСИМІВ,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Львівського державного університету внутрішніх справ

Олена РЯШКО,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Львівського державного університету внутрішніх справ

АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена важливим питанням застосування запобіжного заходу взяття під варту у кримінальному провадженні. Наведено підстави застосування тримання під вартою. Особливу увагу приділено клопотанню слідчого, прокурора про застосування взяття під варту, що подається слідчому судді. Розглянуто поняття та суть заходу забезпечення кримінального провадження у вигляді тримання під вартою. Висвітлено основні аспекти забезпечення процесуальних гарантій прав, свобод і законних інтересів особи під час обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою у кримінальному провадженні. Досліджено теоретичні та практичні проблемні моменти, що виникають у разі застосування у кримінальному провадженні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.

Ключові слова: кримінальне провадження, взяття під варту, ризики, слідчий суддя, прокурор.

DETENTION AS A PREVENTIVE MEASURE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Olena GARASIMIV,

PhD in Law, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Criminal Procedure and Criminology
Lviv State University of Internal Affairs

Olena RYASHKO,

PhD in Law, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Criminal Procedure and Criminology
Lviv State University of Internal Affairs

SUMMARY

The scope of precautionary measures in criminal proceedings in general, and detention in particular as the most severe of them, has always been and remains one of the most controversial and problematic. This is due to the fact that detention is accompanied by the use of coercion and, accordingly, has a restrictive character. At the same time, according to the analysis of investigative and judicial practice, certain difficulties arise during the application of detention, caused by ambiguity of legal understanding and contradiction of the norms of the CPC of Ukraine. This clearly confirms the need to further intensify scientific research to improve existing legislation in order to increase the effectiveness of its enforcement on the issue.

Key words: criminal proceedings, detention, risks, investigating judge, prosecutor.

REȚINEREA CA MĂSURĂ ASIGURĂTORIE ÎN PROCESUL PENAL

REZUMAT

Articolul este consacrat unor probleme importante de aplicare a unei măsuri preventive a reținerii în procesul penal. Sunt date motivele pentru utilizarea detenției. O atenție deosebită se acordă cererii anchetatorului, procuror pentru aplicarea reținerii, înaintată judecătorului de instrucție. Se are în vedere conceptul și esența măsurii de asigurare a procesului penal sub formă de detenție. Sunt evidențiate principalele aspecte ale asigurării garanțiilor procedurale ale drepturilor, libertăților

și intereselor legitime ale unei persoane în timpul alegerii unei măsuri de restrângere sub forma reținerii în procesul penal. Au fost studiate aspecte problematice teoretice și practice care apar în cazul aplicării unei măsuri de reținere sub forma reținerii în procesul penal.

Cuvinte cheie: proces penal, detenție, riscuri, judecător de instrucție, procuror.

Постановка проблеми. Однією з найбільш проблем у кримінальному провадженні було та залишається призначення та застосування запобіжних заходів, під час яких непоодинокими є випадки порушення прав людини. У цьому аспекті саме інститут запобіжних заходів залишається дієвим засобом забезпечення основних засад кримінального процесу щодо підозрюваних і обвинувачених осіб. Конституція України гарантує кожному громадянину право на свободу й особисту недоторканність. Заарештовувати або тримати під вартою особу можна лише за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, що встановлені законом.

З метою запобігання вчиненню кримінального правопорушення чи негайного його припинення як тимчасовий запобіжний захід може застосовуватися затримання особи, обґрунтованість якого протягом 72 годин повинен перевірити суд.

Загалом запобіжні заходи у кримінальному провадженні мають неабияке значення, оскільки саме завдяки їм залишається велика можливість гарантії встановлення об'єктивної істини та покарання винних осіб.

У контексті вищезазначеного тримання під вартою залишається найбільш суворим запобіжним заходом, який суттєво обмежує одне з найбільш значущих конституційних прав людини – право на свободу й особисту недоторканність. Саме тому йому приділяється підвищена увага та саме тому воно обмежується лише за умови безсумнівного дотримання критеріїв розумності, доцільності й об'єктивності.

Одним із важливих питань сучасного внутрішньодержавного життя України є організація та діяльність вітчизняного кримінального процесу. В умовах орієнтації зовнішньої та внутрішньої політики країни на досягнення загальносвітових стандартів правосуддя надзвичайно актуальним є питання функціонування всіх складових частин кримінального судочинства, а на особливу увагу мають заслуговувати запобіжні заходи, оскільки вони відіграють значну роль під час проведення досудового розслідування. Правильно та логічно обґрунтовано обрані запобіжні заходи дозволяють не тільки запобігти ухиленню особи від проведення повного та всебічного кримінального провадження, а й забезпечити постановлення законного судового рішення загалом.

Запобіжні заходи можуть також змінюватися в застосуванні під впливом рішень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), оскільки дотримання його рішень є обов'язковим для України. Так, одним із класичним прикладів є справа «Охріменко проти України», у якій запобіжний захід взяття під варту застосували до обвинуваченого в умисному вбивстві, який уже на момент затримання мав четверту стадію раку нирок із метастазами в легенях, тобто страждав від нестримного болю і майже був нерухливим. Рішення суддів ЄСПЛ показало, що застосування такого суворого запобіжного заходу до особи, яка не є суспільно небезпечною, її фізична неспроможність не може перешкоджати встановленню істини у справі, є неприпустимим і становить порушення прав і свобод людини та громадянина [1].

Запобіжні заходи у кримінальному процесі відіграють важливу роль, тому що завдяки цим заходам є можливість гарантувати те, що істина буде встановлена, а винна особа буде покарана. Якщо є підстави вважати, що підозрюваний, обвинувачений або підсудний можуть уникнути слідства та суду або будуть заважати встановленню істини щодо справи, то застосуванням запобіжних заходів можна запобігти цьому. Тримання під вартою є найбільш суворим запобіжним заходом, який суттєво обмежує конституційне право людини на свободу й особисту недоторканність. Будучи природним, воно має бути забезпечене підвищеним захистом у сфері кримінального судочинства, а тому й може бути обмежене лише за дотримання загальноправових принципів, виходячи із критеріїв розумності й об'єктивності.

Питання, що стосується застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, досліджували такі науковці, як: О.В. Авраменко, В.Г. Гончаренко, Ю.М. Грошевий, Л.М. Лобойко, М.І. Карпенко, О.М. Коріняк, В.Т. Маляренко, Є.І. Макаренко, О.Ю. Татаров, В.Я. Тацій, О.І. Тищенко, В.І. Фаринник.

Метою статті є спроба проаналізувати основні проблемні питання застосування взяття під варту як запобіжного заходу у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Обрання запобіжного заходу взяття під варту передбачає:

– внесення до суду клопотання про обрання запобіжного заходу;

- ухвалення рішення про обрання запобіжного заходу та його оформлення;
- доведення рішення до відповідних осіб та складання необхідних документів;
- ужиття необхідних додаткових заходів, які впливають із суті обраного запобіжного заходу.

Клопотання слідчого, прокурора до слідчого судді про взяття під варту має бути належною мірою обґрунтовано, по-перше, доказами вчинення відповідною особою злочину, по-друге, доказами, що дають підстави вважати, що підозрюваний, обвинувачений, перебуваючи на волі, знищить чи підробить речі і документи, які мають суттєве значення для досудового розслідування, або незаконними засобами впливатиме на свідків та інших учасників кримінального провадження або протиправно перешкоджатиме кримінальному провадженню іншим чином чи вчинить новий злочин, по-третє, доказами неможливості запобігання ризикам, зазначеним у ст. 177 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України та названим у клопотанні, шляхом застосування більш м'яких запобіжних заходів [2].

Відповідно до ч. 1 ст. 177 КПК метою застосування запобіжного заходу є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам: 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; 2) знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; 3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста в цьому ж кримінальному провадженні; 4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; 5) вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується.

Під час застосування запобіжних заходів з огляду на обґрунтованість їх застосування підлягають вирішенню як мінімум два питання: чи є необхідність у застосуванні до підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу? Якщо так, то який саме вид запобіжного заходу із числа визначених у КПК України варто застосувати в конкретному випадку? Отже, мета доказування під час обрання запобіжних заходів полягає в послідовному встановленні загальних і спеціальних підстав для їх застосування: загальних підстав для застосування запобіжних заходів, спеціальних підстав для застосування запобіжного заходу конкретного виду. Із процесом встановлення підстав для застосування запобіжних заходів тісно пов'язане питання ролі

обставин, що враховуються під час обрання запобіжного заходу, передбачених ст. 178 КПК України. До таких обставин законодавець відносить вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення; тяжкість покарання, що загрожує відповідній особі в разі визнання підозрюваного, обвинуваченого винуватим у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється, обвинувачується; вік та стан здоров'я підозрюваного, обвинуваченого, інші обставини [3, с. 359].

Підставою для застосування запобіжного заходу є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а також наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, зазначені вище. Слідчий, прокурор не мають права ініціювати застосування запобіжного заходу без наявності для цього підстав, передбачених КПК України. За результатами судового розгляду клопотання слідчого, погодженого із прокурором, або клопотання прокурора слідчий суддя постановляє ухвалу про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або відмову в його застосуванні, яка відповідно до ст. 309 КПК України підлягає апеляційному оскарженню [4, с. 55].

У переважній кількості випадків суди (слідчі судді) обґрунтовують застосування щодо особи тримання під вартою таким способом. У мотивувальній частині ухвали вони цитують положення відповідних статей із § 1 гл. 18 КПК України, якими варто керуватися під час обрання запобіжного заходу, та посилаються на правові позиції ЄСПЛ або цитують його рішення щодо необхідних підстав для застосування цього запобіжного заходу, без прив'язки до конкретного випадку, що розглядається. Після цього суд (суддя) перелічує визначені у ст. 177 КПК України ризики (втечі, знищення доказів, рецидиву злочинів тощо), інші обставини, які мають враховуватися під час обрання запобіжного заходу [5, с. 114].

Саме в такому значенні варто розуміти ризики, перелічені в ч. 1 ст. 177 КПК України, а саме: переховування від органів досудового розслідування та (або) суду; знищення, переховування або спотворення будь-якої з речей чи будь-якого документа, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; незаконний вплив на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста в цьому ж кримінальному провадженні; перешкоджання кримінальному провадженню іншим чином; учинення іншого кримінального правопорушення

чи продовження кримінального правопорушення, у якому особа підозрюється, обвинувачується.

Непоодинокими бувають випадки неправильного оцінювання слідчими суддями ризиків, що передбачені ст. 177 КПК України, та врахування обставин, що беруться до уваги в разі обрання запобіжного заходу, передбачених ст. 178 КПК України. Унаслідок цього необґрунтовано та недоцільно застосовуються більш суворі запобіжні заходи. Також нерідко в обґрунтування слідчими суддями покладаються факти, які не є джерелами доказів, цьому також сприяють дії органів досудового розслідування, які не завжди правильно обґрунтовують клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту згідно з вимогами КПК України.

Отже, ухвала слідчого судді про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою має комплексний зміст і, по суті, включає два рішення – перше з них безпосередньо стосується вирішення питання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою; друге – щодо визначення розміру застави, достатньої, на думку слідчого судді, для забезпечення виконання процесуальних обов'язків підозрюваного (або, з огляду на наявність обставин, передбачених ч. 4 ст. 183 КПК України, про незастосування застави як можливої альтернативи тримання під вартою).

Варто враховувати положення ч. 3 ст. 176 КПК. Слідчий суддя, суд відмовляє в застосуванні запобіжного заходу, якщо слідчий, прокурор не доведе, що встановлені під час розгляду клопотання про застосування запобіжних заходів обставини є достатніми для переконання, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів, передбачених ч. 1 ст. 176 КПК, не може запобігти доведеним під час розгляду ризику або ризикам.

З аналізу даного положення випливає, що прокурор повинен довести слідчому судді, суду, що встановлені під час розгляду клопотання про застосування запобіжних заходів обставини є достатніми для переконання, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не може запобігти доведеним під час розгляду ризику або ризикам. Звідси слідчий суддя, суд повинні оцінити вид запобіжного заходу на основі двох складових частин: наведених обставин і доведених ризиків [6].

Л.М. Лобойко й О.А. Банчук виокремлюють дві складові частини, які містять підстави застосування тримання під вартою: матеріально-правову: наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення; процесуальну: наявність ризиків, які дають досить підстав слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обви-

нувачений, засуджений можуть здійснити дії, що зашкодять інтересам розслідування та/або судового розгляду кримінальної справи [7, с. 134].

Натепер із цього питання в положенні п. 4 ч. 1 ст. 184 КПК України закріплено, що у клопотанні про застосування запобіжного заходу слідчий, прокурор зобов'язаний посилатися на один або декілька ризиків, у зв'язку із чим останній повинен викласти обставини, на підставі яких він дійшов висновку про наявність ризиків, з конкретними посиланнями на матеріали, що підтверджують викладені обставини. Порівняно із КПК 1960 р. чинний КПК України встановлює жорсткіші гарантії забезпечення прав і свобод людини. Із цим на практиці виникають проблеми, оскільки слідчий, прокурор у клопотанні про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою зобов'язані вказати посилання на один або кілька ризиків, зазначених у ст. 177 КПК України, викласти обставини, на підставі яких дійшли висновку про наявність одного або кількох ризиків, зазначених у клопотанні, і посилання на матеріали, що підтверджують ці обставини, обґрунтувати неможливість запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні, шляхом застосування більш м'яких запобіжних заходів, надати докази, які свідчать про наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення [8, с. 297].

Підстави щодо застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою з теоретичного погляду варто розглядати як факти, з якими пов'язується виникнення права в уповноважених КПК України осіб на обмеження в межах кримінального провадження конституційного права підозрюваного, обвинуваченого на свободу й особисту недоторканність шляхом застосування тримання під вартою [9, с. 51].

Висновки. У разі обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою слідчий суддя, суд зобов'язані дослідити всі матеріали кримінального провадження, надані слідчим, прокурором для підтвердження або скасування викладених у клопотанні доказів. Найпоширенішими проблемами, які виникають у разі застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, є нерозуміння слідчим доцільності застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, порушення розумності строків у кримінальних провадженнях стосовно осіб, яких тримають під вартою; невизначеність тривалості розгляду слідчим суддею, судом матеріалів кримінального провадження.

Чинний КПК України передбачає наявність обов'язкового існування обґрунтованої підозри у

вчиненні особою кримінального правопорушення. Проте на практиці виникає проблема, яка полягає у встановленні того, чи є доцільним під час застосування до особи тримання під вартою збирання доказів вчинення нею кримінального правопорушення, чи ж досить лише довести наявність ризиків, що передбачають обрання певного виду запобіжного заходу.

Сфера застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні загалом і тримання під вартою як найсуворішого з них зокрема завжди була і залишається однією з найбільш суперечливих і проблемних. Зумовлено це тим, що тримання під вартою супроводжується застосуванням примусу, отже, має правообмежувальний характер.

Як свідчить аналіз слідчої та судової практики, під час застосування тримання під вартою виникають певні труднощі, спричинені неоднозначністю праворозуміння та суперечністю норм КПК України. Це наочно підтверджує необхідність подальшої активізації наукових пошуків щодо вдосконалення чинного законодавства з метою підвищення ефективності його правозастосування з дослідженого питання.

Список використаної літератури:

1. Справа «Охріменко проти України». Рішення Європейського суду з прав людини. 2009. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_524.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
3. Чучман О.І. Питання щодо особливостей доказування під час обрання запобіжних заходів. *Кримінальне судочинство: сучасний стан та перспективи розвитку* : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Київ, 28 травня 2021 р. С. 358–360.
4. Шаренко С.Л., Шило О.Г. Запобіжний захід у вигляді тримання під вартою: проблеми правового регулювання і правозастосування. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 1. С. 50–57.

5. Рогатинська Н.З. Деякі особливості застосування взяття під варту як запобіжний захід у кримінальному провадженні. *Актуальні проблеми правознавства*. 2017. Вип. 2 (10). С. 112–115.

6. Шепель А. Тримання під вартою як винятковий запобіжний захід: підстави застосування. *ЛОГОС. ОНЛАЙН*. 2020. URL: <https://ojs.ukrlgos.in.ua/index.php/2663-4139/article/view/1411>.

7. Лобойко Л.М., Банчук О.А. Кримінальний процес. Київ : Ваіте, 2014. 280 с.

8. Хитра А.Я., Дащак Я.О. Застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2016. № 3. С. 292–302.

9. Дерев'янюк М.І. Підстави застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 3. С. 49–55.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРІВ

ГАРАСИМІВ Олена Іванівна – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики Львівського державного університету внутрішніх справ;
РЯШКО Олена Василівна – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики Львівського державного університету внутрішніх справ;

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

GARASYMIV Olena Ivanivna – PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Criminal Procedure and Criminology, Lviv State University of Internal Affairs;
RYASHKO Olena Vasylivna – PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Criminal Procedure and Criminology, Lviv State University of Internal Affairs;
olena_ryashko@ukr.net

УДК 343.152(477)

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СТАТУСУ ЗАСУДЖЕНОГО У КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ ЧАСІВ РАДЯНСЬКОЇ ДОБИ

Леся СТРЕЛЬБИЦЬКА,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри державно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту права імені Іоаннікія Малиновського
Національного університету «Острозька академія»

АНОТАЦІЯ

У статті розглядаються окремі етапи правового регулювання статусу «засудженого» у кримінально-процесуальному законодавстві України часів радянської доби крізь призму Кримінально-процесуальних кодексів 1922, 1927 та 1960 років. У Кримінально-процесуальному кодексі 1922 року не було визначено поняття засудженого, хоча термін «засуджений» згадувався в деяких статтях. Також даним законом не було встановлено чіткий момент, з якого особа набувала статусу засудженого. Кримінально-процесуальний кодекс 1927 року також не визначав окремо поняття «засудженого», сам термін «засуджений» уживався в тексті Кодексу досить рідко, більше в ньому вживається поняття «підсудний». Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 року не давав чіткого поняття засудженого, не визначав комплексу його прав, обов'язків та відповідальності. Проте особа засудженого фігурувала в Кодексі на стадіях апеляційного та касаційного провадження, на стадії перегляду справи Верховним Судом України та на стадії перегляду справи за нововиявленими обставинами. Процесуальний статусу засудженого було зазначено у главі 28 «Постановлення вироку».

Ключові слова: засуджений, інститут, генеза, процесуальний статус, підсудний, вирок, Кримінально-процесуальний кодекс.

THE LEGAL REGULATION OF THE STATUS OF A CONVICT IN CRIMINAL PROCEDURE LEGISLATION OF THE SOVIET PERIOD

Lesia STRELBITSKA,
Candidate of Law Sciences,
Associate Professor at the Department of State and Legal Disciplines
I. Malynovsky Institute of Law of the National University of "Ostroh Academy"

SUMMARY

Some aspects of the legal regulation of the status of a convict in criminal procedure legislation of Ukraine of the Soviet period are viewed in the article through the prism of the Criminal Procedure Codes of 1922, 1927 and 1960. In the Criminal Procedure Code of 1922 the definition of a convict was not given, although the term "convict" was mentioned in some articles. Moreover, that law did not stipulate the definite moment when a person got the status of a convict. The Criminal Procedure Code of 1927 did not give a separate definition of a convict either. That term was rarely used in the Code, more often the term "defendant" was used. The Criminal Procedure Code of Ukraine of December 28, 1960 did not give a clear definition of a convict, did not stipulate a range of his / her rights, duties, and liability. However, a convict appeared in the Code on the stages of appeal and cassation proceedings, hearing of the case by the Supreme Court of Ukraine, and case review according to newly revealed circumstances. The procedural status of a convict was mentioned in the Chapter 28 "Passing a Sentence".

Key words: convict, institute, genesis, procedural status, defendant, sentence, Criminal Procedure Code.

REGLEMENTAREA LEGALĂ A STATUTULUI UNUI CONDAMNAT ÎN LEGISLAȚIA DE PROCEDURĂ PENALĂ A UCRAINEI ÎN PERIOADA SOVIETICĂ

REZUMAT

Articolul are în vedere unele etape ale reglementării juridice a statutului de „condamnat” în legislația de procedură penală a Ucrainei în perioada sovietică prin prisma Codurilor de procedură penală din 1922, 1927 și 1960. Codul de procedură

penală din 1922 nu a definit conceptul de condamnat, deși termenul de „condamnat” a fost menționat în unele articole. De asemenea, această lege nu a stabilit un moment clar de la care o persoană a dobândit calitatea de condamnat. Nici Codul de procedură penală din 1927 nu a definit conceptul de „condamnat”, însuși termenul „condamnat” a fost folosit destul de rar în textul Codului, se folosește mai mult termenul „inculpat”. Codul de procedură penală al Ucrainei din 28 decembrie 1960 nu a oferit o concepție clară a condamnatului, nu a definit complexul drepturilor, îndatoririlor și responsabilităților acestuia. Cu toate acestea, persoana condamnatului a apărut în Cod în fazele procedurii de recurs și de casare, în faza de revizuire a cauzei de către Curtea Supremă a Ucrainei și în faza de revizuire a cauzei pe circumstanțe nou descoperite. Starea procesuală a condamnatului a fost precizată la capitolul 28 „Condamnarea”.

Cuvinte cheie: *condamnat, institut, geneza, stare procesuala, inculpat, sentinta, Cod de procedura penala.*

Постановка проблеми. Правове регулювання інституту засудженого у кримінальному процесі України пройшло складний і довготривалий шлях. Генезис статусу цього учасника кримінального провадження багато в чому детермінований особливостями державного устрою та суспільного ладу, які існували на території України в різні часи. Уперше процесуальний статус засудженого був врегульований лише в радянський період, у кримінально-процесуальних кодексах 1922, 1927 та 1960 рр., де він набуває досконалішого правового регулювання.

Актуальність теми дослідження полягає в тому, що українська держава формувалась упродовж багатьох століть у складних історичних та соціально-економічних умовах. Регулювання статусу засудженого у кримінальному провадженні України пройшло складний шлях від часів Київської Русі до сьогодення. У кримінально-процесуальних кодексах радянської доби 1922, 1927 та 1960 рр. засуджений фігурує у провадженнях, але чіткого поняття особи «засудженого» дані закони не давали, не визначали комплексно його процесуальний статус.

Генезу процесуального статусу засудженого в різні періоди становлення держави Україна досліджували такі вчені: В.П. Бойко, Н.О. Бородовська, В.Т. Маляренко, Я.О. Мотовіловкер, Т.Ф. Миязева, В.М. Тертишник та інші. Роботи зазначених авторів містять важливі теоретичні положення про генезу процесуального статусу засудженого.

Метою статті є дослідження особливостей історичного процесу правового регулювання процесуального статусу засудженого в Україні часів радянської доби.

Виклад основного матеріалу. Важливим є питання характеристики юридичного аспекту особи засудженого в радянський період. Так, 13 вересня 1922 р. був ухвалений Кримінально-процесуальний кодекс УРСР. Даний документ складався із 6-и розділів, 32-х глав, які містили 481 статтю.

Проте варто зазначити, що суттєвим недоліком даного Кодексу було те, що він описував сторони у гл. III «Про склад суду, сторони і про відвід» і

не визначав поняття засудженого. Однак термін «засуджений» згадується в деяких статтях. Як приклад можна навести ст. 94 Кодексу: «У випадку визнання підсудного винним, суд, що постановив вирок, постановляє і одночасно про стягнення витрат. Якщо по справі визнані винними кілька підсудних, то суд постановляє, в якому розмірі покладаються витрати на кожного з них, керуючись майновим станом засуджених» [1].

Не зовсім зрозуміло за цим Кодексом, з якого моменту особа набувала статусу засудженого. У п. 3 ч. 1 ст. 330 вказувалось, що суд виносить вирок про призначення підсудному покарання.

КПК 1922 р., визначаючи суб'єктів оскарження вироку, не перелічує конкретних осіб, не вказує, хто може конкретно подати скаргу: чи обвинувачений, чи підсудний, чи засуджений. У Кодексі лише зазначається, що скаргу на вирок народного суду може бути подано кожною із заінтересованих сторін.

У ст. 346 Кодексу зазначалось: «Вирок, що засуджує підсудного до покарання, приводиться до виконання лише після вступу в законну силу. Вирок визнається таким, що вступив в законну силу, після збігу строку, встановленого для оскарження, якщо скарга подана не була; у випадку подання скарги вирок вступає у законну силу в день відхилення скарги судом другої інстанції» [1]. З даної норми випливає, що після винесення вироку до самого набуття ним чинності особа перебувала ще у статусі підсудного.

Ст. 368 передбачала, що в разі скасування вироку у зв'язку з порушеннями, вказаними в п. 1 ст. 361 Кодексу, а також у разі скасування вироку з підстав, вказаних у ст. ст. 321 і 364 Кодексу, коли підстави стосуються всіх засуджених, рада народних суддів скасовувала вирок цілком стосовно всіх засуджених, зокрема і тих, щодо яких вирок не був оскаржений чи опротестований.

Якщо зіставити вищезгадані норми, стає незрозумілим, з якого моменту особа набувала статусу засудженого – від набрання вироком чинності, чи з моменту його винесення. Однак основною є думка про те, що статус засудженого набувався особою

з моменту набрання вироком чинності, хоча поняття «підсудний», «засуджений» спричиняють серйозну колізію.

Варто зазначити, що важливою гарантією засудженого було положення ст. 370, де вказувалось, що якщо первісний вирок був скасований за скаргою засудженого, то в разі вторинного розгляду справи йому не могло бути призначене більш тяжке покарання, ніж те, яке було вибране судом у первинному розгляді справи. Погіршення становища засудженого у зв'язку зі збільшенням міри покарання або заміною на більш суворе допускалось лише в разі оскарження вироку іншим суб'єктом.

Варто зазначити, що принцип непогіршення становища засудженого бере свій початок із Стародавнього Риму, де сформулювалося поняття *reformatio in pejus* (поворот на гірше) та *ne pejus* (не гірше) [2]. Окрім того, даний принцип діє в сучасному кримінальному процесі України.

Ще однією віхою Кодексу 1922 р. в контексті набуття правового статусу засудженого було те, що він передбачав такий вид екстраординарного судового провадження, як наказне. У Кодексі 1922 р. воно називалось «Про судові накази».

Щоб з'ясувати, у чому обмеженість статусу засудженого в цій ситуації, можна звернутись за аналогією до сучасного цивільного судочинства, а саме постанови Пленуму ВСУ «Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження», яка визначає наказне провадження так: «Наказне провадження є самостійним і спрощеним видом судового провадження в цивільному судочинстві при розгляді окремих категорій справ, у якому суддя в установлених законом випадках за заявою особи, якій належить право вимоги, без судового засідання і виклику стягувача та боржника на основі доданих до заяви документів видає судовий наказ, який є особливою формою судового рішення [3]». Аналогічним чином проводилось судове провадження в УРСР у порядку судових наказів у кримінальних справах, а саме: без судового засідання та виклику сторін. Положення ст. 407 КПК 1922 р. вказує: «Судові накази виносяться без виклику сторін» [1]. Як бачимо, статус засудженого часто набувався не через справедливе й об'єктивне доведення вини, а через відсутність можливості здійснювати власний захист та відсутність змагальності у процесі.

Специфічним є і зміст самого наказу. У ст. 408 КПК 1922 р. зазначалось, що в судовому наказі повинні бути вказані ім'я, прізвище, по батькові; вік засудженого, скоєне ним злочинне діяння; місце, час і спосіб вчинення злочинного діяння; стаття Кримінального кодексу, що передбачає дане злочинне діяння, і призначене суддею покарання. Отже, Кодекс

містив положення про персональні дані, про опис фактично вчиненого діяння, кримінально-правову кваліфікацію, але абсолютно нічого не зазначав щодо доказів як обов'язкового та найважливішого елементу доведення винуватості особи.

У ст. 410 Кодексу передбачалась можливість засудженого клопотати протягом трьох днів після отримання копії наказу про судовий розгляд справи. Наступне положення згаданої статті забороняло засудженому клопотати про судовий розгляд, коли наказ був постановлений за результатами його клопотання.

Як бачимо, Кримінально-процесуальний кодекс УРСР 1922 р. містив недоліки щодо правого регулювання інституту засудженого. Однак позитивним варто згадати ще те, що була в Кодексі закріплена можливість касаційного оскарження й оскарження до народного комісаріату та юстиції.

Кримінально-процесуальний кодекс 1927 р., як і Кодекс 1922 р., не визначав окремо поняття засудженого. Проте термін «засуджений» уживався в тексті Кодексу. Так, у ст. 86 вказувалось: «У випадку засудження підсудного суд при ухваленні вироку одночасно ухвалює про стягнення із засудженого судових витрат. Якщо по справі засуджено кілька підсудних, то суд при встановленні розміру судових витрат, що підлягають стягненню, враховує їх матеріальне становище [4]». Варто зазначити, що дана норма цілком продублювала норму Кодексу 1922 р.

На відміну від Кримінально-процесуального кодексу 1922 р., Кримінально-процесуальний кодекс 1927 р. регламентував постановлення вироку і майже не вживав термін «засуджений». Більше в ньому вживається поняття «підсудний».

Прогресивністю Кодексу було те, що він захищав честь померлої засудженої особи та передбачав можливість її реабілітації. Так, у ст. 368 зазначалось: «Смерть засудженого не є перешкодою для відновлення його справи, у якій винесено обвинувальний вирок [4]». Ішлося про нововиявлені обставини. Кримінально-процесуальний кодекс 1927 р. містив у переліку три види таких обставин: фальшивість доказів; зловживання суддів; інші обставини, які не були відомі на час розгляду справи.

Що стосується виконання вироків, то вони підлягали виконанню негайно після набрання чинності. Виконання вироків зупинялось на час подання касаційної скарги. Кодекс також передбачав можливість відстрочки виконання вироку. Ст. 385 КПК було передбачено такі випадки відстрочки виконання вироку:

1) у разі хвороби засудженого, що перешкоджає застосуванню до нього призначеної судом міри соціального захисту, до видужання засудженого;

2) у разі вагітності засудженої, якщо вагітність перешкоджає застосуванню до неї призначеної судом міри соціального захисту, до збігу двох місяців після пологів;

3) коли негайне застосування міри соціального захисту, призначеної судом, може спричинити тяжкі наслідки для засудженого або його сім'ї через особливі обставини чи особливі умови його становища, як-от: пожежа чи інші стихійні лиха, тяжка хвороба або смерть єдиного працездатного члена сім'ї.

Передбачалось також зарахування до строку відбування покарання строку перебування в лікувальному закладі через психічну чи іншу хворобу. Що стосується відповідальності засудженого, то згідно зі ст. 388 КПК 1927 р. штраф і судові витрати стягувались із майна засудженого судовим виконавцем, а в сільській місцевості, де немає судового виконавця, сільською радою. Оплата штрафу могла бути відстрочена або розстрочена до двох років, якщо засуджений не міг оплатити його негайно. Як бачимо, Кодекс 1927 р. більш повно регламентував статус засудженого.

Про особу засудженого йшлося і в Основах кримінального судочинства Союзу РСР та союзних республік 1958 р. Так, у ст. 38 даного документа зазначалось: «Право звільняти засуджених від застосування міри соціального захисту і зменшувати встановлену законом міру соціального захисту лежить: стосовно вироків народних судів, а однаково губернських, обласних, і відповідних їм судам, і верховними судами союзних республік» [5]. Важливою гарантією реалізації прав засудженого було право касаційного оскарження вироку засудженим та оскарження рішення до Верховного суду відповідної союзної республіки.

Що стосується радянських конституцій УРСР 1919, 1929, 1937 рр., то жодна з них не оперувала поняттям «засуджений» та не визначала основних засад його процесуального статусу. Лише у ст. 158 Конституції 1978 р. зазначалось: «Ніхто не може бути визнаний винним у вчиненні злочину, а також підданий кримінальному покаранню інакше як за вироком суду й відповідно до закону [6]». Однак дане положення мало загальний об'єкт регулювання, бо стосувалось не тільки засудженого, але й підозрюваного, обвинуваченого, підсудного.

Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. не давав чіткого поняття засудженого, не визначав комплексу його прав, обов'язків та відповідальності. Проте особа засудженого фігурувала в Кодексі на стадіях апеляційного та касаційного провадження, на стадії перегляду справи Верховним Судом України та на стадії перегляду справи за нововиявленими обставинами.

У ч. 2 ст. 93 КПК 1960 р. зазначалось: «При визнанні підсудного винним суд постановляє стягнути з нього судові витрати. У тому разі, якщо винним буде визнано декількох осіб, суд постановляє, в якому розмірі повинні бути стягнуті витрати з кожного з них, ураховуючи при цьому ступінь вини та майновий стан засуджених» [7]. У ч. 3 ст. 327 зазначалось: «Суд постановляє обвинувальний вирок і звільняє засудженого від відбування покарання на підставах, передбачених ст. 80 Кримінального кодексу України (звільнення від відбування покарання у зв'язку із закінченням строків давності виконання обвинувального вироку)» [7].

Що стосується процесуального статусу засудженого, то він був закріплений у гл. 28 «Постановлення вироку». У ст. 344 КПК передбачалось два права засудженого: вручення копії вироку у триденний строк після його проголошення; вручення копії вироку засудженому рідною мовою або такою мовою, якою він володіє, якщо він не володіє мовою, якою складений вирок.

Варто також зазначити, що вручення засудженому копії вироку суду було обов'язковим правилом, яке не передбачало винятків, підлягало виконанню незалежно від того, чи був присутнім він під час проголошення вироку, чи ні.

Вручення засудженому копії вироку забезпечувало засудженому можливість реалізувати своє право на захист. Таке вручення мало здійснюватись під розписку із зазначенням дати і часу вручення. З відповідного моменту обчислювався строк касаційного оскарження вироку для засудженого.

Іншим важливим правом було право родичам дозволу на побачення із засудженим, який перебував під вартою до набрання чинності вироком суду. Дане правило було закріплене у ст. 345 Кримінально-процесуального кодексу.

Дозвіл на побачення із засудженим надавався лише близьким родичам засудженого. Під близькими родичами розумілись: батьки, дружина, діти, рідні брати і сестри, дід, баба, внуки. Дозвіл на побачення надавався як на їхнє прохання, так і за клопотанням засудженого [8, с. 892]. Побачення могло надаватись на термін від однієї до двох годин. Після винесення вироку побачення мало надаватись беззаперечно незалежно від того, чи давалось таке побачення протягом місяця до вироку, який строк минув із часу надання останнього побачення. Право на побачення не могло будь-яким чином обмежуватись, а питання про надання побачення вирішувалось залежно від інших умов, особи засудженого, тяжкості злочину, наявності тієї чи іншої інформації. Надати побачення – обов'язок суду. Дозвіл на побачення надавався до набрання виро-

ком чинності і звернення його до виконання. Водночас адміністрація місця утримання засудженого мала повідомити сім'ю засудженого після вступу вироку в законну силу, куди засуджений направляється для відбуття покарання.

Також передбачалось, що за наявності в засудженого до позбавлення волі дітей, які залишилися без нагляду, суд зобов'язаний водночас із постановленням вироку порушити окремою ухвалою, а суддя – постановою питання перед службою у справах неповнолітніх або відповідним органом опіки і піклування про необхідність влаштування цих неповнолітніх або встановлення над ними опіки чи піклування. Суд зобов'язаний був вжити заходів піклування про неповнолітніх дітей засудженого, якщо в сім'ї засудженого не залишилось осіб, які можуть забезпечити належне виховання та необхідні матеріальні умови для існування неповнолітнього.

Якщо в засудженого до позбавлення волі залишилось без нагляду майно і житло, суд був зобов'язаний вжити через відповідні органи заходів для їх збереження. Передбачалось, що майно засудженого, стосовно якого не ухвалено рішення про конфіскацію чи звернення на користь потерпілих, передається на збереження близьким родичам або відповідно органам виконавчої влади та місцевого самоврядування. Про передачу майна на збереження виносилась окрема ухвала суду чи постанова судді, копія якої вручалась особі, на яку покладено обов'язок збереження майна. Цей факт засвідчувався підписами останньої, який роз'яснювались її права й обов'язки.

Важливим правом було також право подачі апеляції засудженим на вирок. Так, у п. 1 ч. 1 ст. 348 передбачалось, що апеляцію має право подати засуджений, його законний представник і захисник – у частині, що стосується інтересів засудженого [7]. Апеляція на вирок, ухвалу чи постанову могла бути подана протягом п'ятнадцяти діб із моменту їх проголошення, а засудженим, який перебував під вартою, – у той же строк із моменту вручення йому копії вироку.

Якщо апеляція подавалась іншою стороною, а засуджений перебував під вартою, повідомлення про надходження апеляції та її копія вручались через начальника відповідної установи. Також йому роз'яснювалось право протягом п'яти діб із моменту одержання повідомлення подати свої заперечення на апеляцію. Також засудженому, що тримався під вартою, про призначення справи до апеляційного розгляду повідомлялось через начальника відповідної установи.

Засуджений мав також право подати касаційну скаргу та скаргу до Верховного Суду України за наявності для цього передбачених законом підстав.

Вирок стосовно засудженого підлягав виконанню негайно після набрання ним чинності. Під моментом набрання вироком чинності в Кодексі розумілось закінчення строку на подання апеляції, а вироку апеляційного суду – після закінчення строку на подання касаційної скарги, якщо його не було оскаржено. У разі подачі апеляцій, касаційної скарги вирок, якого ще не скасовано, набирає чинності після розгляду справи відповідно апеляційною чи касаційною інстанцією.

Варто також зазначити, що основним принципом даної стадії процесу є недопустимість погіршення становища засудженого. У стадії виконання вироку під час розгляду проблемних питань суд вирішує тільки ті питання, що стосуються вироку і призводять до погіршення становища засудженого [8, с. 371]. До набрання вироком чинності засуджений, який перебував під вартою, не міг бути переведений у місце позбавлення волі в іншій місцевості.

Важливою гарантією була гарантія, закріплена у ст. 406 Кримінально-процесуального кодексу 1960 р. У ній вказувалось, що, коли особу, яка позбавлена волі за вироком суду, під час відбуття покарання поміщено до лікарні у зв'язку з душевною або іншою хворобою, то час перебування засудженого в лікувальній установі зараховується у строк позбавлення.

Предбачались також випадки звільнення від відбування покарання засудженого за наявності передбачених у законі підстав. До них, наприклад, можна віднести звільнення у зв'язку із хворобою, у зв'язку з випробуванням, у зв'язку зі збігом строків давності виконання вироку, умовно-дострокове звільнення, звільнення на підставі закону України про амністію й указу Президента про помилування тощо. Дані підстави були і залишаються дієвими в чинному КПК України стосовно засудженого. Вони є важливими гарантіями останнього, радше навіть актами гуманізму з боку держави.

Висновки. Отже, можна зробити висновок, що про процесуальний статус засудженого можна вести мову лише в радянський період, у кримінально-процесуальних кодексах 1922, 1927 та 1960 рр., де він набуває досконалішого правового регулювання.

Список використаної літератури:

1. Кримінально-процесуальний кодекс Української радянської соціалістичної республіки, затверджений 13 вересня 1922 р. Харків : Видавництво Наркомюста, 1922 . Ст. 94.
2. Ширшов М., Мотовиловкер Я. Пределы действия запрета преобразования к худшему. *Советская юстиция*. 1974. № 14. С. 7–8.

3. Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження : постанова Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2011 р. № 14, Ст. 1.

4. Кримінально-процесуальний кодекс УРСР 1927 р., прийнятий 2-ю сесією ВУ ЦВК X скликання, 1927 р. № № 58–59. Ст. 86.

5. Основи кримінального судочинства Союзу РСР та союзних республік від 25 грудня 1958 р. URL: <http://pravo.levonevsky.org/baza/soviet/sssrb067.htm>.

6. Конституція Української Радянської Соціалістичної Республіки 1978 р. URL: <http://static.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1978.html>.

7. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1961. № 2. Ст. 93.

8. Лобойко Л. Кримінально-процесуальне право : Курс лекцій : навчальний посібник. Київ : Істина, 2007. 456 с.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА
СТРЕЛЬБИЦЬКА Леся Ярославівна –
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
державно-правових дисциплін Навчально-
наукового інституту права імені Іоаннікія
Малиновського Національного університету
«Острозька академія»;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
STRELBITSKA Lesia Yaroslavivna –
Candidate of Law Sciences, Associate Professor
at the Department of State and Legal Disciplines
of I. Malynovskyi Institute of Law of the National
University of “Ostroh Academy”;
lesyastrelbitska@ukr.net

Международное право

CZU 342.9.341

STANDARDE EUROPENE PRIVIND PROTECȚIA DATELOR CU CARACTER PERSONAL

Daniel CRISTEA,
Ministerul Afacerilor Interne, România,
doctorand în cadrul Universității de Stat din Moldova
Școala Doctorală „Științe juridice”

REZUMAT

„Idea de ordine universală ce guvernează pe toți oamenii și ideea drepturilor inalienabile ale individului, ce constituie o permanență a naturii umane în orice loc și în orice timp”[1, p.161], a făcut ca protecția persoanelor în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal să fie un drept fundamental al cetățenilor din țările membre ale Uniunii Europene (UE) și nu numai. Astfel spus, art. 8 alin. (1) din Carta drepturilor fundamentale a UE și art. 16 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea UE, prevăd dreptul oricărei persoane la protecția datelor cu caracter personal care o privesc.

Regulamentul general al UE 679/2016 privind protecția datelor și Directiva 680/2016 a Parlamentului European și a Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice referitor la prelucrarea datelor cu caracter personal de către autoritățile competente în scopul prevenirii, depistării, investigării sau urmăririi penale a infracțiunilor sau al executării pedepselor și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Deciziei-cadru 2008/977/JAI a Consiliului, oferă astfel un cadru legal actualizat, bazat pe responsabilitatea pentru protecția datelor în Europa. Acestea urmăresc crearea unui cadru unitar privind protecția datelor cu caracter personal a cetățenilor UE oferindu-le mai multe drepturi și facilități de control decât au avut asupra propriilor date și, prin urmare, mai multe obligații și responsabilități pentru organizațiile care gestionează datele, legate în principal de protejarea drepturilor persoanelor vizate și confidențialitatea datelor persoanelor vizate.

Cuvinte cheie: *date cu caracter personal, standarde internaționale, protecție, responsabilitate, garantare confidențialitate.*

EUROPEAN STANDARDS ON THE PROTECTION OF PERSONAL DATA

Daniel CRISTEA,
PhD student at the State University of Moldova
Doctoral School "Legal Sciences"

SUMMARY

„The universal idea of order that governs all people and the idea of inalienable rights of the individual, which constitutes a permanent human nature at any time and at any time”[1, p.161], made the protection of persons with regard to the processing of personal data be a fundamental right of citizens in European Union (EU) member states and not only. As said, Article 8(1) of the Charter of Fundamental Rights of the EU and Article 16(1) of the Treaty on Functioning of the EU, I shall provide the right of any person to the protection of personal data relating to it.

EU General Regulation 679/2016 on data protection and Directive 680/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the competent authorities for the purpose of prevention, detection, investigation or prosecution of criminal offenses or the enforcement of penalties and on the free movement of such data and repealing Council Framework Decision 2008/977 / JHA, thus provides an updated legal framework based on the responsibility for data protection in Europe. They aim to create a unitary framework for the protection of personal data of EU citizens by giving them more rights and control facilities than they had over their own data and, therefore, more obligations and responsibilities for data management organizations, linked in mainly by protecting the rights of data subjects and the confidentiality of data subjects.

Key words: *personal data, international standards, protection, responsibility, confidentiality guarantee.*

Problema. Multe conflicte care au marcat istoria pe continentul european au oferit motivația necesară pentru a elimina prejudecățile și pentru a depăși particularitățile, noi gândindu-ne doar la aplicarea legislației de protecție a datelor cu caracter personal. Voința politică care a creat legislația de protecție a datelor cu caracter personal a produs constrângeri funcționale care trebuiesc depășite, au mobilizat o mulțime de inteligență și ingeniozitate și au generat în același timp o rețea tot mai densă de interdependențe. Datorită acestui aspect se impune această cercetare științifică care trebuie cunoscută.

Actualitatea temei de cercetare. Este dată tocmai de această nouă legislație a UE care se aplică statelor membre și nu numai, respectiv Regulamentul general al UE 679/2016 privind protecția datelor și Directiva 680/2016 a Parlamentului European și a Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice referitor la prelucrarea datelor cu caracter personal de către autoritățile competente în scopul prevenirii, depistării, investigării sau urmării penale a infracțiunilor sau al executării pedepselor și privind libera circulație a acestor date, legislație care trebuie dezbătută în vederea cunoașterii și aprofundării și din prisma standardelor europene.

Scopul și sarcinile cercetării. Cercetarea științifică a avut ca scop și a urmărit de a se căpăta noi cunoștințe asupra standardelor europene privind protecția datelor cu caracter personal. Cât privesc sarcinile cercetării, dimensiunea analizei trece în urmărirea scopului acestei elaborări în vederea particularităților de înțelegere a aplicării în timp și a regulilor care trebuie să se aplice cu privire la legislația de protecție a datelor cu caracter personal.

Metodele aplicate și materialele folosite. Ca și metode și materiale folosite la elaborarea cercetării științifice, metoda istorică a standardelor europene privind protecția datelor cu caracter personal este cea mai importantă din prisma înțelegerii, urmată de analiza de conținut prin exemplul jurisprudenței CJUE în nevoia valorificării necesității de respectare și aplicare a legislației de protecție a datelor cu caracter personal. De asemenea, s-a procedat la o metodă analitică a cadrului legislativ european cu privire la analiza istorică a protecției datelor cu caracter personal dar și metoda dezvoltării sociologice concrete tocmai datorită faptului că problemele privind protecția datelor cu caracter personal nu sunt clar stabilite și aplicate în societate conform legislației actuale de protecție a datelor cu caracter personal.

Rezultatele obținute și dezbateri. Europa se bucură de unul dintre cele mai eficiente sisteme în acest domeniu, care se bazează pe Convenția 108 a Consiliului European, pe instrumentele Uniunii

Europene (UE), precum și pe jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (CEDO), cât și cea a Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE). Statele membre la Consiliul European (CoE) au obligația internațională de a respecta Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (CEDO), din 4 noiembrie 1950. Toate statele membre ale Consiliului European au integrat în legislația lor națională prevederile Convenției, fapt care le și obligă să acționeze în conformitate cu dispozițiile ei. [2, p. 228] Logica este cea a drepturilor omului, care explică de ce începe cu demnitate și se adresează aspectelor concrete ale cetățeniei și exercitării justiției doar ca o ultimă soluție. CEDO garantează dreptul la respectarea vieții private iar articolul 8 protejează dreptul la protecția datelor cu caracter personal. Art. 8 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale a fost adoptată la Roma la 4 noiembrie 1950 de către statele membre ale Consiliului European și intrată în vigoare la 3 septembrie 1953. Cu toate acestea, respectarea statului de drept este și a fost condiția prealabilă pentru protejarea tuturor valorilor fundamentale.

În prezent, Uniunea Europeană are ca organism însărcinat cu aplicarea GDPR-ului începând cu data de 25 mai 2018, la nivelul statelor membre, de protecție a datelor cu caracter personal, *Comitetul European pentru Protecția Datelor* (CEPD).

Ca rol, CEPD contribuie la asigurarea aplicării consecvente a normelor privind protecția datelor cu caracter personal în întreaga Uniune Europeană și promovează cooperarea dintre autoritățile UE pentru protecția datelor iar ca importanță deosebită oferă recomandări, bune practici, inclusiv ghiduri pentru a clarifica legislația; consilierea Comisiei Europene pe orice temă legată de protecția datelor cu caracter personal și cu privire la orice nouă legislație propusă la nivelul Uniunii Europene; adoptă constatări privind coerența în cazuri transfrontaliere legate de protecția datelor; promovează cooperarea și schimbul eficient de informații și de bune practici între autoritățile naționale de supraveghere [3].

În relațiile internaționale bilaterale sau multilaterale, statele lumii au desfășurat activități de cooperare într-o varietate de domenii, concentrându-se pe domeniile economic, cultural, de mediu, politic, militar și juridic. Progresul științific și tehnic din ultimii ani și extinderea procesului de democratizare în mai multe state, a creat posibilitatea mișcării ușoare a persoanelor și bunurilor dintr-un stat în altul sau de la un continent la altul iar efectul benefic indiscutabil pentru întreaga lume în ceea ce privește dezvoltarea economică a creat unele avantaje pentru proliferarea globală a criminalității. Pericolul tot mai mare cauzat

de creșterea criminalității transfrontaliere, necesitatea de a preveni și combate mai eficient într-un cadru organizat la nivel global, a dus la adoptarea unor instrumente zonale, regionale și globale internaționale care să unifice eforturile statelor mondiale, cum ar fi tratatele internaționale care permit autorităților judiciare să coopereze în investigațiile și anchetele lor asupra persoanelor fizice sau juridice pentru încălcarea dreptului penal. În doctrina românească recentă, s-a afirmat că o imagine de ansamblu asupra formelor de manifestare a criminalității internaționale evidențiază în primul rând diversitatea metodelor de acțiune, a organizării și logisticii, adesea perfecționate ale celor implicați în astfel de evenimente. În acest context deosebit de complex, a continuat pe de o parte, prin creșterea fără precedent a criminalității de tot felul, în special a terorismului, iar pe de altă parte, cu necesitatea îmbunătățirii cooperării judiciare internaționale în materie penală pentru a reduce efectele criminalității transfrontaliere, una dintre priorități stabilit de Uniunea Europeană urma să dezvolte o zonă de libertate de securitate și justiție pe teritoriul său. Desigur, acest lucru nu poate fi realizat fără protecția datelor personale ale persoanelor implicate în procedurile de cooperare acoperite. În acest scop, Directiva UE din 2006 nu numai că a respectat aceste norme, dar mai mult în 2008, Uniunea Europeană a emis o decizie-cadru privind protecția datelor cu caracter personal pentru a se asigura că datele personale utilizate în activitatea de cooperare polițienească și judiciară în materie penală sunt protejate. Așa cum se afirmă în doctrină și în preambulul mai multor instrumente legale care reglementează dispozițiile privind cooperarea judiciară internațională în materie penală adoptată la nivelul UE, realizarea acestui deziderat este condiționată de respectarea principiului recunoașterii reciproce a hotărârilor judecătorești și a altor decizii ale autorităților judiciare. De altfel, acest principiu ar trebui să devină piatra de temelie a cooperării judiciare în materie civilă și penală în cadrul Uniunii Europene, deoarece recunoașterea reciprocă sporită completată de aproximarea necesară a legislației ar facilita cooperarea între autoritățile competente în vederea respectării protecției datelor cu caracter personal.

Concluzii, opinii critice și propuneri de „*lege ferenda*” [4, p. 85]. Examinarea instrumentului juridic european care reglementează dreptul la informații în procedurile penale, ne oferă oportunitatea de a face opinii critice împotriva modului de reglementare conceput de legiuitorul european și a propunerilor de lege ferenda, conceput pentru a ajuta la îmbunătățirea sistemului legislativ european din acest domeniu deosebit de sensibil. O primă observație critică pe care o formulăm privește opțiunea legiuitorului european

de a adopta mai multe acte legislative care guvernează drepturile fundamentale ale persoanei, suspectate sau acuzate de comiterea unei infracțiuni pe teritoriul unui alt stat decât cel al naționalității sale sau al altor drepturi de o persoană arestată pentru o infracțiune într-un alt stat membru. Considerăm aici Rezoluția Consiliului din 30 noiembrie 2009, privind Foaiă de parcurs pentru consolidarea drepturilor procedurale ale persoanelor suspectate sau acuzate în procedurile penale, pentru care a stabilit adoptarea treptată a cinci măsuri: dreptul la traducere și interpretare, dreptul la informații despre drepturi și despre acuzații, dreptul la consultanță juridică și asistență juridică, dreptul de a comunica cu rudele, angajatorii și autoritățile consulare și garanții speciale pentru persoanele suspectate sau acuzate vulnerabile. Această foaie de parcurs a fost adoptată de Uniunea Europeană pentru a se asigura că aceste drepturi ale persoanelor care comit infracțiuni pe teritoriile statelor membre, altele decât cele ale cărora sunt cetățeni, au ca scop ca aceste persoane să se bucure de aceleași drepturi ca și resortisanții a fiecărui stat membru. O astfel de abordare va stabili promovarea a cinci acte legislative, fiecare dintre acestea urmând să asigure apărarea unor drepturi procedurale. Ca o propunere de lege ferenda, considerăm că ar fi fost mai util dacă legiuitorul european ar fi adoptat un singur act legislativ care ar include dispoziții privind executarea celor cinci categorii de drepturi procedurale menționate expres în cele cinci măsuri dar și aplicarea protecției datelor cu caracter personal în acest act legislativ. O astfel de abordare nu este lipsită de interes nici după adoptarea celor cinci legi care, practic, ar duce la încetarea lor și adoptarea unei singure legi care ar include dispoziții clare pentru toate categoriile de drepturi procedurale. O a doua remarcă critică privește modul în care legiuitorul european a oferit respectarea drepturilor speciale, printre care și protecția datelor cu caracter personal, pentru persoanele arestate în baza unui mandat european de arestare. Ar trebui să menționăm că în actul legislativ-cadru (Decizia-cadru 2002/544/JAI) sunt prevăzute în mod expres proceduri care trebuie urmate, considerând că emiterea și executarea unui mandat de arestare european se poate întâmpla atât pentru urmărire penală, cât și pentru desfășurarea procesului sau executării silite a unei sancțiuni de drept penal sau privarea de libertate, în cadrul căruia se desfășoară și se folosesc date cu caracter personal. Apreciem că nu a fost obligat să furnizeze o notă cu privire la drepturi, întrucât, oricum, persoana este asistată de un avocat în cursul procedurilor de recunoaștere și executare în orice stat membru unde va urmări și respectarea protejării datelor cu caracter personal. Chiar și în aceste condiții, preocupările

legiuitorului european de a stabili o legislație coerentă cu privire la drepturile persoanelor suspectate, acuzate sau arestate ar trebui apreciate, întrucât stabilește în statele membre o singură procedură care trebuie îndeplinită. Ca o concluzie generală, considerăm că, în acest moment, acest act legislativ este util, adoptarea acestuia este necesară, cu excepția faptului că într-un viitor nu prea îndepărtat este necesară adoptarea unei singure legi care să conțină dispoziții cu privire la toate drepturile persoanei suspect, acuzat sau arestat într-un alt stat membru, fiind subiect de inițiative în ceea ce privește utilizarea IT în procesul penal și capacitatea de protecție a datelor. Din motive de eficiență, acest subiect a fost împărțit pe două rapoarte speciale. Acest document se concentrează pe protecția datelor, inclusiv păstrarea datelor, în timp ce un raport separat se va concentra asupra inițiativelor privind utilizarea IT în procedura penală. Cu toate acestea, nu trebuie negat faptul că există o conexiune puternică și chiar o suprapunere între domeniile de protecție a datelor și IT în materie penală.

Nu putem trece fără a aminti propunerea Comisiei Europene încă din ianuarie 2012 cu privire la un pachet de reformă în domeniul protecției datelor, menționând că normele de la acea dată cu privire la protecția datelor trebuiau modernizate datorită evoluțiilor tehnologice rapide și a globalizării, [2, p. 232] propunând înlocuirea Directivei de la acea dată cu o nouă Directivă [2, p. 232] care să prevadă protecția datelor în domeniile cooperării polițienești și judiciare în materie penală [2, p. 232], lucru care s-a și implementat datorită necesității, prin adoptarea Directivei UE 680/2016 al Parlamentului European și a Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice referitor la prelucrarea datelor cu caracter personal de către autoritățile competente în scopul prevenirii, depistării, investigării sau urmării penale a infracțiunilor sau al executării pedepselor și privind libera circulație a acestor date.

Când se vorbește despre Europa și inițiativele europene, aceasta depășește Uniunea Europeană (UE) și include și Consiliul Europei. Concentrându-se pe protecția datelor, Consiliul Europei a adoptat instrumentul juridic cheie în acest domeniu: Convenția din 1981 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea automată a datelor cu caracter personal (Convenția privind protecția datelor) nr. 108. Domeniul său de aplicare cuprinde toate prelucrările automate de date cu caracter personal, inclusiv prelucrarea în scopul unei cercetări sau proceduri penale. Toate statele membre ale UE au ratificat această convenție care are în total 46 de ratificări. Protocolul adițional din 2001 la Convenția privind protecția datelor, care are 34 de ratificări,

nu a fost ratificat de toate statele membre ale UE. Pe lângă aceste instrumente juridice obligatorii cea mai importantă pentru procedura penală este Recomandarea CoE Nr. R (87) 15 a Comitetului Miniștrilor ai statelor membre care reglementează utilizarea datelor cu caracter personal în sectorul poliției [5]. Recomandarea a câștigat importanță datorită faptului că a fost aprobată în mod explicit în instrumente juridice obligatorii care acoperă cooperarea polițienească și schimbul de informații.

La nivelul UE, standardele prevăzute în Convenția privind protecția datelor au fost puse în aplicare în instrumente juridice separate. Instrumentul juridic cheie relevant pentru procedura penală este Decizia-cadru din 2008 privind protecția datelor în materie penală. Este important de menționat că această decizie-cadru are un scop parțial. Chiar dacă propunerea inițială a Comisiei a fost scrisă pentru a include colectarea de date interne, precum și colectarea transfrontalieră de date între autoritățile statelor membre, discuțiile din Consiliu au dus în cele din urmă la o decizie-cadru care era aplicabilă numai procesării datelor cu caracter personal. În 2005, Directiva privind păstrarea datelor a fost adoptată obligând furnizorii de telecomunicații să stocheze anumite date cu caracter personal în scopul investigațiilor și procedurilor penale. Chiar dacă această directivă este destul de controversată din cauza perioadelor de timp în care datele cu caracter personal pot fi stocate și din lipsa lor de necesitate și proporționalitate în scopul unei investigații sau proceduri penale, este totuși un instrument juridic obligatoriu al UE care reglementează aspectele de protecție a datelor și care ar trebui inclus într-un raport.

Instrumentele legale ale UE și ale CoE care acoperă principii și reguli privind protecția datelor în procedura penală erau insuficiente pentru a fi numite un sistem de justiție penală. Dar, literatura de specialitate menționează despre drepturile procedurale că operează la un alt nivel, stabilind reguli, metode și condiții prin care drepturile la protecția datelor personale sunt efectiv aplicate și protejate [6, p. 11]. Putem lua ca exemplu ca și regulă insuficientă, breșă care poate fi întâlnită deseori în cadrul autorităților care desfășoară activitatea de cercetare și desfășurare a procesului penal, **Cauza Curții de Justiție a Uniunii Europene privind sancționarea unui funcționar public condamnat la 6 luni cu suspendare pentru încălcarea GDPR.**

În fapt, un fost angajat în cadrul Departamentului de asistență și servicii sociale din Dorset a fost urmărit penal pentru accesarea dosarelor de asistență socială fără autorizație. Astfel, în urma unei anchete interne s-a constatat că doamna Shipsey a accesat în mod necorespunzător registrele de asistență socială

a patru persoane cunoscute de aceasta, fără să aibă o împuternicire în acest sens.

Michelle Shipsey s-a prezentat în fața Curții de Justiție și a recunoscut infracțiunea de obținere ilegală a datelor cu caracter personal, încălcând astfel art. 170 din Legea privind protecția datelor, fiind condamnată cu suspendare la 6 luni și la plata cheltuielilor de lire sterline 700 plus o suprataxă de 20 de lire sterline.

Hazel Padmore, șeful comisiei de investigare a declarat: „Deși nouă în această funcție, Doamna Michelle Shipsey a fost instruită atât în domeniul protecției datelor cât și în domeniul securității cibernetice și, prin urmare, era perfect conștientă de responsabilitățile pe care le avea față de păstrarea confidențialității persoanelor. Această condamnare trimite un mesaj clar, că vom lua măsuri ferme împotriva persoanelor care abuzează poziția de încredere.”

Concluzia CJUE: Carența unei culturi a responsabilității, în rândul angajaților, privind protecția datelor personale este un factor de risc. Acesta poate fi diminuat substanțial în urma instruirii angajaților cu privire la importanța protecției datelor în concordanță cu practicile generale și politicile specifice activității instituției. Responsabilizarea angajaților din perspectiva protecției datelor personale va aduce un plus de valoare instituției. Un angajat conștient și informat este un angajat vigilent și care acționează cu responsabilitate, riscurile unei erori umane scăzând, în același timp în care randamentul muncii crește. Mai mult, identificarea rapidă a eventualelor breșe de securitate și respectarea protocolului de răspuns la incidente va minimiza pierderile instituției. [7]

Ca și concluzie proprie în cadrul procesului penal, accesarea bazelor de date în cadrul căruia se obțin date cu caracter personal nu trebuie efectuată decât și doar pentru procesul penal, nu în interes personal, deci prin stabilirea de principii și reguli de utilizare a informațiilor referitoare la datele cu caracter personal.

Tratatul de la Lisabona

Intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona la 1 decembrie 2009 a introdus o nouă bază legislativă (art. 16 din TFUE) pentru o abordare modernizată și cuprinzătoare a protecției datelor și a liberei circulații a datelor cu caracter personal, care acoperă și cooperarea polițienească și judiciară în materie penală. De când Tratatul de la Lisabona a reunit trei piloni tradiționali ai structurii UE, art. 16 TFUE oferă acum o bază legală generală pentru protecția datelor. Noutatea este că acest articol nu recunoaște doar necesitatea normelor de protecție a datelor, ci crește și nivelul democrației în procesul de luare a deciziilor în acest domeniu, stabilind procedura legislativă obișnuită ca procedură legislativă care trebuie utilizată. Folosirea procedurii

legislative obișnuite înseamnă că Parlamentul European și Consiliul acționează la egalitate în calitate de co-legislatori și Parlamentului trebuie să i se ceară avizul înainte ca, Consiliul să adopte un act. O altă inovație a Tratatului de la Lisabona este rolul Curții de Justiție a Comunităților Europene (CoJ). Actele legislative adoptate după intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona și care aparțin domeniului cooperării judiciare și polițienești în materie penală pot fi, de asemenea, prezentate în fața CoJ. În plus, art. 6, alin. (2) din TFUE, introdus prin Tratatul de la Lisabona și art. 59 alin. (2) CEDO, constituie baza legală pentru aderarea UE la CEDO.

Reforma protecției datelor

Așa- numita reformă a cadrului legal de protecție a datelor din UE a fost inițiată în 2009 din trei motive. În primul rând, intrarea în vigoare menționată anterior a Tratatului de la Lisabona a stabilit noua bază legală generală a legislației privind protecția datelor. În al doilea rând, progresul tehnologic – în special utilizarea pe scară largă a Internetului – realizat de la adoptarea cadrului legal actual necesita o revizuire a legislației care reglementează prelucrarea datelor cu caracter personal. În al treilea rând, Carta Drepturilor Fundamentale a UE a fost adoptată în 2009, oferind un drept autentic la protecția datelor, pe lângă dreptul la o viață privată. În ianuarie 2012, respectiv la 25 ianuarie 2012, au fost publicate două propuneri legislative : un regulament propus privind protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date care va înlocui Directiva 95/46 / CE, și o propunere de directivă privind protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal de către autoritățile competente în scopul prevenirii, cercetării, depistării sau urmăririi penale a infracțiunilor sau executării infracțiunilor sancțiuni și libera circulație a acestor date care vor înlocui decizia-cadru din 2008.

Directiva 95/46/CE a înființat un grup de lucru independent – cunoscut sub numele de Articolul 29 Grup de lucru pentru protecția datelor (în continuare: 29WP), din 25 mai 2018 denumit *Comitetul European pentru Protecția Datelor* (CEPD) – care publică periodic opinii cu privire la modul de interpretare a dispozițiilor directivei. În 2007 a fost publicat un aviz cu privire la modul de definire a conceptului de date cu caracter personal având în vedere Directiva 95/46 / CE și Directiva 2002/58 / CE privind confidențialitatea și comunicațiile electronice. Cu toate acestea, este clar că clarificările se aplică și definiției datelor cu caracter personal din Decizia-cadru din 2008. Caracteristicile cheie ale avizului 29WP sunt interpretarea oricărei informații, inclusiv informații obiective, precum și informații subiective, cum ar fi evaluări sau concluzii.

Formatul sau suportul informațiilor este irelevant. Cu această ocazie, 29WP a declarat că informațiile referitoare la o persoană, atunci când se referă la identitatea, caracteristicile sau comportamentul unei persoane, sunt folosite pentru a determina sau influența modul în care acea persoană este tratată sau evaluată. Partea cea mai dificilă a definiției este totuși înțelesul de persoană fizică identificată sau identificabilă. Comportamentul unic al unei persoane poate fi suficient pentru a identifica o persoană chiar și fără a cunoaște numele acesteia. Factorul determinant este capacitatea de a separa sau izola o persoană dintr-un grup bazat pe așa-numiții identificatori. Mărimea grupului – indiferent dacă este populația generală sau o clasă de elevi – este un factor semnificativ. Exemple de identificatori sunt incluși în definiția datelor cu caracter personal din Directiva 95/46/CE – numărul de identificare sau unul sau mai mulți factori specifici identității fizice, fiziologice, mentale, economice, culturale sau sociale a unei persoane. Definiția datelor cu caracter personal evoluează în acest fel odată cu evoluțiile tehnologice. Reformarea cadrului legal de protecție a datelor în UE a însemnat, de asemenea, revizuirea acestei definiții ca puncte de referință pentru identificarea datelor despre locația unei persoane, identificatorii online și genetici etc. În plus, definiția este restructurată prin împărțirea definiției datelor personale și a definiției persoanei vizate. Termenul persoanei vizate nu a fost definit anterior în instrumentele legale aplicabile.

Când datele cu caracter personal sunt definite ca orice informații referitoare la un subiect de date, termenul subiect de date este apoi definit ca o persoană fizică identificată sau o persoană fizică care poate fi identificată, direct sau indirect, prin mijloace care pot fi utilizate în mod rezonabil de către controlor sau de către orice altă persoană fizică sau juridică, în special prin referire la un număr de identificare, date despre locație, identificatori online sau la unul sau mai mulți factori specifici identității fizice, fiziologice, genetice, mentale, economice, culturale sau sociale ale respectivei persoane.

Este important de remarcat tehnica publicității comportamentale. Înregistrarea prin utilizarea cookie-urilor a comportamentului de navigare a unui utilizator de internet și crearea de reclame personalizate pe paginile pe care aceștia le vizitează, pe baza acestor informații, este o practică care a fost studiată și de 29WP datorită implicațiilor sale privind protecția datelor. Este posibil ca instituțiile care utilizează această practică să nu cunoască numele utilizatorului de internet, dar au adresa IP-ul computerului său și capacitatea de a identifica o persoană pe baza comportamentului său de navigare,

care este potrivit 29WP pentru a evidenția o persoană și a o identifica. În plus, aceste informații sunt utilizate pentru a influența comportamentul persoanei. Pe baza acestor factori, 29WP a concluzionat că utilizarea identificatorilor unici pentru publicitatea comportamentală poate avea ca rezultat prelucrarea datelor cu caracter personal.

Tehnologiile actuale au dezvoltat o memorie de neînchipuit și care este capabilă să rețină date începând de la momentul conceperii și până la momentul morții indivizilor, tehnologiile devenind astfel umbre digitale personale.

Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date, numit în continuare "Regulamentul General privind Protecția Datelor", "Regulamentul General" sau "GDPR" (acronimul englezesc), reprezintă legislația în vigoare la nivelul Uniunii Europene pe domeniul prelucrării și protecției datelor cu caracter personal.

Regulamentul este de o deosebită importanță deoarece dreptul la protecția datelor personale a devenit un drept fundamental iar datorită tehnologiei și sistemelor tot mai avansate prin care se prelucrează aceste date s-a susținut faptul că e nevoie de un nou cadru legislativ pentru acest domeniu denumit protecția datelor cu caracter personal.

Regulamentul General privind protecția datelor abrogă Directiva 95/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 24 octombrie 1995 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date.

Legiferarea acestuia a fost necesară deoarece Directiva 95/46/CE nu mai corespundea actualelor cerințe tehnologice antrenate de avansul informatic în majoritatea ariilor de activități și nu numai.

Regulamentul General are aplicabilitate directă în statele membre ale Uniunii Europene, acestea având obligativitatea respectării și implementării reglementărilor acestuia la nivel național.

Importanța acestuia este că modernizează reguli existente referitoare la protejarea drepturilor și libertăților fundamentale, dreptul persoanei fizice la protecția datelor cu caracter personal și garantarea prelucrării acestor date potrivit dreptului Uniunii, aplicat unitar în statele membre.

În gândirea logică, aplicarea legislației privind protecția datelor cu caracter personal „se face după anumite regulile, pe care le urmăm la început inconștienți, până când ajungem, treptat, prin experiențe și printr-o îndelungată aplicare la cunoașterea ei care

devin atât de familiale încât cu mare greutate le mai putem gândi *in abstracto*". [8, p. 64]

Preambulul Regulamentului precizează scopul său principal și anume adaptarea și actualizarea principiilor și a obiectivelor stabilite prin fostul cadrul legislativ, Directiva 95/46, ce rămân valabile sub o nouă formă legislativă datorită numeroaselor evoluții de ordin tehnologic. [9, p. 19]

Noutățile regulamentului se referă la domeniul de aplicare, uniformizarea regulilor ce sunt direct aplicabile în toate statele Uniunii, care trebuie să protejeze viața privată a persoanelor, să garanteze dreptul la protecția datelor personale pentru persoanele fizice a căror date sunt prelucrate, extinzând totodată garanții precum dreptul la informare ori consacrand altele noi ca și dreptul la portabilitatea datelor ori dreptul de a fi uitat dar instituind și o serie de garanții pentru protejarea în mediul online a acestor date. Acest text european prevede reguli noi pentru operatorii de date, încercându-se astfel o responsabilizare a acestora ca de exemplu, obligația de a numi un responsabil pentru protecția datelor la nivelul fiecărui operator de date, mai ales pentru operatorii de date ce fac parte din categoriile prevăzute de regulament. Cei care nu se încadrează la aceste categorii la care regulamentul face referire nu sunt obligați ci doar vizați de o recomandare de numire a unui asemenea responsabil. [9, p. 16]

Așadar, obiectivele Regulamentului și a Directivei 680/2016 în această materie stabilesc care sunt normele cu privire la acest domeniu asigurând, în același timp și protecția acestor date cu caracter personal prin stabilirea normelor respective.

În gândirea filozofică, apariția legislației de protecție a datelor cu caracter personal îl înțelegem că „este un *progres* determinat într-un mod cu precumpănire cantitativ. Privit prin această prismă, progresul înseamnă că în cursul dezvoltării, cunoștințele și aptitudinilor umane luate în ansamblu au sporit și că, totodată, aplicarea acestei legislații a devenit tot mai universală”. [10, p. 219]

Concluzii. Ca și concluzie menționez faptul că, protecția datelor cu caracter personal reprezintă o problemă reală în societate și asta din cauza mijloacelor tehnologice moderne de care dispunem și care se schimbă neglijent de repede. Folosim datele noastre personale din ce în ce mai mult pentru orice, neștiind dacă confidențialitatea acestora va fi respectată sau

nu. Aceste lucruri constituie drepturi fundamentale de care oamenii trebuie să dispună, acesta fiind și motivul pentru care s-a creat un cadru legislativ la nivel internațional pentru o protecție juridică a datelor cu caracter personal.

Referințe bibliografice:

1. Capcelea V. *Filozofia juridică. Introducere în istoria filozofiei juridice și în studiul principalelor domenii ale ei*, Editura Universul Juridic, București, 2019, 319 p.;
2. Lazari Ctin., Lazari Ctin. *Aspecte legislative privind protecția datelor cu caracter personal*, Revista științifico-practică, nr.2/2015 din cadrul Institutului de Relații Internaționale din Moldova, pag. scrise 226-246; (Disponibil și pe: <https://ibn.idsi.md>);
3. EDPB (European Data Protection Board), (Disponibil: https://edpb.europa.eu >edpb_ro), [Accesat: 18.10.2019];
4. Săulescu L., Rădulețu S. *Dicționar de termeni și expresii juridice latine*, Editura C.H.Beck, București, 2011, 302 p.;
5. Recomandarea CoE Nr. R (87) 15 a Comitetului Miniștrilor ai statelor membre care reglementează utilizarea datelor cu caracter personal în sectorul poliției, (Disponibilă: <https://www.dataprotection.ro >...PDF>), [Accesat:23.08.2021];
6. Zanfir G. *Protecția datelor personale. Drepturile persoanei vizate*, Editura C.H.Beck, București, 2015, P.11;
7. Cauza CJUE-un-functionar-public-condamnat-la-6-luni-cu-suspendare-pentru-incalcarea-gdpr, (Disponibil: <https://dpo-net.ro/>), [Accesat: 08.05.2020];
8. Kant Im., *Logik*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1985, 226 p.;
9. Alexe I., Banu C.M. *De la Directivă la Regulament în reglementarea protecției datelor cu caracter personal la nivelul Uniunii Europene*, pag. scrise 14-40, articol publicat în lucrarea Protecția datelor cu caracter personal, de Irina Alexe, Nicolae Dragoș Ploșteanu, Daniel-Mihail Șandru, Editura Universitară București, 2017, 278 p.;
10. Marcuse H. *Scrieri filozofice*, Editura Politică, București, 1977, 535 p.

INFORMATII DESPRE AUTOR

Daniel CRISTEA – Ministerul Afacerilor Interne, România, doctorand în cadrul Universității de Stat din Moldova, Școala Doctorală „Științe juridice”;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Daniel CRISTEA – PhD student at the State University of Moldova, Doctoral School “Legal Sciences”; cristeadaniel415@gmail.com