

UNIVERSITATEA LIBERĂ INTERNAȚIONALĂ DIN MOLDOVA
FREE INTERNATIONAL UNIVERSITY OF MOLDOVA

INSTITUT CERCETĂRI ÎN DOMENIUL PROTECȚIEI DREPTURILOR OMULUI
THE INSTITUTE OF THE RESEARCH IN THE DOMAIN OF HUMAN RIGHTS

*Politiae legibus,
non leges politis adaptandae*

————— REVISTA —————
**STUDII JURIDICE
UNIVERSITARE**

ANUL V

NR. 1-2

2012

UNIVERSITATEA LIBERĂ INTERNAȚIONALĂ DIN MOLDOVA (ULIM)
FREE INTERNATIONAL UNIVERSITY OF MOLDOVA

INSTITUTUL CERCETĂRI ÎN DOMENIUL PROTECȚIEI DREPTURILOR OMULUI (ICDPDO)
THE INSTITUTE OF THE RESEARCH IN THE DOMAIN OF HUMAN RIGHTS

STUDII JURIDICE UNIVERSITARE

Publicație științifică de profil Categorie C

Apare de 4 ori pe an

2012, Anul V, Nr. 1—2 (17—18)

Volumul a fost recomandat spre publicare de Senatul ULIM (Proces verbal № 4 din 28.11.2012)

FONDATOR / FOUNDER: Academician, Prof. univ., Dr. hab., Andrei GALBEN

REDACTOR-ȘEF / EDITOR-IN CHIEF: Conf. univ., Dr., Vitalie GAMURARI

SECRETAR DE REDACȚIE / EDITORIAL SECRETARY: Dr., Alexandru CAUIA

REDACTOR / EDITOR: Ms., Olesia GUȘAN

COLEGIUL DE REDACȚIE / BOARD OF EDITORS:

Prof. univ., Dr. hab., Victor POPA

Prof. univ., Dr. hab., Alexei BARBĂNEAGRĂ

Prof. univ., Dr. hab., Dumitru BALTAG

Prof. univ., Dr. hab., Andrei SMOCHINĂ

Prof. univ., Dr. hab., Mihai GHEORGHITĂ

Prof. univ., Dr. hab., Alexander ZADOROZHNY (*Institutul de Relații Internaționale,
Universitatea Națională „Taras Shevchenko“ Kiev, Ucraina*)

Prof. univ., Dr., Nicolae OSMOCHESCU

Prof. univ., Dr., Xavier PHILIPPE (*Universitatea Paul Cézanne-Aix-Marseille III,
Aix-en-Provence, Franța*)

Prof. univ., Dr., Ives SANDOZ (*Universitatea Geneva, Elveția*)

Prof. univ., Dr., Nicolae PAVEL (*Universitatea „Spiru Haret“, București, România*)

Conf. univ., Dr. hab., Elena GRINENKO (*Institutul de Relații Internaționale, Universitatea
Națională „Taras Shevchenko“ Kiev, Ucraina*)

Conf. univ., Dr., Serghei ȚURCAN

Conf. univ., Dr., Vitaliy IVANENKO (*Universitatea de Stat Sankt-Peterburg, Rusia*)

Conf. univ., Dr., Andrey KOZIK (*Institutul de Relații de Muncă și Sociale, Minsk, Belarusi*)

Conf. univ., Dr., Vladimir VARDANEAN (*Universitatea Erevan, Armenia*)

Dr., Natalia OSOIANU

Revista STUDII JURIDICE UNIVERSITARE reprezintă o publicație periodică științifico-teoretică și informațional-practică editată de Institutul Cercetări în Domeniul Protecției Drepturilor Omului al Universității Libere Internaționale din Moldova. Articolele științifice sunt recenzate. Revista nu-și asumă responsabilitatea pentru conținutul materialelor publicate și opiniile expuse de autori.

Adresa: str. Vlaicu-Pârcălab, 52, Chișinău, Republica Moldova, MD 2012,
tel./fax: (+373 22) 22.99.74; e-mail: vgamurari@gmail.com; alex_cauia@yahoo.com;
revistasju@gmail.com; www.studiijuridice.md

Tiraj: 150 ex.

ISSN 1857-4122

© Universitatea Liberă Internațională din Moldova

CUPRINS

ARGUMENT	5
----------------	---

DREPT INTERNAȚIONAL / INTERNATIONAL LAW

Vitalie GAMURARI. Applicabilité de la justice transitionnelle dans les sociétés post-confliktuels par la lumière du «syndrome balkanic» (<i>partie II</i>)	9
Александр Викторович ЗАДОРОЖНЫЙ. Международно-правовые и политические вопросы создания и функционирования зоны свободной торговли в отношениях Украины и Российской Федерации.	19
L.I. MYSKIV. Essence and genesis of regulatory support of higher education in Ukraine during 1991—2012	25
Alexandru CAUIA. Legal regulation of the prisoner of war protection — from the capture to the repatriation	32
Лилия НЕВАРА. Статус языков меньшинств в конституционном законодательстве стран Европы	46

DREPT PUBLIC / PUBLIC LAW

Dumitru BALTAG, Gheorghe TRAGONE. Contributions to the theory of abuse of right ..	55
Serghei ȚURCAN, Andrei CUCULESCU. Constitutional principles as fundamental directions of the organization and functioning of the political system	71
Андрей СМОКИНЭ, Игорь ЯНАК. Обеспечение прав и свобод личности в условиях правовой пассивности: современное состояние и перспективы.	82
Василий Васильевич ЮРЧЕНКО. Сущность механизма обеспечения реализации административно-правового статуса нотариуса.	93
Евгений Степанович ЯРМАК. К проблеме анализа принципов деятельности Верховного Суда Украины	100
Серджиу АРМАШУ, Ион ПОСТУ. Нормативная база и европейские практики обеспечения безопасности лиц, являющихся участниками дорожного движения.	107

DREPT PRIVAT / PRIVATE LAW

Natalia OSOIANU. Harmonization of the law applicable to contractual obligations: existing legislation of the Republic of Moldova and the necessity for an approximation to the law of European Union	121
---	-----

V.A. KROYTOR. The Principle of Publicity in Roman Civil Procedure.	131
Юрий Михайлович ЖОРНОКУЙ. Внешние действия, направленные на недобросовестное приобретение корпоративного права (корпоративные слияния и поглощения) как причина возникновения корпоративного конфликта	137

ȘTIINȚE PENALE / CRIMINAL SCIENCES

Oxana ROTARI. Criminological portrait of woman — victim of domestic violence.	151
Vladimir FOȘNEA, Vitalie SÎLI. Unele aspecte de ordin general privind esența și particularitățile activității speciale de investigații.	157
Vitalie SÎLI, Ruslana BULIBA. Unele aspecte generale privind măsurile speciale de investigații	170

TRIBUNA DOCTORANDULUI / RESEARCHER'S TRIBUNE

Lică Florin ILIE. Noțiunea de insolvență și bancrută în legislația română.	185
Ion VACARU. Diagnosticarea modificărilor produse în conținutul inițial al documentelor.	189
Carolina GALBEN. Basic elements of civil society system	199

IN MEMORIAM

Vitalie GAMURARI, Serghei ȚURCAN. Profesorul <i>Gheorghe Guzun:</i> „Patriarhul“ teoriei generale a statului și dreptului în Republica Moldova	208
--	-----

RECENZII / REVIEWS

Vitalie GAMURARI. Recenzie la monografia „ <i>Conceptul infracțiunii militare în dreptul penal</i> “, autor ULIANOVSKI Xenofon.	210
---	-----

DATE DESPRE AUTORI	211
INFORMATION ABOUT THE AUTORS	212

CERINȚE FAȚĂ DE MANUSCRISE.	213
REQUIREMENTS FOR MANUSCRIPTS.	214

ARGUMENT

Paci sunt maxime contraria, vis et enjuria

Publicația periodică științifico-teoretică și informațional-practică „*Studii Juridice Universitare*“ fondată de Institutul Cercetări în Domeniul Protecției Drepturilor Omului (ICDPDO) și Facultatea Drept a Universității Libere Internaționale din Moldova are drept scop publicarea unor lucrări de valoare, ce reflectă rezultatele cercetărilor curente în care sunt antrenați colaboratorii a Institutului, reprezentanți ale instituțiilor din Republica Moldova și alte state.

Revista este structurată pe secții ce reflectă probleme actuale ale diverselor domenii, după cum urmează: *Drept Internațional, Drept Public, Drept Privat și Științe Penale*. Revista continue să promoveze elementul novator implementat în numerele precedente — în cadrul secțiilor respective sunt admiși doctoranzi, criteriul fiind finalizarea studiilor de doctorat și definitivarea tezei, inclusiv începerea procedurii de susținere a acesteia. Excepția în cauză vine să confirme nivelul înalt de cercetare al doctoranzilor. În egală măsură această regulă este aplicată și experților, studiile cărora prezintă interes, în special pentru practicieni.

Promovând ideea susținerii tinerilor cercetători științifici, revista conține o rubrică specială *Tribuna doctorandului*, în cadrul căreia aceștia au posibilitate să-și publice rezultatele cercetărilor, lucrările fiind recenzate de experți în domeniu.

Un alt element novatoriu pentru revistă este introducerea rubricii *Tribuna expertului*, care are ca obiectiv familiarizarea cu diverse aspecte teoretico-practice, în special prin prisma procesului de ajustare a ordinii juridice autohtone la standardele și valorile internaționale în general, și europene în special.

Rubrica *In Memoriam* este dedicată patriarhului Teoriei generale a statului și dreptului din Republica Moldova — dlui Gheorghe GUZUN, profesorul ce a activat la facultate din primele zile ale înființării acesteia și până la ultima sa răsufletare — octombrie 2003.

Una din rubricile tradiționale este prezentarea noilor lucrări științifice apărute în perioada respectivă. Prezentul număr este dedicat monografiei „Conceptul infracțiunii militare în dreptul penal“, autor Xenofon Ulianoschi, doctor în drept, conferențiar universitar.

Revista vine și-n continuare să confirme înalta apreciere dată de Consiliul Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică, fiind acreditată la categoria C, eveniment ce a fost apreciat destul de înalt atât de experții din țară, cât și de partenerii din străinătate.

Atenționăm că materialele publicate sunt plasate și pe site-ul revistei, fapt ce contribuie la sporirea calității lucrărilor prezentate.

Sperăm că această practică ulterior va duce la promovarea imaginii științei juridice autohtone în diverse state europene, iar revista „*Studii Juridice Universitare*“ va rămâne și în continuare un promotor real al valorilor științifice și al tradițiilor educaționale juridice europene.

Conf. univ., dr. Vitalie GAMURARI
Redactor-șef

DREPT INTERNAȚIONAL
INTERNATIONAL LAW

APPLICABILITÉ DE LA JUSTICE TRANSITIONNELLE DANS LES SOCIÉTÉS POST-CONFLICTUELS PAR LA LUMIÈRE DU « SYNDROME BALKANIC » (PARTIE II)

GAMURARI Vitalie, docteur es droit, maître de conférence, ULIM

La présente étude propose une analyse du processus de la mise en œuvre de la justice transitionnelle dans une zone qui a été fortement affecté par une série de conflits armés au caractère international et non international, à la fin du XXe siècle — l'ex-Yougoslavie. Les effets de ce conflit « Balkans » sont assez difficiles — la carte politique de l'ex-Yougoslavie a été essentiellement révisée, mais le rétablissement de la confiance entre les « nouveaux voisins » sera prolongé. Cette étude représente un intérêt même pour la République de Moldavie, une société qui, après l'effondrement de l'ex-URSS, s'est confrontée avec le déclenchement d'un conflits armés, moins sanglant que celui dans les Balkans, mais qui a également divisé la société en les nostalgiques de l'ancien régime et ceux qui désirent implémenter des vraies valeurs démocratiques européennes, y compris l'intégration européenne.

Mots-clés: justice transitionnelle, conflit armé, ex-Yougoslavie, tribunal, crimes de guerre.

APLICABILITATEA JUSTIȚIEI TRANZIȚIONALE ÎN SOCIETĂȚILE POST CONFLICTUALE PRIN PRISMA „SINDROMULUI BALCANIC“ (PARTEA II)

Studiul în cauză își propune o analiză a procesului de punere în aplicare a justiției tranziționale într-o zonă care a fost puternic afectată de o serie de conflicte armate cu caracter internațional și non-internațional la finele secolului XX — fosta Yugoslavia. Efectele acestui conflict „balcanic” sunt destul de dure — a fost esențial „revăzută” harta politică a fostei Yugoslavii, iar restabilirea încrederii între „noii vecini” va fi de lungă durată.

Studiul în cauză prezintă interes și pentru Republica Moldova, societate care după destrămarea fostei URSS, s-a ciocnit cu declanșarea unui conflict armat, deși mai puțin sângeros ca cel din Balcani, dar în egală măsură a divizat societatea în cei nostalgici pentru fostul regim și cei ce doresc implimentarea adevăratelor valori democratice europene, inclusiv integrarea europeană.

Cuvinte-cheie: justiție tranzițională, conflict armat, ex-Yugoslavia, tribunal, crime de război.

La différenciation du droit applicable aux forces rebelles et aux groupes criminels dans le cadre des conflits armés dans le concept de la justice transitionnelle

On peut admettre que de certains groupes criminels organisés peuvent être considérés comme des groupes armés organisés, ils peuvent être responsables de la criminalité internationale. En conséquence, même si les propositions relatives à la création d'un tribunal international pour juger les affaires de terrorisme et de trafic

de drogue ont échoué, les actions de ces groupes peuvent révéler le droit pénal international, en particulier le Statut de Rome.

A la première vue, des actes tels comme le terrorisme, le crime organisé ou les activités des groupes organisés ne constituent pas généralement le crime de génocide au sens de l'article 6 du Statut de Rome, car ils ne sont pas commis dans l'intention de « génocide » à « détruire en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux ».¹ Dans de certaines régions, comme par exemple la forêt amazonienne, les groupes criminels impliqués dans toutes sortes de trafic illicite peuvent d'une façon délibérative exterminer des groupes formés d'Indiens qui avaient défendu leur territoire contre les intrus.

Pour l'application de l'ar.7.1 du Statut de Rome le crime contre l'humanité signifie « l'un des actes mentionné ci-après lorsqu'il est commis dans une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile ». Les documents cités comprennent des crimes qui sont commis même par des organisations criminelles comme: meurtre, extermination, soumission à l'esclavage, privation de la liberté physique, torture, viol, etc. Le Statut de Rome définit la « soumission à l'esclavage » comme « l'acte d'exercer contre une personne un ou un ensemble des attributs liés aux droits de propriété, y compris dans le cadre du trafic des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants ».² L'Article 7.2 dispose « par l'attaque dirigée contre une population civile on comprend le comportement qui consiste à commettre de plusieurs actes visés au paragraphe 1, contre toute population civile, dans l'application ou en faveur de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ».

Cette disposition stipule que les crimes contre l'humanité peuvent être commis par des entités non étatiques.³ Dans le même temps, ce que nous entendons par « organisation » au sens de l'art.7.2 est discutable. Il y a une tendance à ne pas utiliser dans ce cas le critère applicable « aux groupes armés organisés », mais en fixer d'autres, tels comme le pouvoir de la force comparables à ceux des institutions étatiques.⁴ Même si cette disposition complexe ne peut être analysée en détail dans notre cas, il est évident que les groupes du crime organisé ne satisfont généralement pas une telle condition.

1 Pour une étude plus profonde de voir: Kai Ambos. What does 'intent to destroy' in genocide mean? International Review of the Red Cross. Vol.91. Nr.876. December 2009, pp.833-858 <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-876-ambos.pdf> (consultat la 13.09.2012).

2 Le Statut de Rome, art.7.2c).

3 Voir également: Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), *Le Procureur c. Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (chambre d'appel), aff aire n° IT-94-1-AR/, 2 octobre 1995, para.654-655 <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/fr/51002JN3.htm> (consulté le 16.09.2012).

4 Pierre Hauck et Sven Peterke. Le crime organisé et la violence en bande organisée dans le droit national et international. Revue Internationale de la Croix-Rouge. Volume 92. Sélection française 2010, p.250. <http://www.icrc.org/fre/assets/files/publications/icrc-001-4054.pdf> (citat la 03.09.2012).

À base de l'art.8.2.f) du Statut de Rome sont également considérées les crimes de guerre et autres violations graves des lois et des coutumes de guerre, applicables dans le cadre des conflits armés non internationaux, des conflits armés qui opposent d'une façon étendue, sur le territoire d'un Etat, les autorités gouvernementales de cet Etat et des groupes armes organisés ou des groupes armés organisés entre eux.

Ainsi donc, le droit pénal international peut être appliqué dans des circonstances exceptionnelles, aux actes commis par des groupes criminels organisés qui peuvent être poursuivis comme des crimes par la CPI ou d'autres tribunaux internationaux ou nationaux. Il est intéressant de noter qu'aujourd'hui on connaît plus de formes qui permettent l'entrée de la criminalité organisée dans le cadre du droit pénal international. Immédiatement après le déclenchement des conflits dans l'ex-Yougoslavie dans les années 1990, grâce au fait que la compétence du TPIY a été établie, la communauté internationale a pris des mesures pour restaurer et étendre l'autorité judiciaire internationale dans les pays en transition. Ainsi, par exemple, la Cour de Bosnie-Herzégovine a été créée en 2002, qui a le pouvoir général pour juger les crimes de guerre, mais également le crime organisé. En effet, la violence des gangs organisés ou d'autres actions des groupe organisées déterminent une responsabilité pénale individuelle par l'application du droit national, mais cette responsabilité est essentiellement déclenchés par le droit pénal international.

Dans le cadre du « droit pénal international par une nouvelle génération », la lutte contre le crime organisé est détenue à parité par l'établissement d'une autorité judiciaire dotée des pouvoirs au niveau national par le respect des conditions préalables à toute accusation de la violence en bandes organisées ou des comportements criminels qui relève du droit pénal international. A la meme fois, il faut également tenir compte du cadre réglementaire établi par le droit international humanitaire et le cadre réglementaire qui assure la sauvegarde des droits de l'homme.

Faire face au crime organisé et à la violence dans les bandes représente une provocation du point de vue théorique et pratique, parce que ce sont des phénomènes, des questions extrêmement complexes et dynamiques. Bien que le législateur national réagit différemment selon les caractéristiques qu'on a définies, la lutte contre le crime organisé, les bandes et la violence des bandes organisées fait de plus en plus l'objet d'une réglementation internationale qui prend la dimension transnationale du crime organisé et vient de confirmer la volonté des États de coopérer plus efficacement et d'harmoniser les législations nationales. Un cadre international complexe a été établi qui malheureusement n'est pas encore universellement reconnu et n'est pas mis en œuvre. En réalité, le recours à la force en vertu du droit international ne peut avoir lieu que dans le cas dans lequel les actes criminels peuvent être imputables à un État. Dans des circonstances exceptionnelles, cependant, le crime organisé et la violence dans des bandes organisées peuvent entrer dans le champ de l'application du droit international humanitaire et du droit pénal international. Mais ces situations sont conditionnées par le fait que les groupes criminels sont devenus des organisations qui ont le pouvoir ou des structures similaires aux Etats.

Avant d'accepter que des groupes criminels pourraient être considérés comme des groupes armés organisés, ceux-ci pourraient être soumis à la responsabilité pour les crimes internationaux. Par conséquent, même si les propositions relatives à la création d'un tribunal pour juger les affaires qui concernent le terrorisme et le trafic de drogue au moment n'ont pas réussi,⁵ les actes commis par ces groupes peuvent relever du droit pénal international, en particulier les dispositions du Statut de Rome (1998).⁶ Cependant, le même approche se heurte principalement d'un « long » dialogue sur la démarcation de démarcation entre le droit pénal international et le droit pénal international.

Partant du fait que, traditionnellement, quand il s'agit du droit pénal international, on comprend habituellement le terme « droit pénal comparé », alors que le droit pénal international reflète en grande partie l'évolution et la codification le domaine de la responsabilité dans le droit humanitaire internationale. Or, tout ce processus doit être envisagé dans son intégrité — à partir de la reconnaissance du caractère coutumier / impératif des « règles et coutumes de la guerre » dans leur formule de codage « violations graves des Conventions de Genève » et enfin « crimes de guerre » le terme universellement accepté aujourd'hui.⁷ Dans ce cas, en référence aux effets que la pratique juridique a eu et même en a dans les Balkans, nous prenons le risque de supposer que, avant les années 80 du XXe siècle, le terme « crimes de guerre » était accepté au niveau d'une doctrine puis la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie l'a confirmé même du point de vue de la pratique judiciaire. Même si le précédent judiciaire n'est pas reconnu comme une source de droit pénal, y compris du droit pénal international, la réalité semble être un peu différente. Sous l'influence de la common law, la pratique juridique, y compris en droit pénal international, a un rôle de plus en plus important.

Il n'y a pas quelque chose de nouveau si nous déterminons que la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg a influencé le procès de la codification du droit pénal international, ce qui a été confirmé même par la résolution no. 95 (1946) adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette résolution a reconnu les principes du droit pénal international déclarés par le Tribunal de Nuremberg. Par la suite, en dépit de la « guerre froide » a « gelé » l'évolution de l'institution de la responsabilité de l'institution dans le droit international humanitaire, cependant, la dernière décennie du XXe siècle a permis sa renaissance. Avec regret, mais nous devons reconnaître que cette renaissance a été assurée par le déclenchement des crises majeures avec des effets désastreux tels que l'effondrement de l'URSS et de la Yougoslavie, le dernier cas est caractérisé par une série de conflits armés sanglants.

5 Voir les discussions sur la création d'un tribunal pour juger les affaires de terrorisme: Mondial: Pour revendiquer la création d'un tribunal international contre le terrorisme <http://www.wluml.org/fr/node/1708> (consulté le 16.03.2013).

6 Voir: art.8.

7 Voir: Gamurari V., Barbăneagră A. Crimele de război. Chișinău: Reclama SA. 2008. — 500 p.

Les solutions par rapport aux personnes déplacées à l'intérieur dans la vision de la justice transitionnelle

Les conflits déclenchés sur le territoire de l'ex-Yougoslavie ont abordé une autre question importante — la situation dans laquelle se trouvent les personnes déplacées, dont le statut jusque-là était moins abordés au niveau international. Ce problème est particulièrement caractéristique aux pays confrontés à des conflits ethniques, comme par exemple celui de l'ex-Yougoslavie et dans le Caucase (Karabakh, Abkhazie, Ossétie), mais elle n'évite ni les pays qui connaissent des conflits politiques, tel comme le cas de la République de la Moldavie. Les personnes déplacées à l'intérieur en absence d'une réglementation au niveau national et international sont défavorisées, il est même étrange que cela puisse paraître, en ce qui concerne les réfugiés, dont le statut est régi par la Convention de Genève de 1951.

Rappelons que la maltraitance envers des personnes déplacées à l'intérieur du pays ont longtemps été des priorités pour les grandes puissances du Conseil de sécurité des Nations unies. À présent, selon des calculs il existe plus de 27 millions de personnes déplacées à l'intérieur, dépassant le nombre de réfugiés officiellement reconnus.⁸ Les situations au Darfour, le Soudan et la République démocratique du Congo ont montré récemment que l'extrême vulnérabilité des civils ne conduit pas automatiquement à une intervention en leur faveur. Rappelez-vous juste que cela se réfère aux premières années après la fin de la « guerre froide ». En Irak, le gouvernement de Saddam Hussein a été armé et aidé notamment par les Etats-Unis et la Grande-Bretagne au cours des années 80 du XX siècle, en dépit de plusieurs rapports crédibles qui concernent le déplacement systématique des minorités tel comme l'exemple des Kurdes du nord du pays.

Même la répression brutale des révoltes chiites et kurdes au mois de mars 1991 n'a pas provoqué au début la réaction en faveur des populations civiles menacées. En Bosnie, les plus graves nettoyages ethniques, à l'exception de Srebrenica, ont eu lieu dans la période entre avril et juillet 1992. En dépit de l'expérience du conflit armé en Croatie et la présence des casques bleus à Sarajevo, les multiples informations concernat les exactions des paramilitaires serbes, des appels du CICR du UNHCR, le Conseil de sécurité n'a pas réagi. De même, au Rwanda, les membres du Conseil de sécurité ont ignoré les avertissements sur la planification d'un génocide. Au moment du déclenchement des massacres, en avril 1994, le nombre des casques bleus situés à Kigali a été réduit de manière significative, et leur mandat a subi des changements.⁹ Enfin, en 1998, pendant la première année du conflit ouvert au Kosovo, les chefs des gouvernements des Etats de la occidentale espérait aux négociations avec le gouvernement de Belgrade. De là jusqu'en mars 1999 les réfugiés albanais ont été

8 Internal Displacement: Global Overview of Trends and Developments in 2010 (March 2011) <http://www.internal-displacement.org/publications/global-overview-2010> (consulté le 15.03.2013).

9 Voir la Résolution du Conseil de Sécurité de l'ONU nr.912 du 21.04.1994 [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/912\(1994\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/912(1994)) (consulté le 22.03.2013).

encouragés à retourner dans leurs villages détruits, ou au moins rester dans le pays. En mars 1999 l'entrée de l'OTAN dans le conflit a provoqué le retrait brutal des observateurs de la part de l'OSCE, dont la mission consistait à surveiller le procès du cessez- du -feu signé en Octobre 1998 et en assurer à la population civile. En conséquence, des centaines de milliers des personnes déplacées à l'intérieur avaient été abandonnés.¹⁰

Il est à noter que dans le cas de l'ex-Yougoslavie, juste comme dans le cas de l'Irak et le Rwanda, le problème des personnes déplacées à l'intérieur devient l'objet des négociations diplomatiques, entre temps les Etats voisins ont été contraints de fermer leurs frontières devant un exode massif des réfugiés. En Juillet 1992, la Croatie a fermé ses frontières aux réfugiés bosniaques, provoquant un dialogue sur ce sujet en Europe.¹¹

Dans le cadre de certaines importantes conférences sur le conflit en Yougoslavie en 1992, Linda Chalker, s'exprimant au nom de l'Union européenne, a déclaré qu'elle considérait que la meilleure façon de minimiser le problème de la migration est d'essayer d'arrêter l'exode des personnes déplacées, en fournissant une assistance suffisante qui leur permettrait de leur assurer la sécurité sur le territoire de l'ex-Yougoslavie.¹²

Dans ce cas, l'aide humanitaire est clairement conçu comme un moyen de la politique migratoire. Ainsi, en automne de 1992, l'idée des zones de sécurité humanitaire en Bosnie a été invoquée comme la solution possible pour les prisonniers de Bosnie, libérés des camps serbes, pour lesquels le CICR n'avait pas trouvé les pays à les recevoir.¹³ Quelques mois plus tard, au printemps de 1993, l'offensive serbe en Bosnie orientale a placé la communauté internationale devant deux dilemmes — la ville assiégée Srebrenica ne pouvait plus résister. Il fallait décider — soit à intervenir, soit à accepter l'évacuation totale et ainsi abandonner les efforts diplomatiques de M. Vance et Owen. Par conséquent, Srebrenica a été déclarée « zone humanitaire sûre ». De cette façon, il est clair que, en 1991 et 1992, le démarrage d'une assistance humanitaire *in situ* avait comme l'objectif la limitation de l'exode ou l'évacuation des civils.

10 Voir: Roberta Cohen and David A. Korn. Failing the internally displaced. In: Forced Migration Review. Learning from Kosovo, nr.5, Août 1999, p.11-13 <http://www.fmreview.org/FMRpdfs/FMR05/fmr5full.pdf> (consulté le 20.03.2013).

11 Voir: A Comprehensive Reponse to the Humanitarian Crisis in the former Yugoslavia. UN-HCR Report, 24 July 1992, HCR/IMFY/1992/2 <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=country&category=&publisher=&type=LEGALPOLICY&coi=HRV&rid=&docid=438ec8aa2&skip=0> (consulté le 22.03.2013).

12 Cécile Dubernet. Quand l'espace humanitaire devient une zone de guerre : personnes déplacées et peurs sécuritaires. Recueil Alexandries, Collections Esquisses, janvier 2006 <http://www.reseau-terra.eu/article346.html> (consulté le 23.03.2013).

13 Les données sont tirées de la pratique acquise, au fil des années, par l'auteur comme expert du Comité international de la Croix-Rouge.

Il fallait donner une réponse à la question « sous quelle forme que ce processus soit mis en place ». Offrir de nouvelles formes de sécurité dans certains pays conflagrants des conflits armés était donc une réponse imaginée des pays occidentaux, comme un impasse diplomatique contre les nettoyages ethnique en Bosnie. Cette protection internationale a été offerte au lieu d'une hospitalité inexistante. Elle a été conçu avant tout comme une stratégie par l'intermédiaire duquelle on devrait limiter les souffrances, qui à son tour pouvait mener inévitablement à limiter la fuite. Cette approche, quand l'aspect humanitaire sert des objectifs de sécurité et de stabilité, entre-temps avait des conséquences imprévisibles, souvent dramatiques.

La première conséquence de l'aspect humanitaire de l'ordre de la sécurité est le fait que la protection internationale ne se rapporte pas en grande partie aux personnes, mais aux certains endroits, aux zones tampons, aux frontières menacée. Les délais couramment utilisés dans le cadre de la politique respective sont les suivants: espaces humanitaires, zones de sécurité, voies de sécurité, zones d'air exclusifs, en se concentrant sur les zones où le niveau de risque doit être réduit ou contrôlé. Les forces de protection des Nations Unies (FORPRONU) ont été créées à l'origine pour maintenir l'ordre dans des régions de l'est de la Croatie. Ultérieurement en Bosnie, les zones de sécurité ont été bien définies en fonction de leur valeur stratégique. L'importance des négociations de l'ordre géopolitique sont en contraste avec l'absence des débats sur la protection des personnes impliquées. Il en résulte le résultat — les routes et les convois ont été mieux protégés que les victimes du conflit.

Le second aspect de ces zones protégées est le manque de la liberté de la circulation. En Bosnie, malgré le fait que Srebrenica fut déclarée la zone de sécurité, toute évacuation a été stopée, en dépit du fait que le petit endroit étouffait d'un grand nombre des réfugiés des localités voisines. Elle se transformait en un vaste camp assiégé, entièrement dépendant de l'aide internationale.¹⁴ Des couloirs humanitaires, comme celui organisé dans le cas de Sarajevo avaient des autres buts que la livraison de la nourriture, à l'exception de la possibilité des évacuations, à l'exception de quelques cas médicaux. En résumé, la création des zones de sécurité permet de grouper les civils et de limiter leur chance de quitter les zones de conflit comme par exemple de demander l'asile à l'étranger ou dans leur propre pays. La forme sous laquelle les gouvernements occidentaux insistaient sur le droit de rester et de s'opposer à l'épuration ethnique ne doit pas masquer le fait que les personnes déplacées n'avaient pas le choix et devaient rester en place dans des circonstances très dangereuses.

Le troisième aspect vient de compléter les deux premiers. L'objectif de l'action internationale est d'arrêter l'exode, le contrôle des déplacements de population a comme la priorité la sécurité des personnes. Pas une seule fois les troupes de l'ONU ont été contraints de coopérer avec les dirigeants de ces populations, sans tenir compte de leur attitude envers les droits de l'homme. Ainsi, les militaires, parlementaire,

14 Cécile Dubernet, op. cit.

les trafiquants, etc. étaient légitimes par leur statut d'intermédiaires entre les civils et les casques bleus des ONG humanitaires.

En conséquence, les zones de sécurité sont rapidement transformées en centres de contrebande, de crimes et de persécution des personnes qui ont des opinions différentes de celles promues par les leaders respectifs. Cette violence interne a été aggravée par les attaques de l'extérieur. L'attaque sur la localité Srebrenica en Bosnie en 1995, n'a pas été arrêtée par les casques bleus y stationnés. Plusieurs milliers d'hommes bosniaques ont été séparés de leur famille à l'intérieur de la base de la FORPRONU à Potocari avant d'être exécuté. En outre, juste Tadeusz Mazowiecki, le représentant de l'ONU pour les droits de l'homme en Bosnie a démissionné après ce massacre.

Les événements en Bosnie, plus exactement dans l'ex-Yougoslavie, à côté des tragédies des autres régions sousmentionnées telles comme le Darfour, Rwanda, Congo etc ont influencé l'ONU et ont contribué à la création des principes directeurs des Nations Unies relatifs au déplacement interne, publiés en février 1998.¹⁵ A l'absence du caractère d'un accord international ces principes ont juste la tâche d'encourager les Etats, les forces militaires et les autres participants à respecter les règles humanitaires harmonisées.

Le conflit au Kosovo est venu comme un défi pour le nouveau guide. En 1998 et au début de 1999 les mécanismes de protection ne fut pas mis. Les souffrances des personnes déplacées avaient été minimisées alors que la communauté internationale cherchait un règlement négocié avec le gouvernement de Slobodan Milosevic. Avec l'entrée en conflit avec l'OTAN, la question de la persécution des personnes à l'intérieur a été rendue publiquement, en particulier dans le cadre des conférences de la presse quotidienne. Également le retrait des terrains des observateurs de l'OSCE et de toutes les agences humanitaires n'ont pas permis la protection des civils de la persécution de la part des paramilitaires. Ce conflit a fait un vrai désordre, non seulement parmi les réfugiés cloutés l'Albanie et la Macédoine, mais aussi parmi des centaines de milliers des personnes qui sont restés dans les limites des frontières du pays. D'autre part, le placement des forces internationales autour de l'Armée de libération du Kosovo a menacé des civils de l'origine serbes. La victoire des alliés a entraîné le nettoyage ethnique massif des Serbes organisé par des paramilitaires albanais. De ce fait, le conflit au Kosovo a mis en évidence les limites du système de protection des personnes déplacées mis en place par les Nations Unies.

Le problème des personnes déplacées à l'intérieur ne peut être étudié sans examiner la question de la migration forcée. La plupart des experts reconnaissent les conséquences humaines dramatiques de la fermeture des frontières par les pays voisins. En se référant à l'ex-Yougoslavie, cela reflète la position des Etats occidentaux. Dans ce cas-ci, nous pensons que la situation des personnes déplacées était payée par

15 Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays <http://www.law.georgetown.edu/idp/french/GPFFrench.pdf> (consulté le 27.03.2013).

l'intervention politique, dont l'objectif était de maintenir les civils dans leur propre pays à cette période compris par les flammes de la guerre. Dans de telles circonstances cette Polirem ressemble plus à des pertes réelles de prisonniers. En réalité, les victimes du nettoyage ethnique en Bosnie n'ont pas bénéficié du droit de rester, telle comme ils étaient revendiqués, mais ils ont été contraints de rester.

Conclusion

A la suite de l'étude effectuée on peut constater que la situation post-conflit dans les Balkans a augmenté l'intérêt pour la mise en œuvre de la justice transitionnelle. Cependant, il semble naturel que ce processus prend du temps et reflète les aspirations des futures générations pour établir un climat de la confiance mutuelle. Le syndrome des Balkans fera écho longtemps pour les sociétés européennes qui croyaient naïvement que la catastrophe de la Seconde Guerre mondiale ne sera jamais répétée, et les crimes de ce genre commis pendant cette période sont unimaginables dans la vision d'une société qui a évaluée pendant des siècles et qui a atteint un niveau du développement élevé. Mais, malheureusement, la réalité est d'une nature différente. Personne ne pouvait imaginer en 1984, lorsque les Jeux olympiques ont eu lieu à Sarajevo, que c'est seulement dans moins de 10 ans, cette belle ville se transformerait en ruines, et ses rues peuvent être confondues avec celles des villes européennes pendant la période de la Seconde guerre mondiale. Même si l'infrastructure peut être restaurée, la mémoire de la société en passant par ce conflit restera affectée pendant une longue période. Les Allemands ont eu besoin plus de 20 ans de se réconcilier moralement avec ses anciens ennemis, mais les hommages rendus par l'ancien kancelária allemand Willi Brand devant le monument aux victimes du ghetto de Varsovie ont eu des réactions controverses dans la société allemande. Voici juste un exemple. La génération des années 80 du XXe siècle garde bien à l'esprit la fameuse équipe nationale de basket de l'Yougoslavie et ses légendes — le croate Drazen Petrovic et le serbe Vlade Divac, qui, ensemble, faisaient des merveilles sur le terrain. Éclatement sanglant de la Yougoslavie et le conflit en 1991 entre la Serbie et la Croatie ont fait les anciens amis deviennent des ennemis sans aucune chance de parvenir à un accord, notamment en raison du décès en 1992 du croate Drazen Petrovic. Les sportifs, desquels tout le pays était fier, un instant sont devenus otages des politiques nationalistes de leurs Etats.

L'achèvement de la phase active du conflit des Balkans avec l'implication directe des forces de l'OTAN, a permis la mise en place des mécanismes de la justice transitionnelle, dont les effets sousmentionnés, malheureusement, seront observés plus tard. Dans le cadre de ce processus, il est devenu possible que les mères, les soeurs, les épouses apprennent le destin des enfants, des frères, des maris, même si dans de nombreux cas, ils étaient morts. Les spécialistes du CICR ont mentionné pas seulement une fois qu'il y des sociétés qui ne veulent pas promouvoir les normes qui prévoient des règles de deuil et des certaines traditions religieuses.

La création des commissions pour la Vérité, des Commissions d'enquête, apporter des excuses publiquement etc. ont comme objectif d'informer la société, de réviser (dans un sens correct) l'histoire et d'apprécier d'un mode les événement du passé. À cet égard, un rôle particulier est accordé à la Commission de Conciliation, comme le temps passe par le sentiment et le désir de se venger, et les parties dans de telles circonstances deviennent disponibles pour démarrer le processus des négociations afin de trouver un dénominateur commun.

L'étude de la pratique des Etats de la composition de l'ex-Yugoslavie représente un intérêt discutable pour les sociétés post-conflits, même pour la République de Moldavie. En dépit du fait que les situations de l'ex-Yugoslavie et celles de la République de Moldavie sont substantiellement différentes, le conte tenu de la nature et l'ampleur des conflits et l'implication massive dans le premier cas de la communauté internationale, mais certains clauses, méthodes et moyens peuvent être appliquées par analogie. C'est surtout il s'agit des réformes entreprises dans des divers domaines, y compris dans le système judiciaire, éducatif et informationnel.

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ И ПОЛИТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ СОЗДАНИЯ И ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ ЗОНЫ СВОБОДНОЙ ТОРГОВЛИ В ОТНОШЕНИЯХ УКРАИНЫ И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Александр Викторович ЗАДОРЖНЫЙ

Профессор, заведующий кафедрой международного права Института международных отношений Киевского национального университета им. Т.Г. Шевченко

В статье рассмотрены международно-правовые вопросы создания и функционирования ЗСТ СНГ состоянию на конец 2012 года. Проанализирована практика применения предыдущих договоров — 1993 и 1994 годов, а также проанализированы положительные и критические положения Соглашения 2012 года.

Ключевые слова: торговые ограничения, тарифные ограничения, санкции, соглашение о зоне свободной торговли

В статті розглянуті міжнародно-правові питання створення і функціонування ЗВТ СНД станом на кінець 2012 року. Проаналізована практика застосування попередніх угод — 1993 та 1994 років, а також проаналізовані позитивні і критичні положення Угоди 2012 року.

Ключові слова: торгові обмеження, тарифні обмеження, санкції, угода про зону вільної торгівлі

PROBLEMELE JURIDICE ȘI POLITICE INTERNAȚIONALE REFERITOARE LA CREAREA ȘI FUNCȚIONAREA ZONEI DE LIBER SCHIMB ÎNTRE UCRAINA ȘI FEDERAȚIA RUSĂ

Abstract. The article deals with international legal issues of creation and functioning of CIS FTA by the end of 2012. Analyzed the practice of previous agreements — in 1993 and 1994, and analyzed the positive and critical provisions of the Agreement of 2012.

Keywords: trade barriers, tariff restrictions, sanctions, agreement on free trade zone.

В течение 2010—2012 гг. Россия оставалась ведущим внешнеторговым партнером Украины¹, а Украина — одним из основных партнеров РФ (6-м по объемам товарооборота по данным за 2010 год)². Очевидно, что активизация

1 Власова-Захарченко М.С. Стратегічний аналіз умов експортно-імпортової діяльності України на світових ринках // Бюлетень Міжнародного Нобелівського економічного форуму. — № 1 (5). — Том 2. — 2012. с. 47.

2 Кулик С. А., Спартак А. Н., Юргенс И. Ю. Экономические интересы и задачи России в СНГ. — М.: Институт современного развития. — 2010. с. 16.

двусторонних отношений в этой сфере имеет для нашего государства ключевое значение³.

Однако, несмотря на значительный рост товарооборота между двумя государствами, который в 2011 году достиг исторического максимума — 50 млрд. долл. США, значительные трудности в торговой сфере сохранились. Как отмечает В. Мироненко, с избранием президентом Украины В. Януковича и концентрацией власти в руках Партии регионов сложились исключительно благоприятные условия для восстановления и усиления российского политического влияния в Украине, а также для развития торгового сотрудничества между двумя государствами. И, тем не менее, никаких решительных изменений в российско-украинских отношениях не произошло. Более того, во второй половине 2011 года появились явные признаки нового кризиса⁴.

Россия не собиралась отказываться от своей традиционной практики введения ограничений в отношении товаров, импортируемых из Украины. Наиболее ярким примером стала так называемая «сырная война» 2012 года. 11 января 2012 года Главный государственный санитарный врач РФ Г. Онищенко сделал заявление о низком качестве сыров украинского производства. По его мнению, при производстве данного вида продукции в Украине бесконтрольно используются растительные компоненты, в частности, пальмовое масло. 8 февраля Россия официально запретила импорт с трех сырзаводов Украины (ЧП КФ «Прометей» (Черниговская область), АО «Пирятинский сырзавод» и ООО «Гадячсыр» (оба — Полтавская область)) из-за несоответствия их продукции требованиям Технического регламента на молочную продукцию и молоко РФ. 27 февраля без объяснения причин запрет на экспорт сыра в Россию был распространен на Баштанский и Лозовский сырзаводы, завод компании «Бель Шостка Украина» и Хмельницкую маслосырбазу⁵.

Эти события сопровождалась острыми заявлениями со стороны представителей обеих сторон. Так, 10 февраля министр иностранных дел Украины Константин Грищенко заявил: «Удивило, мягко говоря, заявление руководителя Роспотребнадзора относительно украинских сыров. От того, что сыра будет меньше в российских магазинах, вряд ли выиграют российские потребители. Надеюсь, мы сумеем решить эту проблему». В ответ Г.Онищенко заявил, что решил приостановить исполнение договоренностей по «сырной проблеме», до-

3 Солонінко К.С. Інтеграційна політика України: інституційні аспекти // Вісник Житомирського державного технологічного університету. — №4 (54). — 2010. с. 300.

4 Мироненко В. Черноморский регион: безопасность и российско-украинские отношения. Доклад в Центре Карнеги в Москве // Персональный сайт Виктора Мироненко [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.mironenko.org/index.php?option=com_content&task=view&id=151&Itemid=8. — 27.10.2011.

5 Украина не выполняет «сырные» договоренности — Роспотребнадзор // Подробности [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://podrobnosti.ua/economy/2012/07/24/848743.html>. — 24.07.2012.

стигнутых 9 февраля на переговорах с министром аграрной политики Украины Н. Присяжнюком⁶.

Лишь 26 апреля после серии переговоров санитарная служба России официально разрешила поставки сыра с трех украинских заводов, которые были проинспектированы российскими экспертами. Продукция украинских заводов «Дубномолоко», «Гадячсыр» и «Прометей» осталась заблокированной. 17 мая были сняты преграды относительно импорта сыра с предприятий «Гадячсыр» и «Прометей»⁷.

В результате указанных ограничений, Украина только в первой половине 2012 года не досчиталась 46 млн. долл. США (было отгружено на 7,7 тыс. тонн сыра меньше, чем за аналогичный период предыдущего года). Кроме того, экспорт молочной продукции из Украины в первом полугодии 2012 года сократился на 78,9 млн. долл. США или на 29% по сравнению с первым полугодием 2011 года. Кроме запрета на экспорт сыров в Россию, это было вызвано также уменьшением отгрузок сливочного масла и цельномолочной продукции. Было экспортировано на 20% меньше сухого молока, на 56% меньше — цельномолочной продукции, и аж на 81% меньше сливочного масла. Общие потери составили 78,9 млн. долл. США⁸.

4 октября 2012 года был введен временный запрет на ввоз в страны Таможенного союза молочной и мясной продукции восьми украинских производителей. В предварительном отчете о проведенном в июле этого же года инспектирования украинских предприятий по производству продукции животного происхождения, которое и стало причиной для введения санкций, содержатся списки нарушений по нескольким украинским предприятиям. Кроме того, Федеральная служба РФ по ветеринарному и фитосанитарному надзору с 15 октября ввела временные ограничения на поставки сыра с украинского предприятия «Дубномолоко»⁹.

Кроме того, в марте 2012 года появились сообщения о том, что российские производители сахара обратились к Евразийской экономической комиссии с просьбой защитить их от демпинговых поставок из Украины. Речь идет об опасности введения Россией ограничительных мер в отношении сахара, поступающего из Украины.

В общем, торговые отношения Украины и России на протяжении 2010—2012 гг. были не столь конструктивными, как предполагалось в момент вступления

6 Заява МЗС України: заява Онищенка виявляє політичне підґрунтя «сирної проблеми» // Міністерство закордонних справ України [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.mfa.gov.ua>

7 Росія застерігає Україну від повторення помилок у «сирному конфлікті» // International Weekly. — №21-22 (04.06-18.06.2012). с. 42

8 Потіха А. Українсько-російські відносини на продовольчому ринку // Резонанс (Бюлетень матеріалів, підготовлених на базі аналізу оперативної інформації електронних видань). — № 83. — 01.11.2012. с. 7

9 *Idem.* с. 6

В. Януковича в должность. Как отметил по этому поводу политолог В. Фесенко: «Состояние отношений между Украиной и Россией можно характеризовать следующим образом: это стагнация, рост напряжения и конфликтное состояние по отдельным направлениям — сыр, приближение к конфликту по газу и возможность конфликта по сахару. Нынешняя не лучшая ситуация связана с тем, что обе стороны имеют завышенные ожидания и неадекватно оценивают интересы партнеров. ... На мой взгляд, нужен поиск компромисса — ни позиция украинской стороны, ни позиция российской стороны в нынешнем виде не может стать условием выхода из нынешней стагнации»¹⁰.

По оценкам специалистов Международного центра перспективных исследований, проблемы в торговых отношениях вызваны желанием втянуть Украину в интеграционные проекты, локомотивом которых является Москва. Речь идет об СНГ, ЕврАзЭС, ЕЭП, ТС, а в будущем могут появиться и другие. Именно поэтому регулярно происходят торговые войны, а в последнее время российское политическое руководство ставит прямые ультиматумы относительно выбора между ЕС и спонсируемыми Россией интеграционными проектами¹¹.

Очевидно, что руководство Украины связывает перспективы решения торговых проблем в отношениях с Россией, прежде всего, с внедрением полномасштабной зоны свободной торговли (ЗСТ) без изъятий и ограничений. Создание такой ЗСТ предусматривает: отмену российской экспортной пошлины и НДС на нефть и газ; реализацию российских энергоносителей в Украину по внутренним российским ценам; создание «единого энергетического пространства», что предполагает формирование стратегических энергетических запасов стран-участниц; получение полного доступа на российский рынок через отмену торговых барьеров; отмена российских антидемпинговых мер относительно украинских товаров, импортных квот на металлопродукцию и некоторые другие товарные группы. Иными словами, две главные темы ЗСТ — это энергетика и российские квоты на украинскую продукцию¹².

Несмотря на подписание в 1993 году Соглашения между Правительством Украины и Правительством Российской Федерации о свободной торговле¹³, а в 1994 году — Соглашения о зоне свободной торговли в рамках СНГ¹⁴, ЗСТ между Украиной и Россией так и не появилась. Первая сделка была нивелиро-

10 Ворошилов О. Рабочий визит Президента Украины В. Януковича в Москву 19-20 марта 2012 г. // Україна: події, факти, коментарі. Інформаційно-аналітичний журнал. — 2012. — № 7. с. 3-8

11 Регіональна інтеграція // Міжнародний центр перспективних досліджень. — К.: 2011. с. 14

12 Шеретюк О. Українсько-російські відносини в контексті євроінтеграційної політики України // Політичний менеджмент. — №3. — 2008. с. 159–160

13 Угода між Урядом України та Урядом Російської Федерації про вільну торгівлю від 24.06.1993 р. // Зібрання чинних міжнародних договорів України. — № 4. — Кн. 1. — 2004. с. 384

14 Угода про створення зони вільної торгівлі від 15.04.1994 р. // Офіційний вісник України. — 2000. — №17.

вана большим количеством исключений и ограничений, а вторая фактически не действовала из-за отказа России осуществить ее ратификацию. В 2011 году была осуществлена новая попытка — Договор о зоне свободной торговли СНГ 18 октября подписали, помимо РФ и Украины, Азербайджан, Армения, Таджикистан, Беларусь, Туркменистан, Казахстан, Узбекистан, Киргизия и Молдова¹⁵. (Соглашение, ратифицированное Верховной Радой Украины 30 июля 2012 г., вступило в силу в сентябре того же года)¹⁶.

Согласно Договору (ст.2) Сторона не применяет пошлины и другие платежи, эквивалентные пошлине, относительно экспорта товара, предназначенного для таможенной территории другой Стороны, и/или импорта товара, происходящего из таможенной территории другой Стороны, за исключением случаев, предусмотренных в Приложении 1, являющимся неотъемлемой частью настоящего Договора. Стороны не повышают уровня ставок пошлины во взаимной торговле по товарам, указанным в Приложении 1 к настоящему Договору¹⁷.

В список исключений (Приложение 1) включены пошлины на поставки сахара в Россию, Беларусь, Казахстан и Молдову: для стран Таможенного союза они составят 340 долл. США/тонна (без срока ограничения), для Молдовы — 75% от таможенной стоимости до 2015 года. Также в изъятия включена пошлина в размере 50% от таможенной стоимости на поставку в Украину сахара из Таможенного союза и Молдовы. Россия сохранила экспортную пошлину на природный газ в размере 30%, но с оговоркой, что для Украины будет действовать специальная формула. Украина сохраняет экспортные пошлины на ферросплавы, металлолом и семена подсолнечника в размере, закрепленном в договоренностях с ВТО. Кроме того, Соглашение предусматривает свободу транзита, но с оговоркой, что под действие регулирующих транзит положений не подпадает транзит трубопроводным транспортом. Однако Стороны обязались в течение 6 месяцев после вступления Соглашения в силу начать переговоры по подготовке отдельного соглашения о транзите трубопроводным транспортом.

Стоит добавить, что Соглашение предоставляет сторонам возможность вводить антидемпинговые и защитные пошлины, но регулирует процедуру необходимых для этого консультаций. Спорные вопросы между сторонами выносятся на рассмотрение или Экономического суда СНГ (находится в Минске, Беларусь), или специально созданной комиссии экспертов¹⁸.

15 Договір про зону вільної торгівлі Співдружності Незалежних Держав від 18.10.2011 р. // Офіційний вісник України. — № 72. — 01.10.2012.

16 Закон України «Про ратифікацію Договору про зону вільної торгівлі Співдружності Незалежних Держав» від 30.07.2012 р. // Голос України. — №147. — 11.08.2012.

17 Договір про зону вільної торгівлі Співдружності Незалежних Держав від 18.10.2011 р. // Офіційний вісник України. — № 72. — 01.10.2012.

18 Набув чинності договір про зону вільної торгівлі у СНД // Дзеркало тижня. — 20.09.2012 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://news.dt.ua/ECONOMICS/nabuv_chinnosti_dogovir_pro_zonu_vilnoyi_torgivli_u_snd-109004.html

Как справедливо отмечает В. Юрчишин, в целом позитивная направленность идеи для Украины в значительной степени нивелирована закрепленными инструментами ее практической реализации¹⁹. В Соглашении, по сути, игнорируются системные уроки формирования и функционирования успешных интеграционных экономических образований²⁰, а также закрепляются значительные диспропорции, которые ухудшают условия торговли для Украины (значительные исключения из общих положений в пользу России в импорте, вывода из Соглашения ряда проблемных сырьевых вопросов). Кроме того, для Соглашения о ЗСТ СНГ характерны асимметричность (в пользу, прежде всего, России) в закреплении экспортной пошлины на значительное количество товаров и дискриминационный характер положений о такой важной для Украины составляющей, как свобода транзита, поскольку эта свобода не распространяется на трубопроводный транспорт. Эти недостатки не являются единственными потерями для Украины. Однако только они уже полностью нивелируют потенциальные выгоды от участия нашего государства в ЗСТ стран СНГ²¹.

Соглашение, по сути, направлено на восстановление и усиление управленческих структур СНГ, доминирующую роль в которых будет играть Россия. Вместе с тем, согласно международной практике, в процессе формирования ЗСТ характерно постепенное расширение уровней торговой и экономической интеграции после достижения определенных результатов. Так, нынешний ЕС начинал с Европейского объединения угля и стали (1951 г.), в рамках которого были разработаны механизмы сотрудничества, контроля, разрешения противоречий, а уже потом произошел переход к Европейскому экономическому сообществу (1957 г.) путем, как постепенного расширения количества участников, так и углубления интеграционных процессов²².

Относительно ЗСТ стран СНГ реализуется совсем другая политика — создается структура, характерной особенностью которой является внедрение значительных торговых ограничений для дальнейшей (возможной) отмены. Однако, это иллюзорные намерения, поскольку требования конкуренции, необходимости «поддержки национального производителя» будут препятствовать добросовестному устранению ограничений. Скорее следует ожидать внедрения новых пересмотров в направлении усиления торговых ограничений. То есть, если ЗСТ начинается с исключений и ограничений, а также нарушений процедурных и нормативных условий, то такая зона уже не свободна и, по сути, обречена на неудачу²³.

19 Юрчишин В. Окремі ризики залучення України до сфери економічних інтересів Росії // Національна безпека і оборона. — №4-5 (133-134). — 2012. с. 88-89

20 Участь України в регіональних торговельних союзах: вигоди і виклики. Аналітична доповідь Центру Разумкова. — Національна безпека і оборона. — 2007. — №7. с. 14-18

21 Юрчишин В. *Цит. соч.* с. 88-89

22 *Ibidem*

23 Договор о зоне свободной торговли (ст. 7 «Свобода транзита») // УНІАН. — 18.10. 2011. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://economics.unian.net/files/1321777387.pdf>

ESSENCE AND GENESIS OF REGULATORY SUPPORT OF HIGHER EDUCATION IN UKRAINE DURING 1991—2012

L.I. MYSKIV

Candidate of Law Science, Associate Professor of the Department of International Law and Comparative Jurisprudence Kyiv International University

СУЩНОСТЬ И ГЕНЕЗИС НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ УПРАВЛЕНИЯ ВЫСШИМ ОБРАЗОВАНИЕМ УКРАИНЫ В ПЕРИОД 1991—2012 ГГ.

В исследовании предлагается ознакомиться с анализом положений ряда нормативно-правовых актов Украины в сфере образования, часть которых имеет программный и концептуальный характер, также по мнению автора, имеют определяющее значение и раскрывают сущность управленческих процессов становления высшего образования Украины, как в период их принятия так и по сей час.

Ключевые слова: *высшее образование, нормативно-правовое обеспечение, постановление, указ, распоряжение, система образования.*

The research is propose to read analyzes of thesis of a number of regulatory legal acts of Ukraine, part of which has program or conceptual nature. As the author says it has determining significance and reveal the essence of management processes in the formation of education of Ukraine, like in the period of their acceptance, till nowadays.

Keywords: *higher education, regulatory support, resolution, order, system of education.*

Formation and evolution of higher education in Ukraine were accompanied by acceptance of the row of regulatory acts. The Law of Ukraine 'On Education' of 23.05.1991 was the first step on a way to find solutions on problems and disadvantages of post-Soviet education system. At a first time for a few centuries Ukraine independently identified a main principles of education system, without being ruled by another country. There were established education authorities and their powers. To the list of high schools were included: technical schools, colleges, institutes, conservatories, academies, universities and etc. Norms about an autonomy of high schools were consolidated. The Law 'On Education' became a basis for further activity of the Ministry of Education in development of the concept of level education and training personnel.

June 1, 1992 the Government of Ukraine approved the «Regulations on the accreditation of higher education institutions» by its resolution¹. Four years later, the

1 Presidential Decree «On main directions of the reform of higher education in Ukraine» dated 12.09.1995 № 832 // [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon2.rada.gov.ua/>

Cabinet of Ministers of Ukraine, accept the Resolution «On Licensing, certification and accreditation of educational institutions» (12 February 1996), which terminates the foregoing provision and afterwards approved a number of other provisions, such as: «Regulations on the accreditation of higher education institutions' «Regulations on the State Accreditation Commission,»². And their activity was terminated, and they have been replaced with the «Regulations on the accreditation of higher education institutions and professions in higher education and higher professional schools» on August 9, 2001 and «Regulations on the accreditation committee» on 29 August 2003, which is valid till nowadays. The procedure of accreditation and challenging the Commission's decision, the rights and obligations of the institution on the results of accreditation expertise, funding, accreditation are determined by provisions. «Regulations on the accreditation committee» on 29 August 2003 established that the Accreditation Committee is a permanent collegial body that provides compliance with the requirements for licensing, certification and accreditation of higher, vocational and postgraduate education, enterprises, institutions and organizations for directions (specialties) and occupational training and retraining of Postgraduate Education³. Accreditation Commission as a Department of Higher Education has a significant impact on the development of the national higher education system, improving its quality and compliance with the urgent needs of the state and society.

Since 1993, the Government of Ukraine adopted several regulations for improving the network of higher education institutions on the basis of which were formed, liquidated and reorganized a number of universities and some university faculties. In particular, these regulations are: CMU Resolution «On improving the network of higher education institutions» from August 13, 1993⁴, «On improving the network of higher education institutions» from August 29, 1994⁵ «On improving the network higher and vocational education institutions, «from May 29, 1997»⁶ On the reorganization of higher education and research institutions of the Ministry of the Interior «on September 8, 2005»⁷ On measures to optimize network higher military

2 Resolution of CMU «On Licensing, certification and accreditation of educational institutions» from 12.02.1996, N 200 // [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/200-96-%D0%BF>

3 CMU Resolution «On licensing of educational services» from August 29, 2003 № 1380 // [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/>

4 CMU Resolution «On improving the network of higher education institutions» from August 13, 1993 N 646 // [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/>

5 Postanova Ministers «On Improving the network of higher education» on August 29, 1994 N 592 // [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon.nau.ua/doc/>

6 CMU Resolution «On Improvement of Higher and vocational education», from May 29, 1997 N 526 // [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/>

7 CMU Resolution «On reorganization of higher education and research institutions of the Ministry of the Interior» on September 8, 2005 N 880 // [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/>

institutions and military training units of higher education institutions «on May 26, 2005,»⁸ On improving the network of higher educational institutions of the Ministry of the Interior «on February 22, 2008»⁹ On measures on further optimization of high military education and military training units higher education «on November 7, 2012»¹⁰, CMU Order «Some aspects of organizing a network of higher education» on June 15, 2006¹¹.

Besides, a significant place in the formation and development of higher education system have played and continue to play a different kind of program, planning and concept papers, which reflected the priorities, directions and aspirations of national education policy. First of all, we should mention the Congress of the teachers of Ukraine, which was approved by the State National Program «Education. Ukraine XXI century». This program was approved by the Cabinet of Ministers «On the State National Program «Education» («Ukraine XXI Century»)»¹² on November 3, 1993. Together with identifying issues and directions for reform of a higher education in the Program were determined the ways of its implementation.

In the Decree of the President on September 12, 1995 «The Principles of Higher Education Reform in Ukraine», which approved the main directions of the reform of higher education in Ukraine was reflected the logical extension of the reform of higher education. It was in a deep crisis. Lacked funds. There was an outflow of teachers and teaching personnel. Interest in acquiring basic education was falling. Requirements for education, general culture were dramatically reduced, there were not enough textbooks, manuals and other means of teaching. To implement overcome problems the President ordered competent authorities to develop and implement a number of measures aimed at understanding the needs of the state for specialists of relevant qualifications; potential evaluation of higher education and human resources in the regions (oblasts), to improve network HEIs; to solve problems with material and financial support of universities, improving the quality of university education, separately for the development of various programs, criteria and classifications.

Next significant document of conceptual importance is the National Doctrine of

8 CMU Resolution «On measures on further optimization of higher military education and military training units higher education» on November 7, 2012 № 1020 // [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/>

9 CMU Resolution «On improving the network of higher educational institutions of the Ministry of the Interior» on February 22, 2008 N 77 // [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/>

10 CMU Resolution «On measures on further optimization of higher military education and military training units higher education» on November 7, 2012 № 1020 // [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/>

11 CMU «Some aspects of organizing a network of higher education» on June 15, 2006 № 331 // [Electronic Resource] — Mode of access: <http://ua-info.biz/legal/basext/ua-dmtaut.htm>

12 Resolution of CMU «On the State National Program» Education «Ukraine of the XXI century»)» from 03.11.1993 № 896 // [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/896-93-p>

Education Development, was approved April 17, 2002 by the President¹³. At the 2002, the Level and quality of education in Ukraine stood behind the world's indicators, and they couldn't meet state's and society's needs. Backwardness of the national education system in compare with world's globalization and informational technology trends was the main problem. These and other problematic aspects of Ukrainian education became the basis for the development and acceptance of this foregoing doctrine. It became the legal act, which in the most general form consolidated priority areas of state policy about education in general and about higher education in particular. The doctrine determined position of the state in ensuring development of education in its national character and necessity in developing an educational system on national and cultural values of the Ukrainian people, the importance of education for the coherent implementation of language strategies to connection education with the formation of civil society in Ukraine, science, information technology, physical education, and health of youth, the questions of financial support for education and more.

The beginning of 2004, the President of Ukraine to further development and improvement of higher education, and considering the European integration processes in the education sector, emits a decree «On measures to improve higher education in Ukraine»¹⁴. The President obligated by this decree Government of Ukraine to develop and implement a number of measures in the field of higher education, in particular to formulate and accept State Program of Higher Education for 2005—2007, providing, measures to improve the system of higher education, organizing networks of higher education institutions taking into account national and regional needs for specialists with higher education in the three months to create an interagency commission to study aspects of the Bologna process and make proposals in due course on the participation of Ukraine in it.

As about the creation of the Interdepartmental Commission on the Bologna Process, its creation and operation are regulated by CMU's Resolution «On establishment of the Interdepartmental Commission on Ukraine's participation in the Bologna Process» on August 25, 2004¹⁵ and was replaced by Decree «On establishment of the Interagency Commission in support of the Bologna Process in Ukraine «dated February 1, 2006»¹⁶. Commission within its authority considered the draft regulations on the

13 Ukaz President of Ukraine «On the National Doctrine of Education Development» from 17.04.2002 № 347 / / [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/347/2002>

14 President of Ukraine Decree «On measures to improve the system of higher education in Ukraine» dated 17.02.2004 № 199 / / [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/>

15 CMU Resolution «On establishment of the Interdepartmental Commission on Ukraine's participation in the Bologna Process» on August 25, 2004 N 1131 / / [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/>

16 CMU Resolution «On the establishment of the Interdepartmental Commission for the support of the Bologna Process in Ukraine» dated February 1, 2006 N 82 / / [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/>

modernization of system of higher education and made in the established procedure to the Cabinet of Ministers of Ukraine the proposals, participated in the development and implementation of measures aimed at ensuring the participation of the national system of higher education in the Bologna Process, coordinated activities of ministries and other central executive bodies, that that are subordinate to institutions of higher education, on Ukraine's participation in the Bologna process; considered the information at its meetings of representatives of central executive bodies.

In July 2006, the Cabinet of Ministers of Ukraine issues orders that approves the Concept of State Programme of Education for 2006—2010. The program sets the ways of solving problems in the education system in order to achieve their goals. Directly in higher education are necessary to the implementation of the following tasks: variability of a quality of higher education, ensuring access to quality higher education and mobility of graduates, the introduction of flexible educational programs and information technology training, improve a network of higher education institutions, the establishment of national education and research infrastructure, intensification of fundamental and applied research in universities and research institutions, introduction of scientific results in the educational process, the formation of educational content based on the latest scientific and technological achievements, the optimal funding of research in higher education and support national scientific publications¹⁷.

The last few years the main program documents that reinforce the conceptual position in the formation and development of higher education is the Program of Economic Reforms for 2010—2014 «Prosperous Society, Competitive Economy, Effective State» on June 2, 2010, CMU Resolution «On approval of the plan measures for the development of higher education in 2015 «dated August 27, 2010, Presidential Decree» On measures to ensure the priority development of education in Ukraine «Ukraine on September 30, 2010.

The program of economic reforms «Prosperous Society, Competitive Economy, Effective State» reform in education is recognized as one of the conditions for the effective implementation of economic reforms in the country. According to the author of the program, the main problems in education are: lack of quality education with modern requirements, ineffective mechanism for state funding of education, growing disparities between training and demand for skills in the labor market, the lack of a unified educational space¹⁸. For eliminating the mentioned disadvantages and factors, the government of the country have following objectives: to create a unified educational space, to improve the system of education management, improve the quality

17 CMU Resolution «On Approval of the Concept of the State Program of Education Development for 2006—2010» dated July 12, 2006 N 396 / / [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/>

18 Economic reform program for 2010—2014 «Prosperous Society, Competitive Economy, Effective State» on June 2, 2010 / / [Electronic Resource] — Mode of access: <http://www.president.gov.ua/docs/>

of education, provide access to quality education, continuity of levels of education, increase the effectiveness of education funding.

Quite thorough and informative regulatory document for the improvement of the national system of higher education was the Action Plan for the development of higher education in 2015, approved by CMU¹⁹. A month after the approval of the Government the Action Plan for Higher Education, the President issued a decree «On measures to ensure priority development of education in Ukraine» dated 30 September 2010²⁰. In which he stresses on the need to: improve the structure of education, granting a real autonomy the the leading higher education institutions as a means of improving the quality of higher education; the introduction of competition and responsibility for results; optimization of universities and their significance, create expanded regional universities, enhancing integration education, science, industry, research and innovation in components of higher education.

Analysis of provisions of normative acts that reveal the genesis of administrative processes in higher education for 20 years, Ukraine can talk about the range of issues Ukrainian higher education, which covers each of the above-mentioned policy documents, by their nature, are also among those same throughout the existence of an independent Ukraine, adding or changing in some respects. Almost all of these (doctrines, programs, concepts) somehow indicates that: in Ukraine lack of quality in higher education, imperfect network of higher education institutions, inefficient system of high school, problems with the financial support of universities; discrepancy of Ukrainian higher education European standards and so on. In addition, these programs and concepts set out quite thorough and real solutions of the aforementioned problems and elimination of factors.

An important aspect in the development of education was the adoption of an independent Ukraine January 17, 2002 Law «On Higher Education»²¹ which was aimed at regulating social relations in the field of training, education, training citizens of Ukraine. Law «On Higher Education» strengthened and systematized a number of provisions that were still scattered in the content, or different regulations, or they have not been shown. In particular, the law provided an official interpretation of key terms used in the field of higher education («higher education», meaning higher education, higher education, etc.), formulated the principles of state policy in general

19 CMU Resolution «On approval of a plan for the development of higher education in 2015» dated August 27, 2010 N 1728 // [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/>; Conceptual framework and direction of higher education in Ukraine // clarifying Minh `yustu Ukraine from 14.10.2011 // [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/>

20 President of Ukraine Decree «On measures to ensure the priority development of education in Ukraine» dated 30 September 2010 N 926 // [Electronic Resource] — Mode of access: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/>

21 On Higher Education: The Law of Ukraine on January 17, 2002 [electronic resource]. — Mode of access: <http://mon.gov.ua/>

and her ways of implementation, defined the structure of higher education disclosure of each educational and qualification level, reflected issues of government, industry, higher education and higher education institutions; defined management system in higher education and secured a list of which it is carried out, certain provisions of the law dedicated purpose, objectives and the legal status of universities, highlighted the creation, liquidation, licensing and accreditation of schools established types of HEIs were determined units of higher education, and so on.

In summary, we note that after the independence of Ukraine, one of the problem areas was higher education, because Ukraine has inherited from the Soviet Union not only higher education system as a set of higher education institutions. Created Soviets centralized mechanism of higher education was not flexible and not effective in the market conditions and greatly lagged behind of those that were existed in the developed European countries at that moment. It is clear that the regulatory framework that regulates the functioning of the Soviet system of higher education is also not consistent with the urgent needs of the young independent state.

Gradually, over several years, Ukraine has overcome legal mess in education. Having a number of regulations, established administrative and legal basis for the establishment and development of national systems of higher education. At intervals of several years developed and accepted software and conceptual (doctrinal) documents forming the prospects of the sector. However, despite the fact that Ukraine has more than 20 years develops its own system of higher education, a significant range of shortcomings have not been overcome, including: the quality and level of education is still not up to European standards; university network needs improvement and upgrading of the mechanism of higher education is no unity and consistency, which in turn makes it impossible to create a single educational space; government funding of education are at the level of European states, but the use of funds is irrational and inefficient, and so on. It should be emphasized that a thorough analysis and processing needs legal framework of higher education, which now includes a small number of laws, however vast range of secondary legislation, such as: decrees, regulations, decrees, orders, etc., which are often overlapping, and sometimes contradictory.

LEGAL REGULATION OF THE PRISONER OF WAR PROTECTION — FROM THE CAPTURE TO THE REPATRIATION

Alexandru CAUIA, PhD

Dreptul Internațional Umanitar reglementează protecția unui șir de categorii de persoane. Asigurarea mecanismului juridic de protecție a prizonierilor de război este unul din elementele importante ale acestei ramuri ale dreptului internațional deoarece stabilește garanțiile necesare pentru participanții legali în cadrul conflictelor armate intenționale. Prezentul articol reflectă garanțiile juridice conferite prizonierului de război din momentul capturării sale în prizonierat și pînă la momentul repatrierii acestuia.

Cuvinte-cheie: drept internațional umanitar, prizonier de război, protecție umanitară

REGLEMENTĂRI LEGALE ALE PROTECȚIEI PRIZONIERILOR DE RĂZBOI — DE LA CAPTURARE LA REPATRIERE

International humanitarian law regulates the protection of a number of categories of individuals. The assurance of the mechanism of legal protection of war prisoners in one of the important elements of this branch of international law, because it establishes the necessary warranties for the lawful participants in the international armed conflicts. The article in case reflects legal warranties provided to the prisoner of war from the moment of his capture to the moment of his repatriation.

Keywords: prisoner of war, humanitarian protection, armed conflict

In the opinion of certain authors, the norms provided by the 3rd Geneva Convention can be divided into four sections: capture, conditions of support, disciplinary sanctions and penal responsibility of the prisoner, liberation and repatriation¹.

The fundamental idea of the system of protection, instituted by the 3rd Geneva Convention and reinforced by the Additional Protocol from 1977 is that the captivity doesn't represent a measure of repression, but it is a precautionary measure towards the disarmed enemy combatant, which is under the action of a certain authority, being responsible for the way he is treated².

The Universal Declaration of Human Rights inspired the Convention, and this generated the reinforcement of a number of principles and imperatives concerning life, physical inviolability and psychical inviolability of the prisoner.

1 Калугин В.Ю. *Курс международного гуманитарного права*. Минск: Тесей, 2006, с. 184.

2 Cloșcă I, Suceavă I. *Dreptul Internațional Umanitar*. București: Șamsa, 1992, p. 322.

The states are obliged, from the moment of signing the Convention, to complete national legislations with the measures of suppression of acts, which are against the Convention. Republic of Moldova is no exception from this rule. Internal penal legislation provides that „a grave violation of international humanitarian law during the international or internal armed conflicts, leading to grave consequences, is punished by prison sentence from 16 to 20 years or by life imprisonment“³.

The authority which is holding prisoners in captivity will have to sustain the free maintenance of prisoners and provide free medical assistance for them⁴.

1. Capture. Immediately after he had been captured at the seat of war, the prisoner is transmitted to the superiors and transferred to a place of assembly where he undergoes the formalities of registration. The prisoners cannot be obliged to declare other formalities than those which are necessary for their identification: first name, last name, military grade, date of birth, identification number. An attempt to mislead the capturing state is sanctioned through the restriction of advantages that are afforded by the grade or the statute. These data is to be engraved on an identification plaque, made of a resistant material, with two detachable parts, on which there will be mentioned the blood group and the religion. In case of death, a half of the plaque with the identical elements will be transmitted to the authority, which is in charge of the prisoner⁵.

With the exception of weapons, military equipment, horses and military documents, the prisoners can keep personal belongings, including money, badges, national signs, decorations and objects of sentimental value. After the capture, the prisoners have to be immediately escorted to the camps situated in a sufficiently big distance from the line of battle, in order to provide their security and inviolability.

Prisoners of war may only be transferred by the Detaining Power to a Power which is a party to the Convention and after the Detaining Power has satisfied itself of the willingness and ability of such transferee Power to apply the Convention. When prisoners of war are transferred under such circumstances, responsibility for the application of the Convention rests on the Power accepting them while they are in its custody.

Nevertheless if that Power fails to carry out the provisions of the Convention in any important respect, the Power by whom the prisoners of war were transferred shall, upon being notified by the Protecting Power, take effective measures to correct the situation or shall request the return of the prisoners of war. Such requests must be complied with⁶.

The evacuation must be performed with humanness and in conditions similar to those which are provided for the troops of the Detaining power. Unmounted passage will be restricted normally to stages of maximum 20 km. a day, excepting

3 Codul penal al Republicii Moldova, art 391.

4 Convenția a III-a — art. 15

5 Cloșcă I, Suceavă I. *Op. cit.* — p. 323.

6 RADU V. Actualități privind statutul prizonierilor de război. Închisorile de la Guantanamo și Abu Ghraib. <http://www.arduph.ro/actualitati-privind-statutul-prizonierilor-de-razboi-inchisorile-de-la-guantanamo-si-abu-ghraib/>

the situation when it is needed to reach the food deposits or sources of water situated at longer distances.

In the camps prisoners can be grouped depending on the nationality, language and customs, so that the conditions of maintenance, clothing and food as favorable as those which are given to the forces of the Detaining power⁷.

Places of detention, as well as buildings and barracks, need to provide all warranties of hygiene and healthfulness. Certain provisions refer to the intellectual needs of the prisoners, such as the encouragement of cultural activities and sport, facilitation of obtaining books for reading etc.⁸ Therefore the regime of the prisoners has a certain character of a compulsory domicile, in the limits of which they have a sort of freedom of movement on the basis of municipal or garrison regulations⁹.

Women shall be treated with all the regard due to their sex and shall in all cases benefit by treatment as favourable as that granted to men.

In any camps in which women prisoners of war, as well as men, are accommodated, separate dormitories shall be provided for them¹⁰. The Detaining power can intern women prisoners of war in another camp, if this is considered necessary in order to respect the provisions of the 3rd Convention¹¹.

2. Conditions of maintenance. The custom that obliges the belligerent parties to provide the prisoners of war with all that is strictly required is stipulated in a great number of regulations and military instructions, and its violation is incriminated in the national legislation of many states¹².

The belligerents will communicate to each other the placement of war camps in order to avoid the attack upon them, this being the aim of their disposition, the distinctive signs¹³ of the camps must be seen from above.

The basic daily food rations of prisoners of war shall be sufficient in quality and variety to keep them in good health. Prisoners of war who work shall be supplied with additional rations. Sufficient drinking water shall be supplied and prisoners of war shall be permitted to use tobacco. Any disciplinary measures affecting food are prohibited.

The prisoners of war have right to clothing, footwear and underwear. Uniforms of enemy armed forces captured by the Detaining Power should, if suitable for the climate, be made available to clothe prisoners of war.

7 Lupulescu N. *Drept umanitar*. București: C.H.BECK, 2010, p. 155–156.

8 Convenția a III-a — art. 38

9 Cloșcă I, Suceavă I. *Op. cit.* — p. 324.

10 CG III, art. 25, par.4.

11 Comentariu Convenției Geneva.

12 Practica cutumiara

13 Ori de câte ori considerațiile de ordin militar o vor îngădiu, lagărele de prizonieri de război vor fi semnalizate în timpul zilei prin literele PG și PW, așezate astfel ca să fie văzute în mod distinct de la înălțime; Puterile interesate vor putea conveni, totuși, asupra altui mijloc de semnalizare. Numai lagărele de prizonieri de război vor putea fi semnalizate în acest mod.

Canteens can be installed in all camps, where prisoners of war may procure at the local market prices foodstuffs or ordinary articles in daily use¹⁴.

The Detaining Power shall be bound to take all hygiene measures and to provide necessary medical care using medical and religious personnel that was detained for the attendance of prisoners of war¹⁵.

Every camp shall have an infirmary, and isolation wards shall, if necessary, be set aside for cases of contagious or mental disease. Prisoners of war whose condition necessitates a surgical operation or other medical intervention can be admitted to any civilian medical unit where such treatment can be given. Special facilities shall be afforded for the care to be given to the disabled, in particular to the blind.

Prisoners of war who are physicians, dentists, nurses and who were not attached to the medical service, may be required by the Detaining Power to exercise their medical functions in the interests of prisoners of war dependent on the same Power.

As refers to the moral conditions of the internment, in the camps there will be provided facilities corresponding to the religious offices, so that prisoners of war shall have the possibility to manifest their faith, in conditions when discipline is respected¹⁶.

Every camp shall be placed under the direct authority of a responsible officer from the regular armed forces of the Detaining power who will apply the Convention under the direct control of his government. This warranty establishes the responsibility of the officer as refers to the observance of the Convention provisions, as well as the responsibility of the government to which he belongs.

Prisoners of war must salute and show respect to the external marks and military grades of the commandment of the detention camp and its military personnel. Officer prisoners of war are bound to salute only officers of a higher rank of the Detaining Power.

Orders, regulations and notices shall be issued in a language which prisoners of war understand, and this rule is valid for the interrogations as well. The Detaining power is bound to provide the text of the 3rd Convention in an accessible place and in the language of the prisoners of war.

The prisoners of war can be employed in different kind of labour, with condition of its retribution and in accordance with the norms of international humanitarian law¹⁷.

Besides work connected with camp administration, installation or maintenance, prisoners of war may be compelled to do only such work as is included in the following classes: agriculture; industries connected with the production or the extraction of raw materials; manufacturing industries, with the exception of metallurgical, machinery and chemical industries; public works and building operations which have

14 Cloșcă I, Suceavă I. *Op. cit.* — p. 324.

15 Lupulescu N. *Op. cit.* — p. 156.

16 Lupulescu N. *Op. cit.* — p. 156.

17 Convenția a III-a — art.49–57.

no military character or purpose; transport and handling of stores which are not military in character or purpose; commercial business, and arts and crafts; domestic service; public utility services having no military character or purpose.

Prisoners of war shall be allowed to exercise their right of complaint, in conformity with Article 78.

Prisoners of war must be granted suitable working conditions, especially as regards accommodation, food, clothing and equipment; such conditions shall not be inferior to those enjoyed by nationals of the Detaining Power employed in similar work; account shall also be taken of climatic conditions.

The Detaining Power, in utilizing the labour of prisoners of war, shall ensure that in areas in which prisoners are employed, the national legislation concerning the protection of labour, and, more particularly, the regulations for the safety of workers, are duly applied¹⁸.

Prisoners of war shall receive training and be provided with the means of protection suitable to the work they will have to do and similar to those accorded to the nationals of the Detaining Power.

Conditions of labour shall in no case be rendered more arduous by disciplinary measures. Unless he be a volunteer, no prisoner of war may be employed on labour which is of an unhealthy or dangerous nature. No prisoner of war shall be assigned to labour which would be looked upon as humiliating for a member of the Detaining Power's own forces. The removal of mines or similar devices shall be considered as dangerous labour.

The duration of the daily labour of prisoners of war, including the time of the journey to and fro, shall not be excessive, and must in no case exceed that permitted for civilian workers in the district, who are nationals of the Detaining Power and employed on the same work¹⁹.

Prisoners of war must be allowed, in the middle of the day's work, a rest of not less than one hour. This rest will be the same as that to which workers of the Detaining Power are entitled, if the latter is of longer duration. They shall be allowed in addition a rest of twenty-four consecutive hours every week, preferably on Sunday or the day of rest in their country of origin. Furthermore, every prisoner who has worked for one year shall be granted a rest of eight consecutive days, during which his working pay shall be paid him.

The working pay due to prisoners of war shall be fixed in accordance with the provisions of Article 62 of the present Convention.

The prisoners of war have the right to possess pocket money²⁰.

The Detaining Power may determine the maximum amount of money that prisoners may have in their possession. Any amount in excess shall be placed to the

18 Convenția a III-a — art.51

19 Convenția a III-a — art.53

20 Калугин В.Ю. *Op. cit.* — с. 187.

account of prisoners of war. If prisoners of war are permitted to offer services outside the camp against payment in cash, such payments shall be placed to the accounts of the prisoners concerned.

Prisoners of war have the right to possess certain sums of money. These sums come:

1. From monthly advance payment provided by the Detaining power in accordance with the grade of the prisoner.
2. From the sums prisoners have had with them in the moment when they got into the authority of the enemy.
3. From additional payment sent by the state to which they belong.
4. From working payments from the authorities of the Detaining state.
5. From the sums prisoners shall receive, individually or collectively, from their relatives or different charity societies²¹.

The Detaining Power shall grant all prisoners of war a monthly advance of pay, the amount of which shall be fixed by conversion, into the currency of the said Power, of the following amounts:

Category I: Prisoners ranking below sergeant: eight Swiss francs.

Category II: Sergeants and other non-commissioned officers, or prisoners of equivalent rank: twelve Swiss francs.

Category III: Warrant officers and commissioned officers below the rank of major or prisoners of equivalent rank: fifty Swiss francs.

Category IV: Majors, lieutenant-colonels, colonels or prisoners of equivalent rank: sixty Swiss francs.

Category V: General officers or prisoners of equivalent rank: seventy-five Swiss francs²².

However, the Parties to the conflict concerned may by special agreement modify the amount of advances of pay due to prisoners of the preceding categories.

The Detaining Power shall accept for distribution as supplementary pay to prisoners of war sums which the Power on which the prisoners depend may forward to them.

Prisoners of war shall be permitted to receive remittances of money addressed to them individually or collectively.

Every prisoner of war shall have at his disposal the credit balance of his account. Prisoners of war may also have payments made abroad. In this case payments shall be given priority.

Also, the Detaining Power shall hold an account for each prisoner of war, showing the amounts due to the prisoner or received by him or the sums of money prisoners use.

Every item entered in the account of a prisoner of war shall be countersigned by him, or by the prisoners' representative acting on his behalf.

21 Cloșcă I, Suceavă I *Op. cit.* — p. 326.

22 Convenția a III-a — art.60

On the termination of captivity, through the release of a prisoner of war or his repatriation, the Detaining Power shall give him a statement, signed by an authorized officer of that Power, showing the credit balance²³.

Immediately upon capture, or not more than one week after arrival at a camp every prisoner of war shall be enabled to write direct to his family, on the one hand, and to the Central Prisoners of War Agency, on the other hand, informing of his capture, address and state of health. The said cards shall be forwarded as rapidly as possible.

Prisoners of war shall be allowed to send and receive letters. In case it is impossible for them to send and receive news to and from their relatives due to a too long distance or because of the postal route, they have the right to send telegrams.

Alongside with letters, prisoners of war shall be allowed to receive individual parcels or collective shipments containing, in particular, foodstuffs, clothing, medical supplies and articles of a religious, educational or recreational character which may meet their needs.

As refers to the possibility of the authorities to verify the contents of the correspondence of the prisoners of war, article 76 of the 3rd Convention provides: „The censoring of correspondence addressed to prisoners of war or despatched by them shall be done as quickly as possible. Mail shall be censored only by the despatching State and the receiving State, and once only by each“²⁴.

Prisoners of war shall have the right to make known to the military authorities in whose power they are. They shall also have the unrestricted right to apply to the representatives of the Protecting Powers. These requests and complaints shall not be limited nor considered to be a part of the correspondence. In all places where there are prisoners of war, except in those where there are officers, the prisoners shall freely elect by secret ballot, every six months, prisoners' representatives who will represent them before the military authorities, Detaining power, the International Committee of the Red Cross and any other organization which may assist them.

In camps for officers, the senior officer among the prisoners of war shall be recognized as the camp prisoners' representative. He shall be assisted by one or more advisers.

The escape of a prisoner of war shall be deemed to have succeeded when he has joined the armed forces of the Power on which he depends, or those of an allied Power, he has left the enemy territory or if he has joined a ship flying the flag of the Power on which he depends. In the 3rd Convention an escape or an attempt to escape is regulated as a permission that is granted to the Detaining power to use weapons against those which are trying to escape. This constitutes an extreme measure, that will always be preceded by the notifications as they are demanded by the circumstances²⁵.

23 Convenția a III-a — art.65

24 Convenția a III-a — art.76

25 Lupulescu N. *Op. cit.* — p. 156.

In every armed conflict or situation of internal violence prisoners are extremely vulnerable, due to the fact that they are frequently considered enemies to those who captured them and, as a consequence, are exposed to the acts of vengeance. That is why it is paramount that prisoners should benefit from the intervention of a neutral and independent organism, who has as a mission to ensure that they receive a humanly treatment, that they are kept in corresponding conditions and that they have the possibility to exchange the information with their family. This mission has been performed since 1915 by the International Committee of the Red Cross, engaged in visiting prisoners in the conditions of armed conflicts and internal upheaval.

The duration, frequency and succession of visits is in the competence of ICRC and not of the Detaining powers. After the visit the group works out a written report, which recapitulates the conditions of detention and the treatment applied to the detained and proposes, if necessary, the coercive measures. This report is confidential. The experience demonstrates that it is necessary to communicate directly with the responsible authorities, by means of a discrete dialogue, protected from the media critics shooting range²⁶.

From this point of view, we have to remember once again that for the ICRC confidentiality itself is not an objective, but an essential condition of dialogue and trust from the detaining authorities. Therefore, ICRC is keeping the possibility to renounce the policy of discretion at any time, and to make its concerns public, in case if the violations that have been discovered are repeated and in accordance with the measure in which the claims forwarded to the authorities have no effect²⁷.

Article 3, common to the four Geneva Conventions, provides that ICRC can visit the persons detained in the course of non-international armed conflicts or civil wars. Additionally, in accordance with the Statute of the Movement, ICRC makes all efforts in order to have access to the persons detained in connection with internal upheaval and violence²⁸.

3. Disciplinary sanctions and penal responsibility of the prisoner. A prisoner of war must know the laws, regulations and orders in force in the armed forces of the Detaining Power. The Detaining Power shall be justified in taking judicial or disciplinary measures in respect of any offence committed by a prisoner of war against such laws, regulations or orders. However, no proceedings or punishments contrary to the provisions of Convention shall be allowed.

If any law, regulation or order of the Detaining Power shall declare acts committed by a prisoner of war to be punishable, whereas the same acts would not be punishable if committed by a member of the forces of the Detaining Power, such acts shall entail disciplinary punishments only.

26 *Idem*, p. 158.

27 Lupulescu N. *Op. cit.* — p. 159.

28 *Ibidem*.

In deciding whether proceedings in respect of an offence alleged to have been committed by a prisoner of war shall be judicial or disciplinary, the Detaining Power shall ensure that the competent authorities exercise the greatest leniency and adopt, wherever possible, disciplinary rather than judicial measures.

A prisoner of war shall be tried only by a military court, unless the existing laws of the Detaining Power expressly permit the civil courts to try a member of the armed forces of the Detaining Power in respect of the particular offence alleged to have been committed by the prisoner of war.

In no circumstances whatever shall a prisoner of war be tried by a court of any kind which does not offer the essential guarantees of independence and impartiality, and the procedure of which does not afford the accused the rights and means of defence provided for in Article 105.

Prisoners of war prosecuted under the laws of the Detaining Power for acts committed prior to capture shall retain, even if convicted, the benefits of the present Convention. No prisoner of war may be punished more than once for the same act, or on the same charge.

The most severe disciplinary sanction applied to the prisoners of war is confinement. Another disciplinary sanctions that can be applied to the prisoners of war are as follows:

- a) a fine (hypothetical sanction, if we take into consideration the weakness of financial resources of the prisoners) which shall not exceed 50 per cent of the advances of pay and working pay of the prisoner;
- b) Discontinuance of privileges granted over and above the treatment provided for by the Convention;
- c) Fatigue duties not exceeding two hours daily. This punishment shall not be applied to officers²⁹.

The conditions of a confinement provided by the Convention are as follows:

- i) concerning the term:
 - the duration of any single punishment shall in no case exceed thirty days;
 - the duration of a disciplinary sanction (if one of them exceeds 10 days) must be separated by a period of at least 3 days;
- ii) concerning the restrictions:
 - as an aggravating circumstance, the prisoners of war in confinement can bear food restrictions permitted in the army of the Detaining power;
 - the application of such punishment depends on the health of the prisoner that is being punished.
- iii) concerning the place of detention:
 - the place of detention must correspond to the necessities of hygiene. Prisoners of war shall not in any case be transferred to penitentiary esta-

²⁹ Convenția a III-a — art.89

- blishments (prisons, penitentiaries, convict prisons, etc.) to undergo disciplinary punishment therein;
- the prisoners shall be obliged to keep the place of detention clean; they shall be allowed to exercise and to stay in the open air at least two hours daily, to read and write, to send and receive letters;
 - parcels that arrive will not be handled until the execution of punishment; if they contain perishable goods, those will be handed over to the infirmary³⁰.

Disciplinary punishments cannot be pronounced by another person than an officer empowered with disciplinary powers, with the quality of camp's or division's commander, or the officer that substitutes him³¹.

The prisoners can be released on parole, in so far as is allowed by the laws of the Power on which they depend, on condition that they will not use arms in the course of this war anymore. The prisoner has that right to accept or decline this offer. Once accepted, it becomes mandatory³².

Some articles of the Convention refer to the procedure that must be followed in case if the prisoners of war are judged for the facts that are contrary to the norms of international law or laws, regulations, orders of the Detaining power, and warranties that must ensure an equitable justice.

Thus, in the case when a judicial procedure is opened, the Detaining power shall warn the Protecting power as soon as possible, transmitting the following indications: the actual situation and rank of the prisoner, the place where he is situated and applicable legal provisions. If it is possible, the Protecting power shall be informed about the tribunal that will proceed and about the date the procedure starts. Every prisoner shall have the warranties of the right for defense. He will be provided with an interpreter and informed in due time about his rights. The representatives of the Protecting power shall have the right to assist the procedure³³.

If security issues impose that the procedure should be behind the closed doors, the Protecting power shall be informed concerning the development of the process. The prisoner has the right of appeal from any sentence pronounced upon him. In establishing the punishment it will be taken into consideration that the accused is not a citizen of the Detaining state and is not connected with it by means of an oath of faith and that he is under its authority due to circumstances that do not depend upon his will.

Death sentence can be pronounced only in case if the prisoner's guilt is confirmed in the commission of a crime for which the legislation of the Detaining power provides this kind of punishment³⁴.

30 Cloșcă I, Suceavă I. *Op. cit.* — p. 328–328

31 Калугин В.Ю. *Курс международного гуманитарного права*. Минск: Тесей, 2006, с. 188.

32 Cloșcă I, Suceavă I. *Op. cit.* — p. 328–328.

33 *Idem*, p. 329.

34 Калугин В.Ю. *Op. cit.* — с. 189.

All judicial proceedings must be performed on the basis of legal provisions and must strictly respect judicial warranties established by the international humanitarian law in favor of the accused.

Prisoners of war prosecuted under the laws of the Detaining Power for acts committed prior to capture shall retain, even if convicted, the benefits of the present Convention³⁵.

4. Liberation and repatriation. Repatriation and accommodation in neutral countries in the time of hostilities. Upon the outbreak of hostilities, Mixed Medical Commissions shall be appointed in every belligerent party, consisting of three members from which two from the belligerent parties and one from the neutral state. These commissions are entitled to examine sick and wounded prisoners of war, and to make all appropriate decisions regarding them, including the repatriation and the accommodation in a neutral state.

Persons who were badly wounded or fell ill can be repatriated in the course of the hostilities, as long as they will be able to support the transportation or hospitalization in a neutral state, in order to provide a better treatment for them or to liberate the Detaining party from this assignment. The criterion of direct repatriation or hospitalization in neutral states is one of their physical or mental disability. Thus, it is provided that the following persons can be directly repatriated in the time of hostilities:

- Incurably wounded and sick;
- Wounded and sick who, according to medical opinion, are not likely to recover within one year;
- Wounded and sick who have recovered, but whose mental or physical fitness seems to have been gravely and permanently diminished.

Also, the direct repatriation or hospitalization in a neutral state can be provided to the prisoners of war, victims of certain accidents, as well as those who were proposed to the mixed medical commissions by a doctor, their compatriot, their representative, the authority on which they depend or an institution recognized by this authority, who attends to the prisoners. All the costs of repatriation or transportation in a neutral state will be supported, starting with the frontier of the Detaining state, from whose power these prisoners depend.

This form has been practiced to a great extent in the time of the Second World War, and many thousands of wounded, sick and members of hospital personnel benefited from it. The most numerous were exchanges between Great Britain and Italy (at the 8th of April 1942 there were exchanged 129 English prisoners with 917 Italians; at 21st March 1943, 800 English prisoners with 800 Italians; at 16th of April, 19th of April and 8th of March 1943 — 4834; at the 2nd of June 1943 — 3117); between Great Britain and Germany (at 19th of October 1943, 4100 English prisoners vs. 3850 German prisoners; at 26th of October 1943 — 1032 English prisoners to 1060 German prisoners; at 17th of May 1944 — 800 to 800); between France and Germany (at the 1st of November 1944 — 875 French prisoners to 863 German prisoners).

35 Convenția a III-a — art. 85

The Convention from 1929 did not provide the possibility of prisoners' liberation on parole that they shall not anymore serve in the armed forces, thought this way was frequently used in the wars from the end of 19th century and the beginning of 20th century. The Convention from 1949 revived this practice, providing in article 21, par.2 that in so far as is allowed by the laws of the Power on which prisoners depend and in cases where this may contribute to the improvement of their state of health, prisoners of war may be partially or wholly released on parole or promise³⁶.

The rest of the prisoners shall be liberated and repatriated in their states immediately after the termination of active hostilities. This rule is a novation of the Convention from 1949, because the Convention from 1929 provided the liberation of the prisoners after the conclusion of peace.

This innovation is motivated by the fact that the term between the cease of active hostilities and the conclusion of peace is very long and this would constitute an unjust prolongation of the state of captivity. There have been situations when peace was not concluded. The interpretation of the expression „without delay after the cessation of active hostilities“ gave way to a number of controversies. There are opinions that a premature liberation of prisoners could amplify the potential of the enemy, encouraging him to renew the hostilities (this was the case when India liberated 93 000 of Pakistan prisoners after the hostilities from December 1971), and others consider that unjust prolongation is unacceptable, proposing terms that vary from 6 months to 2 years after the cessation of hostilities³⁷.

The prisoners captures in the period of armed conflict between Iraq and Iran have been liberated and repatriated only after 8 years, those from the English–Moroccan conflict — after 11 years that passed since the cease of hostilities — this means, in 1987, — as well as those concerning the conflict between Ethiopia and Somali³⁸.

The liberation of war prisoners at the end of the Second World War was performed this way: USA liberated the Axis prisoners in August 1947; great Britain — in July 1948; France, Poland and Czechoslovakia — in December 1948; USSR — in May 1950 (a number of 12 000 prisoners have been detained even more).

In the conflicts between Korea, Vietnam and Israel–Arab some badly wounded and sick prisoners have been released in the time of hostilities; Pakistan prisoners detained in India have been released between 28 August 1973 and 30 April 1974. The prisoners can refuse to be repatriated — in the Gulf war about 13 000 of Iraq prisoners took refuge in Saudi Arabia and refused to be repatriated³⁹.

At the liberation, prisoners shall be permitted to take with them personal objects, including money and precious items that have been detained at the beginning of

36 Cloșcă I, Suceavă I. *Op. cit.* — p. 331.

37 *Idem*, p. 331.

38 Калугин В.Ю. *Op. cit.* — с. 190.

39 Radu V. Actualități privind statutul prizonierilor de război. Închisorile de la Guantanamo și Abu Ghraib. <http://www.arduph.ro/actualitati-privind-statutul-prizonierilor-de-razboi-inchisorile-de-la-guantanamo-si-abu-ghraib/>

capture. Those who are under criminal prosecution or proceedings or are sentences for a crime can be detained until the conclusion of the proceedings or until the expiry of the sentence. Those who have been repatriated cannot take part in the active military service.

Any unjustified delay in the repatriation of prisoners of war performed intentionally is considered a grave violation of international humanitarian law⁴⁰.

Prisoners of war that died during the captivity, shall be buried in a honourable way. Their graves shall bear every necessary mark, death certificates shall be sent to the Protecting power and Central agency of information concerning prisoners of war. Wills of prisoners of war shall be drawn up so as to satisfy the conditions of validity required by the legislation of their country of origin.

Information concerning burials and graves must be registered at the Grave service of the Detaining power, in order to be sent to the country of origin. The state on whose territory the graves are situated is obliged to maintain them and to register every subsequent transfer of remnants⁴¹.

At the beginning of the conflict in every case of war occupation each belligerent part and neutral and non-belligerent powers which accepted prisoners of war on their territory shall open an official Bureau of information concerning the prisoners of war which are under its authority. These Bureaus shall be informed by the authorities about every data referring to the place of birth, Protecting power, father's last name and mother's maiden name, name and address of the person which has to be informed, rank, identification number, place where the prisoner is situated. They shall also be informed concerning eventual transfer, liberation, repatriation, escape, hospitalization, death, health etc. On this basis there shall be collected personal records of all prisoners, which shall be communicated monthly to the interested powers, and those referring to the identity — to the families, for the correspondence, by the Protecting power and by the Central Prisoners of War Agency. After the conclusion of peace, personal records shall be transmitted to the government on which the prisoners depend.

The Bureau shall collect all personal objects, values, correspondence, currencies and identification marks left by the escaped or deceased prisoners and shall transmit them to the interested states⁴².

The responsibility for the treatment applied to the prisoners and for the application of the Convention belongs to the Detaining party. Nevertheless, for a uniform application of the provisions of the Convention and for the provision of an adequate regime to the prisoners, the states have instituted special mechanisms of protection and control, among which are: Protecting power, substitute of protecting power, representative of prisoners of war, the trustee of the prisoners of war, international humanitarian organizations.

40 PA I, art. 85, alin. 4 (b)

41 Lupulescu N. *Op. cit.* — p. 157.

42 Cloșcă I, Suceavă I. *Op. cit.* — p. 332.

The institution of Protecting power was provided for the first time in the second half of 19th century, in the time of French–Prussian war, and this role was performed by Great Britain for the French prisoners from Germany and by USA, Russia and Switzerland for the Prussian, Bavarian, Wurttemberg, Saxon and etc. prisoners detained in France. Later the practice started to generalize, and in the time of First World War it was already universal.

As a consequence of the generalization of this practice, in the Convention from 1929 the institute of Protecting power was provided by 2 articles — 86 and 87 — and in the Convention from 1949 it was provided by 13 articles.

According to this latter Convention, the role of Protecting power is to protect the interests of the parties to the conflict and to control the application of the Convention through its diplomatic and consular agencies or by any other persons chosen from its residences or from those who belong to the neutral powers and are admitted by the Detaining power. The representatives of protecting powers are entitled to visit the camps of detainment and to communicate with the prisoners without witnesses.

To avoid situations similar to the one which took place in the time of the Second World War, when Germany had signed with the French Government from Vichy, on the 16th of November 1940, a protocol substituting the intervention of protecting power with a pseudo–national control, it was provided by article 10, par.5 of the Convention that „no derogation from the preceding provisions shall be made by special agreements between Powers one of which is restricted, even temporarily, in its freedom to negotiate with the other Power or its allies by reason of military events, more particularly where the whole, or a substantial part, of the territory of the said Power is occupied“.

In the period after the war the institution of Protecting power had not functioned, and this fact means that the statute of prisoners of war has been seriously breached. This especially refers to a prolongation of detention as the one which took place in case of the war between Iran and Iraq, and constituted about 10 years⁴³.

The Convention also refers to situation such as the one when parties to a conflict cannot agree concerning a protecting power. Thus, on the basis of article 10, par.1 „The High Contracting Parties may at any time agree to entrust to an organization which offers all guarantees of impartiality and efficacy the duties incumbent on the Protecting Powers by virtue of the present Convention.“ In case if the prisoners do not benefit or have ceased to benefit, not taking in consideration the cause, from the services of the Protecting power, the Detaining power can address a neutral state or another organism to perform this mission. It is also possible to ask for the services of the International Committee of the Red Cross, who carries out humanitarian missions provided by the Convention — as the practice of recent years confirms, the ICRC had always been where it was needed most⁴⁴.

43 Radu V. Actualități privind statutul prizonierilor de război. Închisorile de la Guantanamo și Abu Ghraib. <http://www.arduph.ro/actualitati-privind-statutul-prizonierilor-de-razboi-inchisorile-de-la-guantanamo-si-abu-ghraib/>

44 Cloșcă I, Suceavă I. *Op. cit.* — p. 333.

СТАТУС ЯЗЫКОВ МЕНЬШИНСТВ В КОНСТИТУЦИОННОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ СТРАН ЕВРОПЫ

Лилия НЕВАРА

Соискатель кафедры международного права Института международных отношений Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

В статье рассматривается современная ситуация языков национальных меньшинств и их место в государстве. Анализируется ратификация и имплементация положений Европейской Хартии региональных языков или языков меньшинств в конституционное законодательство стран Европы. Рассматривается зависимость статуса, который предоставляется языку национального меньшинства от уровня экономического, политического и социального развития определенной страны.

Ключевые слова: региональные языки, языки национальных меньшинств, многоязычие, конституция, категория, Европейская хартия, Совет Европы.

THE STATUS OF MINORITY LANGUAGES IN THE CONSTITUTIONAL LEGISLATION OF THE COUNTRIES OF EUROPE

The article is dedicated to the modern situation of national minorities' languages and their place in the state. Ratification and implementation of the provisions of the European Charter for Regional and Minority Languages in constitutional legislation of countries in Europe is analyzed. Dependence of the status given to the language of the national minorities from the level of economic, political and social development of the country is researched.

Key words: Regional languages, languages of national minorities, multilingual, constitution, category, European Charter, the Council of Europe.

Европа всегда была и является важным регионом, где многочисленные языковые группы традиционно находились в непосредственном контакте и обогащали друг друга. И хотя это так называемое сотрудничество, как положительное явление для государства, все же не стоит забывать о современном состоянии языков национальных меньшинств и их место в государстве. Ведь почти нигде в Европе мы не увидим такого явления как использование языков на одинаковом уровне и в одинаковых политических, культурных, экономических условиях. В некоторых странах напряженность, которая возникает из этого неодинакового применения, может быть незначительной, но в других она является открытой и серьезной проблемой. Такое положение по применению языков может привести, и мы являемся свидетелями приводит, к конфликтам между различными языковыми группами часто спровоцированными, на-

правленными и используемыми их политическими лидерами для получения собственного авторитета, а не для обеспечения общенациональных интересов в стране. Именно поэтому вопрос относительно правового статуса языков меньшинств или региональных языков в странах Европы является чрезвычайно важным и требует соответствующего исследования и урегулирования.

В связи с этим, важно какой статус предоставляется языку национального меньшинства (ее родному языку) в государстве проживания. Сложившаяся практика по этому вопросу отсутствует, она отличается от страны к стране. Как справедливо отмечал Специальный докладчик Подкомиссии по предупреждению дискриминации и защите меньшинств Комиссий ООН по правам человека Ф. Капоторти, в многоязычных обществах определение статуса языков, которыми пользуются разные языковые группы имеет много измерений и зависит от уровня экономического, политического и социального развития определенной страны. По мнению специалиста возникают ситуации, когда определение языка одной группы, как официального, может стать источником постоянного противоречия, поскольку касается политического баланса между различными группами населения, особенно в случае, когда каждая из них составляет значительный процент населения, или, когда они компактно проживают в определенной местности. С другой стороны, было бы нецелесообразным, по его мнению, в многоязычных странах определять все языки, используемые населением как официальные. К тому же во многих странах консолидация и единство людей, духовная целостность народа и необходимость создания ощущения национальной идентичности требовали бы признание лишь одной официальной речи. Следовательно, для охраны основных прав лиц, принадлежащих к различным языковым группам, так же, как и нации в целом, между этими противоречиями должно быть найдено равновесие¹.

Европейская хартия региональных языков или языков меньшинств принята Советом Европы в 1992 году (Хартия) сделала настоящий прорыв в развитии «языковых прав». В ней утверждены конкретные нормы и принципы, которые в отличие от предыдущих документов, имеющих конкретную цель — содействие развитию и защите исторических региональных языков и языков меньшинств в Европе. Хартия отмечает, что право на использование регионального языка или языка меньшинств в частной и общественной жизни является неотъемлемым правом, а также подчеркивает значение взаимного обогащения культур и многообразия с учетом того, что защита и развитие региональных языков или языков меньшинств не должны осуществляться в ущерб официальным языкам.

1 Capotorti F. Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities // E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1. — New York: United Nations Publication, 1979. — P. 114.

Анализируя языковую ситуацию в Европе, заместитель председателя Комитета экспертов Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств, представитель Норвегии Сигвей Грамстад отмечает, что по условиям существования и применения языков меньшинств их можно классифицировать по следующим категориям. «Во-первых, язык большинства в одной или нескольких странах может быть языком меньшинства в других странах. Такими, например, являются немецкий, украинский, сербский, датский и венгерский языки. Во-вторых, существуют языки, которые всегда являются языками меньшинств, и используются во многих странах, таких как саами, ромский, идиш или фризский, или только в одной стране, такие как валлийский и гэльский в Соединенном Королевстве, языка верхней и нижней Лужицы Сорбо в Германии, или язык Меянкиели в Швеции. В-третьих, есть языки меньшинств со многими пользователями наряду с языками меньшинств с незначительным кругом их представителей в той же стране. В Испании существуют два таких языка: каталонский на котором говорят 5,6 млн. человек и аранезский язык с 5000 динамиков, в Финляндии мы находим 290000 шведскоязычным лицам и 250 человек представителей употребляющих язык саамов Инари, в Великобритании, валлийский имеет 750000 динамиков, корниш имеет 400, а в Словакии существует есть 520000 носителей венгерской и 2600 польского языка. Такой тип многоязычия наблюдается в большинстве европейских государств. В-четвертых, есть страны с большим количеством региональных языков или языков меньшинств, а также другие страны с несколькими. В Дании существует только одно языковое меньшинство, на Кипре и в Швейцарии два, в Сербии и на Украине насчитывается 13 языков, а в двух последних государствах, которые присоединились к Хартии: Румынии — 20 региональных языков или языков меньшинств и Польши — 15 таких языков»².

По подсчетам специалиста, на время его исследования этого вопроса, только среди 20 стран из 25 государств-участников Хартии функционируют 142 региональных языка или языков меньшинств (или языковых ситуаций), которые используют более 37 миллионов человек.

Если в целом говорить об отношении европейских государств к региональным языкам или языкам меньшинств, то ситуация является довольно неутешительной. Большинство государств направили свою политику на защиту одноязычия путем объединения различных культурных сообществ, что в результате должно привести к единой культурной идентичности, которая укрепляется в результате создания единого национального языка. Языки меньшинств рассматриваются как препятствия к становлению единой национальной идентичности. Восприятие языков меньшинств как угрозы для политического

2 Sigve Gramstad. Diversity of language situation in Europe // *Minority language protection in Europe: into a new decade. Regional or Minority languages.* — Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010. — No.8. — P. 29–30

единства государства очень вредно отражается на региональных языках, приводит к их упадку, не говоря уже об их развитии.

Однако, 25 европейских стран, которые ратифицировали Хартию обязуются согласовать положения Хартии с национальным законодательством, устанавливает правовой статус языковых меньшинств (ст.4). Новейшим средством имплементации этого обязательства является принятие положений о языковых правах в конституционном законодательстве стран. Конституции 37 стран Европы включают положения связанные с вопросами о языках. Большинство конституций просто провозглашают определенный язык (или несколько языков) как государственный, официальный или тот и другой. Некоторые конституции не задаются вопросом государственного или официального языка (8 стран). Есть конституции, которые ограничивают себя запретом дискриминации по языковому признаку. И только некоторые страны Центральной и Восточной Европы не только присоединились к Хартии и Рамочной конвенции, но и в определенной степени определили определенные конституционные принципы защиты меньшинств и языков меньшинств.

Интересно, что навязанная этим странам через вступление в Совет Европы конституционная модель гарантии прав меньшинств и языков меньшинств, не связанных с государственным языком, почти не применяется странами Западной Европы. В их Государственных докладах часто указывается, что они имеют давние демократические традиции и в принятии специального законодательства нет необходимости. И здесь открывается широкое поле для двойных стандартов и наставления новых демократий старыми.

Приведем несколько примеров конституционного решения вопроса языковых прав в определенных европейских странах.

Согласно п. 3 ст.3 Конституции Германии 1948 г. «Никому не может быть причинен ущерб или предоставлено преимущество вследствие его пола, его происхождения, его расы, его языка, его места рождения и родства, его вероисповедания, его религиозных или политических убеждений»³. По содержанию конституционное положение не решает вопрос официального языка или языков меньшинств. Речь идет о запрете дискриминации по языковому признаку. Любые юридические гарантии содействия развитию или защиты таких языков не предвидится.

Статья 8 Конституции Австрии 1983 г. провозглашает «Немецкий язык является официальным языком Республики, без ущерба для прав, предусмотренных федеральным законом для языковых меньшинств»⁴. Конституция определяет официальный язык, права языковых меньшинств определяются специальным законом.

3 Конституции стран мира (конституции и основные законы стран мира) [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.uznal.org/constitution.php>. Название с экрана

4 Там же

Статья 70 Федеральной Конституции Швейцарии определяет:

«1. Официальными языками Союза являются немецкий, французский и итальянский. В отношениях с лицами ретороманского языка официальным языком Союза является также ретороманский.

2. Кантоны определяют свои официальные языки. Чтобы сохранить взаимопонимание между языковыми сообществами, они уважают традиционный языковой состав территорий и учитывают коренные языковые меньшинства.

3. Союз поддерживает меры кантонов Граубюнден и Тичино по сохранению и поощрению ретороманского и итальянского языков». Документ определяет четыре официальных языка, ссылается на коренные языковые меньшинства без их определения и определяет ретороманский и итальянский официальные языки как территориальные языки и языки меньшинств. Таким образом, любые положительные языковые права в Конституции отсутствуют.

Весьма декларативными, на наш взгляд, является положение ст. 3 Конституции Испании 1978 г. где речь идет о том, что

«1. Кастильский язык является официальным языком Испанского государства. Все испанцы обязаны знать его и имеют право им пользоваться.

2. Другие языки Испании также являются официальными языками автономных сообществ в соответствии с их уставами.

3. Богатство различных языковых особенностей Испании является культурным наследием, которое пользуется особым уважением и защитой»⁵.

Пункт 2 ст.68 Конституции Венгрии (в редакции 2004 г.) предусматривает: «Венгерская Республика обеспечивает защиту национальных и этнических меньшинств и обеспечивает их коллективное участие в государственных делах, укрепления их культур, использование родного языка, образования на родном языке и использование имен в их родных языках». В данном случае в акте выделены конкретные языковые права на употребление родного языка, образование на родном языке, использования собственных имен на родном языке. Образование является ведущим фактором для сохранения и развития таких языков и поэтому право на образование на родном языке является ведущим в череде мероприятий, направленных на поощрение использования региональных языков или языков меньшинств в общественной жизни страны.

Наиболее предметно, на наш взгляд, этот вопрос решен в Конституции Словацкой Республики 1992 г. Статья 34 отмечает: «1. Гражданам, которые образуют в Словацкой Республике национальные меньшинства или этнические группы, гарантируется всестороннее развитие, в частности, право совместно с другими представителями меньшинства или группы развивать собственную культуру, распространять и получать информацию на родном языке, объединяться в национальные объединения, создавать и содержать учреждения образования и культуры. Подробности устанавливаются законом.

5 Там же

2. Гражданам, принадлежащим к национальным меньшинствам или этническим группам, при условиях, установленных законом, кроме права на овладение государственным языком, гарантируется:

b) право пользоваться своим языком в официальных отношениях;

c) право участвовать в решении вопросов, касающихся национальных меньшинств и этнических групп.

3. Осуществления прав граждан, принадлежащих к национальным меньшинствам и этническим группам, гарантированных настоящей Конституцией, не должно создавать угрозу суверенитету и территориальной целостности Словацкой Республики или приводить к дискриминации остального населения»⁶.

Четко противоположное решение вопроса находится в Конституции Франции 1958 г.: Статья 2. (Конституционный закон N 92–554 от 25 июня 1992 г., ст. 1) „Французский язык является языком Республики“. На территории присутствуют около 10 национальных меньшинств численностью более 4 млн. лиц (например, эльзасцы, лотарингцы, баски, корсиканцы, итальянцы, португальцы и др.). Однако, Франция принципиально не признает ни национальные, ни языковые меньшинства на своей территории. Французский Конституционный совет считает, что такое признание было бы несовместимо с принципами равенства граждан и единства французской нации.

Восточные подходы находим в Конституции Турции 1982 г., члена Совета Европы с 1949 г. В ст.3. говорится: «Турецкое государство, его территория и нация — единое неделимое целое. Официальный язык — турецкий », а абз. 8 ст.42 предостерегает: «Никакой язык, кроме турецкого, не должен преподаваться в качестве родного языка турецким гражданам в любых образовательных учебных заведениях». Такие подходы к языкам меньшинств не только не соответствуют европейским языковым стандартам, а откровенно нарушают последние.

На основании изложенного можно сделать вывод о том, что по своему статусу право пользоваться родным языком или языком меньшинств, содержащееся в конституциях европейских стран можно условно разделить на шесть категорий:

1. право на свободное использование родного языка;
2. право на сохранение языковой самобытности;
3. право получать образование на родном языке;
4. право на использование родного языка в официальных отношениях, то есть в государственных учреждениях;
5. другие права (культурные, в средствах массовой информации и т.п.);
6. признание единого языка страны и игнорирование прав других региональных языков или языков меньшинств.

Первая и вторая категории прав провозглашают принципы и ценности, уже встроенные в систему прав человека и основных свобод. Они предусматривают

6 Там же

свободу языка, т.е. право лица свободно выбирать и использовать свой язык, быть свободным от вмешательства в деле его языковой идентичности. То есть, речь идет в какой-то мере про естественные права человека, в которые государство не должно вмешиваться. Третья и четвертая категория прав являются наиболее интересными, потому что их развитие и защиту обеспечивают государства. В данном случае такие права налагают на государственные учреждения обязанности обеспечить образование на языках меньшинств и возможность общения на языках меньшинств с представителями государственных учреждений, органов и организаций на их родном языке. Пятая категория прав является своего рода перспективным направлением для дальнейшего расширения языковых прав на высоких уровнях их обеспечения в странах. Шестая категория, к которой относится многочисленная группа членов Совета Европы: Франция, Турция, Португалия, Бельгия, Греция, Латвия, Литва, Эстония, Болгария и некоторые другие отрицают существования меньшинств и не признают языковых прав меньшинств, прежде всего, отстаивая единство нации и единую культурную и языковую идентичность граждан. Эти страны не ратифицируют, а некоторые даже не подписывают, Европейскую Хартию региональных языков или языков меньшинств, которая признана Советом Европы как обязательный документ для стран Центральной и Восточной Европы при вступлении в эту уважаемую европейскую международную организацию.

DREPT PUBLIC

PUBLIC LAW

CONTRIBUTIONS TO THE THEORY OF ABUSE OF RIGHT

Dumitru BALTAG, dr. hab., professor

Gheorghe TRAGONE, PhD student

The concept of abuse of rights is relatively new and at the same time, questionable for science General Theory of Law. This article reflects the opinions of reference in terms of theories, issues that could be integrated into this concept. Setting subjective rights of individuals and their implementation in good faith is immeasurable practical importance. The problem is to determine the essence of this concept. Dilemma materialized to accept the status of abuse of rights or qualify this phrase as an unlawful act, which would have consequences for liability.

Keywords: *subjective rights, abuse of rights, the subjective theory of abuse of rights, objective theory of abuse of rights, abuse of right classification, principles of abuse of rights, the exercise of a subjective right*

CONTRIBUȚII LA TEORIA ABUZULUI DE DREPT

Conceptul de abuz de drept este relativ nou și, în același timp, sub semnul întrebării în știința Teoriei generale a dreptului. Acest articol reflectă opiniile de referință în materie de teorii, probleme care ar putea fi integrate în acest concept. Problema este de a determina esența acestui concept.

Cuvinte cheie: *drepturi subiective, abuz de drept, teoria subiectivă a abuzului de drept, teoria obiectivă de abuz de drept, principiile abuzului de drept, exercitarea unui drept subiectiv*

General theory of law is a key to the unit and the constant studying law concepts, categories, principles and basics of it. Legal theory can't ignore the structural analysis of this phenomenon, its ways of particular expression would be found in construction, they carry.

One of the most difficult issues facing those who study law is the problem of realization and implementation of law. Realization of law is a process. This process involves behavior, which must correspond to the spirit and letter of the law. Then, when this behavior does not meet these rigor, when legal norms are violated by subjects, we meet two new categories: abuse of rights and fraud by law as related issues, inextricably linked to the relationship between the spirit and the letter of the law and in while relevant to the general theory of law.

To highlight the spirit of the law, the purpose contemplated by the legislature when regulated the behavior of subject¹. As mentioned I. Craiovan, quoting Hegel "right field

1 See: B. Black. General Theory of Law and State. Chisinau: Bons Offices, 2006. p.440

is, in general, what is spiritual and nearest place, and its starting point is the will, which is free, so that freedom is the substance and determination of it, and law system is the field of freedom wrought, the spirit world products by itself as second nature”².

Is to determine if the subject of law do anything with subjective rights, given under the law that is currently free choice of variant behaviors. This option may not result solely from the pleasure of the subject. It results from the letter of the law. Letter of the law requires us to exact literal interpretation of the content of the law, the content of legal rules. This behavior can't fall outside the requirement of Art. 55 of the Constitution of the Republic of Moldova ‘exercise of the rights and freedoms”. “Any person exercising constitutional rights and freedoms in good faith, without infringing the rights and freedoms of others”. In this sense, legal rules guide, influence and determine behavior of law subjects. The subjects often show trends adherence to legal norms and values promoted by the society, conforming to them, sometimes these rules are violated or neglected³.

In case of abuse of rights, rights, freedoms conferred by legal rules to subjects are exercised in good faith, not achieved the goal, the objective pursued by the legislature in violation of thus spirit of the law. and when it occurs, it is broken “rule of law”, which threatens the rights and interests of any issue of law, or vice versa — it is used illegally, unless it can produce negative consequences for everyone protected by the legislature.⁴

Topicality is a tendency to generalize the abuse of rights as determined by legislative instability and reinterpretation of good faith in the conduct of legal topics of law, abuse of rights is a constant presence in all our legal spheres. They are virtuous and primitive practice, depending on the actual subjective right holder. Today in our society we see a tendency in abuse of right of the government to the governed. Moral sense of the participant in the legal relationship is no longer seen as a virtue, than in the small and exclusive and expressly declare certain values seem often a sign of abuse is made inadaptability methodically direct interest of the right holder subjective, justifying any behavior, and the “guilty” no longer has any conscience problems, he acts as do many others. Thus, widespread abuse neutralize individual guilt”⁵.

Starting from the idea that “logic requires scientific conclusion, that, no state has a monopoly as true that everywhere positive law contains and produces unjust that only recipients can evaluate”⁶, we consider that abuse of rights can not only result in bad faith exercise of subjective rights, but sometimes a form of protest of rights

2 See: Ion Craiovan. Legal doctrine. Bucharest. 1998. p 209

3 See: B. Black. Op. Cit., P 441

4 See: GhAvornic. Treaty general theory of law. (2 volumes). Vol II. Chisinau: Central Printing, 2010. p.239

5 See: C. M. Ailoaie (Ignătescu). Abuse of rights. PhD thesis. Timisoara West University, 2010. p.4

6 See: Gheorghe Mihai, fundamentals right. Right subjective. Sources of subjective rights. Bucharest, 2005. p 157

holders to the way in which it was recognized. However, no matter how “unfair” it would be legal norms, they must be followed exactly, but they tend to be abused even more pronounced, with the degree of injustice is higher, for example, generates excessive taxation abuses by taxpayers⁷.

Importance of tackling abuse of rights in terms of the general theory of law is given so that gives an overview of abuse of law, as well marking distinct and special elements of abuse of rights in different branches. If until now have developed specialized studies devoted to some form of abuse of rights, this work analyzes the concept in a different approach following a generalization, a summary based on the study of law in question.

The problem of abuse of rights has a long history. Origin of abuse of rights theory is not easily determined because there are several opinions contrary to this topic, so we can conclude that the theory of abuse of rights is viewed through the prism of two diametrically opposite concepts, the subjective and objective, concepts that have subsequently guided the spirit of the laws of different countries.

Thus, the subjective theory advocates argue that this theory falls within the exclusive ownership, appearing in French jurisprudence empire at the end of sec. XIX. Others followers objective theory, which we rally and we argue that the theory of abuse of rights is not limited to real rights⁸.

Romanian lowers faced with the fact that subjective right holder shall exercise the right given by law to the detriment of others. For example, the owner of the land, building a house, shady part of the garden by the neighbor or prevent passage through its territory or waters within its territory. This created a situation where the land owner, realizing the right of possession, use and disposition, violates the interests of others. However, Roman jurists denied in these cases the possibility of abuse of rights (nollusvideturdolu making, qui jure suoutitur — nobody considered abusive activated when exercising its right).

Question, if we can use the right to make bad (especially given the well-known phrase Ulpian that “good art is right and equity”) and nowadays is a controversial one.

Latin word “abus” does not speak of abuse, but on the record, exhausting thing as Ulpian digestion⁹, and a current dictionary Latin *abusus* qualify as “full use of it”¹⁰. Roman jurist consults have not bothered to provide a scholarly theory, but they found practical solutions in specific cases. In case of abuse of rights, things were the same, witness the numerous maximum retained and coded in various collections. Thus, we have maximum like “*quo suo jure utitur, nimenem laedit*”¹¹ (one who exercises his right not hurt anyone), but the formula “*sie utero alienumtuout non laedus*”

7 See: Gheorghe Mihai. Op. Cit. P. 158

8 For a full analysis of the abuse of law in Roman law, see: U. Elsener. Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit. Helbin Lichtenhahn: Ed Bruiland, 2004

9 See: Dobrovici C. Labus de droit. Paris: Ed V. Giard E. Briere. 1909. P. 15

10 <http://wwwlimbalatina.ro/dictionary> (visited February 19, 2013)

11 See: Gaius. Digesta Justiniani. Book 1. Title 17. Apud U. Elsner. Op. Cit. P. 15

(a person must use the right so, that they do not disturb other). “*Feci sed jure feci*” (rights that could be exercised without selfish purpose and care of damage caused, exercised according to the law), is a principle that has been applied only with significant reservations in admitting Roman law is also “*malitus non est indulgendum*” (evil is not granted leniency)¹².

Roman law known also two related notions of abuse of law: fraud law and the principle of good faith, in the words of Paolo “*contra legem facit, quid id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sentimentiam eius circumvenit*” (talking about the spirit of the law to the detriment of formal or literary meaning of it). It was also a distinction between good faith (*bona fides*) and equity and contracts in good faith was defended by the mechanism “*exceptio doli*” (the good faith exception). Cicero, defined good faith in perception of two compliance: *veritas* (sincerity in words) and consistency (fidelity to commitments), revealing for the first time, its psychological substrate by Maxima “*simper autem in senseris quid fide, non quid diheris cogitandum*”¹³ (true good faith based on intent rather than words).

Should be noted that the maximum effect is preserved in Moldova’s Civil Code art. 725 para. (2) “The Contract shall be construed as common intention of the parties, but are not limited to the literal meaning of the words used.”

Law of the Middle Ages did not depart from the Roman jurist consults solutions dedicated to addressing the abuse case. Legal practice, from the “small events” had to establish abuse of rights theory construction. For example, Parliament of Aix, on February 1, 1557, is punishing the owner of a machine for combing wool, who played for the sole purpose of a lawyer inopportune neighbor.

Another example is a decision of the Court of Colmar, 2 May 1885 (building a cart for the sole purpose of shade to neighbor), which notes the need to limit subjective rights to a “serious and legitimate interest” interest to whose rights have been recognized, their subordination and equitable principles of morality, sense of good faith¹⁴.

Also extended its application to real property rights and the rights of Procedure. A decision of the High Court 1365 French obliged to pay a fine on a caller whose application was intended only to delay the normal procedures¹⁵. However, recent French doctrine¹⁶ denying the merit of jurisprudence, arguing that the true construction of this institution belongs to them.

Civil Code of Austria (Prussia in 1794) held for the first time in a codified law phrase “abuse of rights” as a general principle applicable to all subjective rights. Against Roman law and customary law observed no intention to harm as constituting abuse

12 See: H. Constantin Palade. Abuse of rights. 2010. P. 75

13 Ibid

14 See: L. Champion. Labus La Theorie of the droits. Brussels-Paris, 1925. P. 31. Apud: I. Deleanu. Individual rights and abuse of law. Cluj-Napoca: Dacia Publishing House, 1988. P. 58

15 See: H. Constantin Palade. P. 76

16 C. Chappais, G. Aubert, P. Ancel. Labus de droit. Comparaison Franco-Suisse. Geneva: Ed PU Saint-Etienne, 2001. P. 17

of rights. Abuse is dedicated to all intent and only without considering the effect of the Civil Code of Montenegro, still in 1888 sanctioned the right for the sole purpose of cause another injury¹⁷.

The idea of abuse of rights is not in the French Civil Code of 1804, but had to rule in a case concerning administrative provisions of the State Council established the concept of “misuse of power” applied later in legislation. Neither the Austrian Civil Code of 1811 is no longer present this institution, art. 1305 including a provision that would even suggest incompatibility concept of abuse: “who makes use of his right to legal limits shall not be liable for damage that would result from this abuse.” These codes, written under the influence of natural law school, believed that rights are general, universal, given the nature and take the appearance of so-called “innate rights of man” (Personal liberty, equality, property is one of these rights), uncontrollable by any court¹⁸.

And Soviet doctrine address the problem in the same negative way. So for example, some legal theorists as S.N. Bratus, M.V. Samoilov, considered the term “abuse of rights” legal meaningless¹⁹. Arguing that idea, they resorted to the famous French jurist M. Planiol. Planiol believed that abuse of rights theory itself is questionable in terms of logic. He said that since “stop right where abuse begins” could not speak of abuse of law, “one and the same act can be both under the law and contrary to law”²⁰.

According to the author N.S. Malein “abuse of rights idea has no justification and explanation clear and convincing in modern literature. Referring to the author’s monograph V.P. Gribanov, published in 1972²¹ about the limits of realization of civil subjective rights, the abuse of rights N.S. Malein understand such cases, the holder of a subjective right act within those opportunities, forming, thus making forms that are outside the legal limits of the law. And then, one of two or subject acting “within the law, belonging, and then, not abuse its right, or it activates the” off limits determined by law “and thus breaking the law he does not abuse the right but his committing an offense, what is liability. In both cases, the author concludes, the idea and abuse rule of law does not exist²².

Under the pressure of social needs or interests “Great Capital” the bourgeois democratic regimes and in the socialist-totalitarian doctrine of absolute rights was gradually replaced with that of their relativity. Passing by hand and then through the case law doctrine of abuse of rights idea brings to light the social function of law legal life and his position and his performance²³.

17 See: H. Constantin Palade. P. 77

18 Ibid

19 See: A. Malinowski. Abuse of rights. Journal of Russian law, 1998/http: w.w.w.juristlil.ru/book_853.html. (February 19, 2013)

20 M. Planiol. *Treatise elementaire de droit civil*. Volume II. Paris, 1926. p 298

21 See: VP Gribanov. *The limits of the exercise and protection of civil rights*. Moscow, 1972

22 See: NS Maleinos. *Legal responsibility and justice*. M.. 1992. with. 160

23 See: L. Josserand. *Le desprit des droits et de leur relativity*. Theoriedite of Labus de droit. Paris: Ed Dalloz, 1939. p 370. Apud: Constantin Palade. *Op. Cit.*, P 77

Famous maximum of Planiol “*le droit cesse ou l’abus commenece*” opposed to another “*ou le droit commence l’abuse cesse*” closer to the truth. Negative followers theory probably confused the concepts of objective (all the legal rules) as subjective (determined prerogative belonging to a subject), when asserted alleged contradiction between law and abusive exercise of the right. Thus, once removed this confusion, there can be no abuse of the objective, we can talk, but the abuse of subjective right, more correctly expressed, about the abusive exercise of a right²⁴.

Individual rights enshrined generic (established or created) in the current law are possibilities for virtual subjects, while their exercise existing legal possibilities, recovered in the specific subjects capable of action, natural or legal persons, citizens, taxpayers, bodies state associations and organizations. Hence, we conclude that the exercise of a subjective right regardless of its nature, is subject to the necessary existence chip generic abstract and objective law²⁵. Only exceeded internal limits of a subjective right defined by diverting it from its social and economic order constitutes an abuse of law and attract liability of the owner.

Earlier we said that the origin of abuse of rights theory are two theories, the theory of subjective and objective theory of abuse of rights. Followers of the subjective theory (M. Planiol, G. Ripert) based on the concept of subjective rights absolute and their isolation from their social purpose and function. They believed that the only criterion for assessing domestic abuse as is the psychological factor, subjective intent to harm resulted in²⁶. Moreover, Georges Ripert says that “infliction of harm was the only reason to work”, resulting thus that guilt as psychological factor, subjective, leading to the existence of abuse of rights should take only as intended (as unthinkable abuse as committed by negligence, carelessness, recklessness). This limitation of the scope of the infringements intended only abuse was one of the first mistakes of the subjective theory, design them being restrictive, narrow and individualized²⁷. We note another error of this theory: the lack of any objective evidence that external factor, such as removal or diversion from economic or social purpose interest. In addition, abuse in the exercise of a right to be confused with subjective bad faith, fraud, which also is not correct. One of the authors progressive legal literature French Louis Josserand, French lawyer, Dean of the Faculty of Law of Lyon, on the subject investigated rightly said, “would be inconceivable that legal powers can serve as weapons ill-intent, malice and bad faith. Fraud, which vitiates all acts which application to terminate all legal rules should not give free rein under the benevolent too subjective rights, it must be fought without mercy, otherwise însușii right — being put into service for anti-social purposes, parodied the unworthy by those who use it — would be likely to “die” under the blows of this desecration”²⁸.

24 See: H. Constantin Palade. P. 78

25 See: D. Gerasimos. Good faith in civil legal relations. Bucharest, 1981. p 114

26 See: M. Planiol, G. Ripert. Francois treat pratique de droit civil. T III. Paris, 1930. P. 575-580

27 Ibid

28 See: L. Josserand. The Labus de droit. Paris, 1905. P. 51. <http://books.google.md/books/about/for> (visited 2/20/13)

Evolving from absolute conception of subjective rights and their isolation from their social purpose and function of the objectives followers theory of abuse of rights, came from absolutization relativity subjective rights and observing that each of them has a social purpose. This theory was developed in bourgeois society, capitalist philosophical doctrines based on solidarity, but also in practical situations with large companies saw their small properties limited development land, without legal means of pressure on them²⁹.

This theory, called social purpose, arising from misuse of power concept of administrative law (exceeding the discretionary powers set out in legislation and legal principles, or, one can speak of diversion of power then when it is used for purposes other than those established by law), is regarded as developed by L. Josserand.

Diversion concept of power is very close to the concept of abuse of rights. Therefore this concept is interpreted as followers subjective theory of abuse of rights, as well as the theory of goals.

One issue discussed in doctrine and jurisprudence, diversion of power related concepts as abuse of law to achieve those if misuse of powers necessary or not to proceed with an element of intentional³⁰. Advocate General Lagrange in the no. 3/1954 are held that “the hallmark of misuse of power is not an objective violation of a rule of law, but illegal subjective intent, as contrary to the law, the Authority issued Decision” (diversion subjective theory of power). Instead ECJ, who shared objective theory of power diversion nr.8/1955 decision stating that there is misuse of power and then, when, by a serious lack of foresight or district, was pursued another purpose than provided by law, no need to highlight the obvious intent to circumvent the law.³¹

As previously mentioned, the theory is L. Josserand objectives. The basic idea of these theories is “soul’s purpose lies in social law”. For it is improper act “act contrary to the institution, its spirit and purpose”³².

Objective set theory, then, that the first criterion (although there are other criteria, such as why a legitimate social interests, aim right) of the intended social function. Author T. degrees asserts that this conception of L. Josserand jump away from reality and the theory of subjective and objective, bringing a new criterion: the purpose and destination of rights, but at the same time recognizes the merit of L. Josserand be combined with the objective subjective criterion³³. Yet objective theory

29 See: H. Constantin Palade. P. 80

30 See J. Schwarze. European administrative Droit. Vol I. Bruylant, 1994. P. 274-294. Apud: L. Nedelcu, A. Nicu. Legality and power in European public administrations. <http://drept.ucv.ro/R SJ/> (visited 2/20/13)

31 Ibid. P. 136

32 See: L. Josserand. The lesprit de droit et des leur relativity. Theoriedite of Labus de droit. Paris. Ed Dalloz, 1939. p 345

33 See: T. Grad. Exercise of civil rights according to their economic and social purpose and rules of coexistence. PhD thesis, Faculty of Law. Cluj-Napoca, 1991

has some shortcomings. One of the shortcomings is ignoring the psychological factor, subjective guilt in committing abuse of law. Another problem is defining social goal against weather concepts as unstable as the criterion of morality and the different political orientations throughout history.

As mentioned previously, there are legal doctrine authors annihilates the very existence of abuse of rights (S.N. Bratus, N.S. Malein and others), considering that it would be only the concept of fault broadly. To exercise a right, in order to commit a loss means a tort negligence characterized by ill-intent and desire to cause injury.

This theory of assimilation abuse with tort law is not sheltered from criticism³⁴. L. Deleanu support the author's opinion that between tort law and abuse are significant distinctions: a) civil offense has anything to do with the existence or exercise of an individual right, just in case abuse is committed, b) if not civil crime has any relevance legitimate existence, and if the abuse is not a legitimate exercise, c) abuse and other measures as may attract civil penalty in only the (disciplinary, administrative, criminal, which we'll talk later, d) for abuse of law, no person shall be liable only for damages to the victim, the court may decide to return to the previous situation, solutions are rare in civil matters³⁵. In addition, abuse of rights is subjective right diversion feature of its social and economic order, and could speak a distinct abuse of an illicit act³⁶.

Abuse of rights is not only the existence of contractual liability (abuse of rights can attract other forms of liability) as there is no abuse of the subjective right — right in itself, can't be so — but, in the exercise or non-exercise to abusive, so the diversion from the purpose for which it was recognized in the exercise of bad faith (in the legal sense) by the owner, which means that it has exceeded limits, legally lost its rights, the individual right.

Exceeding the limits of his right holder subjective means deviation from the purpose of which was recognized by law and always commit mistake. This overflow — limit how limiting an individual right is limited to the subjective right of another — in sight subjective intent to injure the right of another, citing exercising their individual right taken as absolute. One's right to listen to music in his apartment is the right of individuals to privacy, when the music volume exceeds normal when the machine touches subjective exercise of the right to privacy, tranquility, rest, etc.. the neighbors lodger, of now there is an abuse of law made by the holder as absolutely subjective.

Abuse of rights may result in legal liability under the following conditions:

- The existence of a subjective right determined (using the radio in his room block at maximum sound volume subjectively determined adversely affecting the exercise of a right neighbors subjective abusing his right to privacy);

34 See: H. Constantin Palade. P. 84

35 See: L. Deleanu. P. 83

36 See: H. Constantin Palade. p.84

- Committing an illegal act by the exercise or non-exercise of a subjective right (boundary between two properties costs fall equally owners of the two funds, if one of the owners refuse to exercise this right, then the owner can do fund neighbor forcing him by justice, mid expenditure);
- Material or moral damage;
- The causal link between the wrongful act and injury;
- Culpability of author of illegal act³⁷.

Although the existence of subjective right is one of the conditions of abuse of rights — along with committing an illegal act, moral or patrimonial injury, causation and fault report so — this does not mean that any individual right would be susceptible of abuse by some individual rights by nature, the holder can't abused: the right to life, the right to dignity, the right to a name, etc..

Hence, we conclude that abuse of rights foundation is subjective right there. Subjective right was taken more data definitions. An operational definition tells us that “active subject to possible liability claims subject undertaking imposed or proposed action or refrain from doing something, as the parties have understood that it should behave when they entered the legal relationship is called as — as subjective³⁸.

So subjective right allows the holder:

- a) have a certain attitude towards his right, for example, to use it;
- b) provide appropriate attitude of the subject required;
- c) may appeal to the state to defend its right path³⁹.

But what is the measure of subjective right, which is its limit?

It is considered a “measure” a “limit” of subjective right, obligation. Obligation is subjective and is right opposite the satisfaction or, where applicable, the performance credentials that involves the rights of another holder of subjective rights. By giving, doing, or not doing something⁴⁰.

There are some occasions when some individual rights are identified with the obligation to exercise them, as if the public authority's right to challenge the one who committed the illegal act. There is, therefore, an absolute correlation between the right and obligation. Wherever there is an individual right, we understand that there must be a duty and an obligation wherever we mean that there must be an individual right.

Authors Gh. Mihai and I. Sabau, in an article published in the Annals of West University of Timisoara give us a definition of subjective right to begin exploring “all abstract subjective rights, both recognized by the state and the set of generic objective law in force, which it (the state) gives them protection and guarantee, so that their owners can exercise them freely is subjective right”⁴¹. As we see, the subjective right

37 See: Gheorghe Mihai. Fundamentals of law. Vol IV. Bucharest: All Beck, 2005. P. 208

38 See: D. Baltag. General Theory of Law. Chisinau: Center editorial FIUM 2010. p 332

39 See: B. Black. p 454

40 See: GhAvornic. P. 151

41 See: Gheorghe Mihai, I. Sabau. Contributions to the theory of subjective rights. The. Annals of West University of Timisoara, Series Law, Vol II. 2004. p.4

can be viewed as a right of a person's actual concrete and a set of individual rights. In this definition there is a basic feature of the subjective right that is limiting him. However, at the end of the article, the authors, would like to clarify that the law does not give individual exercise unlimited power, enshrines freedom of all, however, does not confer and illegitimate exercise of its unlimited or by each "Overcoming the law or violating their purpose is abuse The subjective right, sanctioned by the law in force"⁴². This approach is insufficient to distinguish between internal limits applicable law (real abuse of rights) and external case illegal act⁴³.

From the definitions of subjective right that this law is a legal possibility, while exercise is right, just, legal opportunity materialized.

Exercise — recovery by the owner of the right that lies — takes place in light of principles that defines the use of abuse of rights:

— The principle of the right to subjectively according to its lawful owner;

From this principle shows that recognition and protection of a subjective right is justified by certain objective, the destination's social, on the one hand and, on the other hand, the holder is directed to assert his right subjectively if and only if an agreement is in the interest of law. Conversely, disregarding purpose included in applicable law by a rightholder subjective thus satisfy their personal interests constitute abuse of rights.

— The principle of the right by the holder with respect to subjective morality;

Moral norm customize behavior, it evens legal norm. The latter does not prohibit all acts of vicious, nor obliges all virtuous acts, but prohibits acts vicious and virtuous acts require into the scope and general interest⁴⁴.

From this it appears that the right subjective principle is realized not only with the law and public order, and morality. Subjective right is exercised within its data and objective norms of morality. About this speaks and art. 9 para. (1) CC RM "natural and legal persons involved in legal relations must fulfill the obligations of good faith in accordance with the law, to contract with public order and good morals" This means that "good" manners have the same value significant other performance conditions. "Morals" are a continuation of the law.

Although Moldovan law would allow gay marriage, it would be contrary to morality, and, then, execution subjectively by two gay rights would not respect moral Romanian concrete⁴⁵.

— The principle of good faith exercise by the holder of the subjective right.

This principle tells us that only "good faith" should underpin exercise all civil rights in the sense that it must be exercised with the right intent, loyalty, diligence and prudence.

Article 55 of the Moldovan Constitution provides that "any person exercising

42 Ibid. page 16

43 See: H. Paladi Constantine. P. 72

44 See: Gheorghe Mihai. P. 205

45 Ibid. P. 206

their rights and freedoms in good faith without infringing the rights and freedoms of others.

About good faith we learn from Cicero, that is unity between sincerity in words (*veritas*) and fidelity to commitments (*Constantia*), or, fidelity to commitments can't exist without their taking and taking is determined by sincerity. This principle, its content indicates the subjective element of abuse of rights, born of the subjective theory about it, that is based on the existence of error in the forms of intention or negligence. Exceeding the limits of his right holder subjective means deviation from the purpose for which it was recognized by law and always commit mistake. This overflow — how limited, which limits an individual right is limited to the subjective right of another — in sight intention to injure another's subjective right, exercising their individual right invoking taken as absolute⁴⁶.

Based on the above we can conclude that abuse exists, regardless of the subjective nature of the right:

- Abuse of constitutional law, state or citizen;
- Report of criminal law, from any part of the report criminal justice, abuse of civil law from individuals and businesses, civil disorder as subjective;
- Abuse of administrative law, the public administration;
- Abuse of tax law, the tax authorities;
- Abuse of procedural law, the participants in it;
- Report of family law, the spouses etc.⁴⁷.

So any abuse of subjective right (constitutional, criminal, civil, administrative, fiscal, etc.). Involves two elements: 1) subjective element consisting in the exercise in bad faith, morals, public order or law; 2) objective element, which is the matter right diversion from economic and social purpose of which was recognized as legal finality.

In a complex vision of abuse of rights concept, we believe that these two elements should be combined, imposing a synthesis between theory subjective and objective theory of abuse of rights. Abnormal and excessive use of intentional or negligent, or easily a subjective right, by overcoming its internal limits, includes implicitly subjective right diversion from its social and economic order.

There is no doubt that you can exploit only a subjective right, which not only understand the rights and freedoms of the person and the exercise of certain rights of public authorities, which are sometimes used unscrupulously to the detriment of citizens. Therefore subjects of abuse of rights can be:

- 1) constitutional rights and freedoms holders (citizens, political parties, media)
Note that if all individual rights are fundamental constitutional rights, not all individual rights are constitutional rights. Whether a constitutional right depends on subjective value judgments own an epoch and a given society.

46 Ibid. P. 207

47 Ibid. P. 202

Protects fundamental subjective human rights beyond constitutional requirements. However, the current Constitution includes, in addition to fundamental individual rights and the constitutional own citizens statutes of each state⁴⁸.

- 2) institutions, enterprises, organizations (eg monopolistic enterprise abusing the dominant market position);
- 3) State bodies and its officials.

Generic subjective rights (existing objective law, the law in force) are possibilities for virtual subjects, while their exercise existing legal possibilities, verified by specific subjects capable (citizens, political figures, media, institutions, enterprises organizations, state bodies, civil servants). Topics which the law permits the exercise of subjective rights are required, also by law, to assume and exercise the corresponding obligations as they are provided and limits. If a representative of the media exceeds the limits set out in the exercise of its subjective opinion, he falls in abuse of right to an opinion.

Research the law governing the behavior of subjects in the exercise of subjective rights allows us to classify abuse of rights into three categories:

- 1) abuse as legitimate;
- 2) abuse as limited by law;
- 3) abuse as illegal.

If abuse as legitimate, the right subject is directed primarily against morality, but not against the law or public order. In other words, within the limits provided by law, the owner can do any kind of subjective acts, even if the harm they cause to others. Someone, who is accused enriched in immoral ways can answer “I do not say that I morally rich, but respecting the ways established by law, legal” if coverage is legal acts, morality does not matter.

Another example: neighbor builds a house so high, that totally obscures the neighbor’s garden. A driver who only lifted to permit subjective exercise their right to travel by car on the streets, we practice with, and with fear of accident, moving only 20 cm / hour, making the move to a congestion, it does not violate the other driver subjective right to move with a speed of 50 cm / hour, but temporarily restrict the individual right.

As examples we may refer to the Roman law, namely the Roman law was beautiful and just *adajiu qui suo iure utitur reminem laedit*- who uses his right injures no one. In other words, as mentioned above, within the limits set by law, the owner can do any kind of subjective acts, even if the harm they cause to others.

Example, significant concerns as legitimate abuse by the exercise of social rights and freedoms, brings French scientist P. Sandevuar⁴⁹. According to the author, misuse legitimate exercise of the right to strike, the right to work is difficult to achieve by other matters (if that were occupied by strikers some areas where workers want to

48 Ibid. P. 204

49 See:P. Sandevuar. Introduction to Law (translated from French). M.. 1994. with. 303, 326

work) or the establishment of pickets (it is impossible to go to work for those not participating in the strike).

A similar situation may be blocking ports, refusing to unload some perishable goods.

Abuse as legitimate harm the social relations regulated by law, for these reasons, depending on the concrete situation, can be described as immoral or irrational.

Subject immoral acts when, do not coordinate their actions with concrete historical representations of good and evil, just and unjust, the social values governing relations between individuals, family, society, state.

Subject moral act within such time as the emoticon you do or say not deliberately cause suffering to others. Morality is equivalent to goodwill, immorality ill-will. Here, we would like to emphasize, intentional aspect of the suffering caused. We absolutely free, and whenever we act at will, accepting the absurdity of the situation, but at the same time, freedom means responsibility. We are aware of the consequences of their actions and are the product of past actions. As a result, the freedom that we take every choice made involves voluntary and conscious acceptance of certain limitations that come with the election. Action horizon shrinks depending on the chosen limits.

Subject acting irrationally if economic and social order, required by law, can be achieved by using other legal means.

Lack of money to pay judges in Moldova, in late 2012, is the result of irrational bonuses court presidents. At least this is claimed Minister of Justice, who said that only during 2012, employees of judicial institutions have raised premiums of over 2.5 million. lions payroll. While legal rules provide that such payments can be made only from domestic savings⁵⁰. As we see, this is the event of abuse licit, in fact irrational exercise of individual rights. Thus, speaking of abuse as legitimate, the subject realizes the rights, using the prescriptions of the law. given that subjects comply prohibitive, it does not violate law and can't be held legally responsible.

The second category of abuse is abuse as limited by law.

In this case, can use in bad faith law is limited to prescriptions legal norms, which do not contain sanctions (due at the abuse of a right can't be held responsible), but are intended to:

- 1) preventing abuse of the concrete sphere of social relations. For example, art. 1 para. (3) CC RM "Civil Rights may be limited only by the organic law on the grounds set out in the Constitution of the Republic of Moldova;
- 2) to exclude the possibility of law subject to abuse his right, Art. 53 para. (5) RM Family Code says that if abuse of parental rights, the child may apply to the guardianship authorities for their legitimate rights;
- 3) to limit abuse of law deliberately. Article 41 para. (1) Constitution stipulates that citizens may freely associate in parties and other social-political organizations.

50 <http://www.md/rosocialministruljustitiei>(visited 2/22/13)

Litigation of parties will also consider other circumstances . . . , the party's actions endanger the functioning of state institutions or the rights to freedoms of others art. 11 of the European Convention, it prevents the state to exercise its function of protecting those institutions and individuals⁵¹ (from the abusive exercise of this right — Ed).

Another example, the German Constitution art. 18 states “who abuse the freedom of assembly, opinion, press, freedom of conscience, association . . . against bases of a democratic state is deprived of these rights.”

As we see abuse as the second category are recognized by the state as undesirable because they can cause harm social relations protected by the state. Legal consequences of thus depriving rights abuses are concrete, specific persons or refusing to defend his rights.

The third category of abuse as abuse of law are illegal or considered illicit and sanctioned actions, if their liability occurs. Topics such actions usually are law enforcement officers, persons in charge, journalists etc. In other words, people who are competent state special rights or powers to conduct public functions.

Conditions as unlawful abuse and accountability that engages are:

- The existence of a subjective right determined using the radio in his room block at maximum sound volume subjectively determined adversely affecting the exercise of a right of neighbors subjectively abusing his right to privacy.
- Committing an illegal act by exercise or non-exercise of rights subjective Granitu costs between two properties, properties fall equally on the two funds, one fund if the owner refuses to exercise Granitu subjective right, then the owner can do next fund delegating it through mid justice expenditure;
- Economic or moral damage;
- The causal link between the wrongful act and injury;
- Culpability illegal act⁵².

Although the existence of subjective right is one of the conditions of abuse of rights — with committing a willful material or moral injury, a causal relationship and guilt — this does not mean that any individual right would be followed by abuse: some subjective rights by their nature, can't abuse holder: the right to life, the right to dignity, the right to name etc.. It is also noticeable as many types of abuse of illicit, each with its specificity: the abuse of constitutional, civil, criminal, administrative, commercial, tax etc..

Liability thus action can be established both in law (eg, art. 327 hp RM “abuse of power or abuse of office”) and the law subordinate legislation (regulations, instructions, etc.).

However, Article normative act, not always, can be summed up one way or another abuse of law. Often the abuse of rights is a way to commit other crimes or

51 www.csj.md/admin/public (Visited 2/22/13).

52 See: Gheorghe Mihai. P. 208

misdemeanors. So, for example, in the opinion of the author FM Resetnikov⁵³, concrete forms of abuse of rights can't be qualified as crimes committed by persons directly in charge, but the attacks on the rights of citizens (art. 178 hp RM "violation of the right correspondents secret "art. 180 hp RM" deliberate violation of the law on access to information ", Art. 183 hp RM" violation of labor protection "crimes against justice (art. 308 CP RM" illegal arrest; art. 307 hp RM "Pronouncing a judgment, decision, conclusion or judgment against the law) or against property (art. 194 HP RM" Causing damage to property by deception or abuse of trust ").

It also refers to other subjects. For example, journalist and media abuse. Journalist card not trigger any immunity or any status. But sometimes, we are witnessing the manipulation, lies and non-words, we see daily on most screens, which are dangerous for the press and hygiene Moldovan society.

Thus, abuse of illicit as may be specified in Article normative act, which is punishable, and by committing other violations of law (for example, by abusing the freedom of speech, the speaker calls for mass events and disobedience).

Assimilation abuse of rights with responsibility is the most popular and acceptable way of abuse of rights. Exercise a right to commit damage, is a violation, a misdemeanor, characterized by ill-intent and desire to cause injury. Even in ordinary language⁵⁴ (the term "abuse" means breaking the law, as without the use of a thing, and in that of "abuse of rights"⁵⁵, that crime which consists in the exercise of a right to ignoring its social and economic purpose.

"Abuse of law" would be subjective rights, equivalent to that which is "fraud in law" for the right purpose: a correction, which highlights, among other things, influence moral rule on legal rules.

It is noteworthy, however, that the doctrine and jurisprudence has developed, often a much broader concept "abuse of rights", considering that this area falls not only intent to harm, but any unreasonable exercise a right that any diversion of objective finality, one that has a normal use for which the right was recognized. Introducing "finality" as a standard of measure for the exercise of rights is the core of the famous doctrines, including that of Louis Josserand. Such doctrine requires the discovery of "other coherent" theory of abuse of rights, in this perspective, becoming really impossible to accept that the abuse of the right to remain outside the law itself, being able to ask the question whether a right unreasonably can be considered as⁵⁶.

So we need to remember another vision of individual rights, recognition for the government and litigants of legal powers is an expression of the fundamental

53 See: Fyodor Reshetnikov. Responsibility for malfeasance in foreign countries. M.. 1994. with.

7

54 Explanatory Dictionary of the Romanian Language. Bucharest, 1998. p.4

55 See: IP Pitulescu, P. Abraham, I. RANET. Dictionary of Legal Terms. Bucharest: National Publishing House, 1997. P. 13

56 See: V. bed. Abuse of procedural law and procedures. Its legal and sentencing regime. In: Romanian Pandect no. April 2010. P. 61

concepts on law exercised at a certain time and a certain place. According to these concepts may undoubtedly authorize the formulation of rights and freedoms, but their beneficiary must not lose sight that you can't use them, but fairly, justly and certainly justified in terms rational. Thus is created, by the concept of "abuse" as an effective tool not only legislative pedagogy, but also to prevent and punish any deviation from this principle.

Of course, that judges are responsible delicate but crucial to determine whether, in this or that case, there is or there is abuse of rights, but it no longer appears only as a cautionary note, never-ending practice and to both less as an end of it, but rather it is an essential task to, that of ensuring that the correct (honest) law, enforced with determination and rigor any attempt to bypass or diversion of law from purposes for which it was created⁵⁷.

In conclusion we would like to formulate a definition that includes all modes of abuse of rights, accepted contemporary legal doctrine⁵⁸ that Cantonese is not a single theory or criterion. So we can define as abuse as performance, subjective exercise of a right in violation of its principles.

The above principles are arising, so that whenever a right is exercised: the disregard of law and morality, in bad faith, to overcome its internal limits, or disregard of economic or social purpose for which it was recognized equivalent abusive exercise of subjective right.

In our country, the theory of abuse of rights is regarded with suspicion because the negative spectrum of the Communist regime and socialist mentality still hanging over them. After being used as a means of imposing ideologies and totalitarian regimes, it is difficult to get an instrument for the protection of the oppressed. We must remember that not only this institution was diverted from its purpose, but the whole legal system was messed up in the past criminalization of analogy in criminal law against the defendant, the fictional status of civil servants and judges up today case "Royal Forest" or illegal abuse of tax bodies, "the case Vicol".

Abuse of rights theory has merit limited by the need for specific regulations, allowing judges greater freedom because, as stated and Neitzche "then, when an empire is about to perish, has many laws"⁵⁹ — *summum ius, summa injuria*- (with the more laws, the more wrong call).

57 Ibid

58 See: V. powder. Abuse of law and contract work. Bucharest: Ed WoltersRluwer, 2007. P. 12, L. Pop. The general theory of obligations. Bucharest: Lumina Lex, 2000. P. 366

59 See: F. Neitzche. Aphorisms. Bucharest: EdHumanitas, 2007. p. 149

CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AS FUNDAMENTAL DIRECTIONS OF THE ORGANIZATION AND FUNCTIONING OF THE POLITICAL SYSTEM

Serghei ȚURCAN, Ph. D., Associated professor,
Andrei CUCULESCU, Master degree in law

The constitutional principles are on the basis of the organization and functioning of the political system, and they are determined by the nature of political and socio-economic relationships. They reflect and consecrate in the political and legal formulas the social-politic and economic structure of the society, the essence of a democratic political system, relations that are established between its various components, fundamental directions of the regulation of social relations and management system of the political organization of society.

Keywords: constitutional principles, political system, sovereignty, legal norms.

PRINCIPIILE CONSTITUȚIONALE CA DIRECȚII DE BAZĂ ALE ORGANIZĂRII ȘI FUNCȚIONĂRII SISTEMULUI POLITIC

Principiile constituționale, aflate la baza organizării și funcționării sistemului politic, sunt determinate de natura relațiilor politice și social-economice. Ele reflectă și consacără în formule politico-juridice structura social-politică și economică a societății, esența democratică a sistemului politic, raporturile ce se stabilesc între diferitele sale componente, direcțiile fundamentale ale organizării statale, ale reglementării relațiilor sociale și conducerii la nivelul sistemului de organizare politică a societății.

Cuvinte-cheie: principii constituționale, sistem politic, suveranitate, norme de drept.

The notion of principle was stated since ancient times, with the meaning of the source, essence or founder principle, fundamental to a particular domain of activity. If we change essentially the domain of activity on which we report, it changes also the guiding principles of that domain, this is the conclusion reached by Mircea Djuvara¹. The term principle has its origins from the Greek word **arhe** which designate the act of administration. Latinos have translated from the ancient Greek verb **arhe** with principium, which means beginning, basis.

The legal sense, of the term principle means basic, leading ideas. In legal literature principles of law have been defined in different ways². Costică Voicu believes that fundamental principles are those general ideas underlying leading to elaborate and

1 Djuvara M. *Drept și sociologie*. București, 1936. p. 11.

2 Baltag D. *Teoria generală a dreptului*. Chișinău: ULIM, 2010. p. 188.

apply the law³. In the vision of Nicolae Popa, principles of law are the leading ideas of the content of all legal norms⁴. Boris Negru believe that the principles of law are those fundamental ideas of leading system of law and of its departments, as well as the coordination of legal norms guiding around an idea⁵.

In the exercise of political power, the driving ideas, legitimacy, authority, representatively, subordination, coercion met in the activity of institutionalization, organization and functioning of the power structures each one takes the value of political principle.

To the extent that it acquires a legal content, in the sense that it is imposed on the whole community by the public force through specific methods and instruments, it can be said about the principle that it is a principle of law, located at the confluence of politics and law. Once formulated and consecrated in a conventional language, law principles are transposed in legislative texts, at which point it can be accepted formally that they have general binding force and are being integrated into the general system of law, law appears as Eugeniu Sperantia says, as a totality of binding social norms⁶.

It is a proven fact in the constitutional history of each State that the exercise of political power is conditioned to use by the governors the legal instruments. In this quality, law gets, especially through its guidance instruments, results, related to the proper political activity, thus contributing to the achievement of functions and purpose of the political system. They are used, on the one hand to the institutionalization of organizational forms in which set up and operate institutions of power and their device, and, on the other hand, by the instrumentality of law political decisions are turned into general binding rules, whose violation is sanctioned by State through its coercive force⁷.

It is natural, therefore, that the constitutional principles have a high political content. The fact that they are written in a law, such as the Constitution, and because of this they have a legal form, cannot lead to the conclusion that these principles have only a legal form. Their content is complex, given by interference of politic and law⁸.

In modern states are found the amplification of interdependence between politics and law, of the connection between political and legal decisions, between political acts and legal norms.

Through the instruments of law, the State as a fundamental politic institution of administration of the society, implementing politic decisions in legal norms, giving

3 Voicu C. *Teoria generală a dreptului*. București, 2002. p. 100.

4 Popa N. *Teoria generală a dreptului*. București, 2002. p. 104.

5 Negru B., Negru A. *Teoria generală a dreptului și statului*. Chișinău: Bons Offices, 2006. p. 237.

6 Speranția E. *Principii fundamentale de filosofie juridică*. Cluj, 1936. p. 8.

7 Mihuț L. *Dilemele științei politice*. București: Ed. Enciclopedică, 1995. p. 63.

8 Popa N. *Prelegeri de sociologie juridică*. București, 1983. p. 150.

them needed attributes authority provided by its coercive force. The law holds in this context an important role as an act of social administration, acquired a growing role in the implementation and achievement of political decisions, as prefiguration of social normativity⁹. Through its functions of regulating social life, legal norm transposes into the practice the sovereign prerogatives of power, give expression to his normative will, acts as one of the fundamental factors ensuring the expression of sovereignty as inalienable attribute of the whole nation. Constitutional principles support the full influence of this interference, especially visible at the level of proclamation of the fundamental political and legal norms. It can be said that, that the constitutional principle will contribute to accomplishment of the political finality but also in achieving of law, because in one case and in another the constitutional principle ensure through generality and obligation of its normative prescriptions, unity and stability of the political and legal decisions¹⁰.

Nistor Prisca define the constitutional principles as fundamental directions of organizing and functioning of the political system, according to which is organized and functions all political bodies, state institutions, established all the relationships between them, the unit of the entire political system¹¹.

In our opinion the *constitutional principles* represent the fundamental directions of the organization and functioning of the State, guarantees of fundamental human rights, ensure the separation and balance of State functions, are taken by, or on behalf of the nation and enshrined in the fundamental political-legal act of the State, Constitution.

Cristian Ionescu proposed the following classification of constitutional principles: a) uniqueness, completeness and sovereignty of the people's power; b) political pluralism; c) separation of powers; d) the principle of representation; e) equal rights and duties of citizens; f) supremacy of the Constitution¹².

In the category of constitutional principles Teodor Cârnaț assigns the following principles: a) separation of powers; b) universality and equality in rights; c) sovereignty of the people; d) the fundamental principles of property; e) political pluralism; f) the unity of the people and the right to identity; g) access to justice¹³.

Although, most of the authors use the term *separation of powers*, it doesn't mean that it's about separation of State power, because State power derives from the national sovereignty and belongs exclusively to a single owner, the people. When we talk about legislative, executive and judicial power, we know that State power is exercised in the name of the people by certain authorities, therefore certain authorities are entrusted with certain empower and not with power as such, so, we think that

9 Ionescu C. *Principii fundamentale ale democrației funcționale*. București: Lumina Lex, 1997. p. 13.

10 Ibidem, p. 14.

11 Prisca N. *Drept constituțional*. București, 1974. p. 15.

12 Ionescu C. *Studii de drept constituțional*. București: Lumina Lex, 2001. p. 15.

13 Cârnaț T. *Drept Constituțional*. Chișinău: Print-Caro, 2010. p. 29.

a more correct formulation of this principle would be *the separation of functions* in: legislative, executive and judiciary.

A result of the above, we propose the following constitutional principles classification:

- 1) Uniqueness, completeness and sovereignty of the people's power;
- 2) Political pluralism;
- 3) Separation of state functions;
- 4) Protection of human rights and freedoms;
- 5) Supremacy of the Constitution.

Whether these principles are expressly stated or not in the fundamental law of the State, they extract their content from the Constitution¹⁴.

1. Uniqueness, completeness and sovereignty of the people's power.

Popular sovereignty or the sovereignty of the people's power is the principle that the authority of the government is created and sustained by the consent of its people, who are the source of all political power. It is one of the fundamental principles which emerge from the article 2 of the Constitution of the Republic of Moldova and states that „National sovereignty resides with the people of the Republic of Moldova, who shall exercise it directly and through its representative bodies in the ways provided for by Constitution”¹⁵.

Popular sovereignty in its modern sense, that is, including all the people and not just noblemen, is an idea that dates to the social contracts school (mid-17th to mid-18th centuries), represented by Thomas Hobbes (1588—1679), John Locke (1632—1704), and Jean-Jacques Rousseau (1712—1778), author of *The Social Contract*, a prominent political work that clearly highlighted the ideals of „general will” and further matured the idea of popular sovereignty. The central tenet is that legitimacy of rule or of law is based on the consent of the governed. Popular sovereignty is thus a basic tenet of most democracies. Hobbes, Locke and Rousseau were the most influential thinkers of this school, all postulating that individuals choose to enter into a social contract with one another, thus voluntarily giving up some of their natural freedom in return for protection from dangers derived from the freedom of others¹⁶.

The people, who hold the supreme power, as Montesquieu says, must do everything himself that can do well and what cannot do well must do through its representatives.

In the opinion of Jean Jacques Rousseau's, people are all persons that reside in a given territory, each of them possess an equal share of sovereignty, in proportion

14 Ibidem, p. 15.

15 Constituția Republicii Moldova, adoptată la 29 iulie 1994. Monitorul Oficial al RM nr. 1 din 12.08.1994, art. 2.

16 Levy L. *Encyclopedia of the American Constitution. Popular Sovereignty*. vol 3, p. 1426 [online]. http://books.google.md/books/about/Encyclopedia_of_the_American_Constitution.html?id=IWgYAAAIAAJ&redir_esc=y, (citat la 27.04.2013).

to the total number of population¹⁷. Sovereignty is thus considered as the sum of individual wills, people give to governors not the sovereignty, but only its exercise in their name, and governors are in fact simple delegates of the people¹⁸.

The representative democracy means that political regime in which people express their will through its representatives. So the representative democracy embodies the political systems that are characterized by the fact that the supreme power in the State are not exercised directly by the people, but through an elected parliament for a certain period of time¹⁹.

Victor Popa proposes two definitions for the representative regime, he says that the representative regime turns out to be: „form of indirect exercise of national sovereignty by the people through their elected representatives” or „all public authorities designated by the people to exercise sovereignty (political power) in their names”²⁰.

French scientist Pierre Pactet, affirms that the representative regime represents „the exercise of power of the representatives elected by universal suffrage, empowered to decide on behalf of the nation”²¹.

The Moldovan people exercise national sovereignty directly and through its representative bodies. The exercise of the sovereignty of the people through its representative bodies supposed that representative bodies are formed (elected) in accordance with the provisions of the Constitution, the electoral legislation and that their activity is conducted in the manner and within the limits established by the Constitution and legislation.

In the Constitution of the Republic of Moldova aren't specified a particular body. It is essential to body which exercises the national sovereignty to be representative. Are representative bodies that which their members act as mandatory of the people, and taking decisions on behalf of those who have given them the mandate.

The Constitution provides as representative bodies: Parliament (article 60-76), local councils and mayors (article 112-113). Representativeness is ensured by elections, so the Constitution provides that above mentioned authorities are elected by universal, equal, direct, secret and freely expressed suffrage. The vote is the legal instrument of investment with legal power the public authorities, whom it shall delegate the continuous exercise of national sovereignty²².

Popular sovereignty is the basis of constitutional government. The Constitution clearly establishes government in the name of the people. Popular sovereignty is government based on the consent of the people. Government, established by free choice of the people, is expected to serve the people, who have sovereignty, or supreme power.

17 Ionescu C. *Op. cit.*, p. 31.

18 Duculescu V., Călinoiu C., Duculescu G. *Constituția României comentată și adnotată*. București: Lumina Lex, 1997. p. 22.

19 Costachi Gh. *Statul de Drept: Între teorie și realitate*. Chișinău, 2000. p. 80.

20 Popa V. *Dreptul public*. Chișinău, 1998. p. 146.

21 Pactet P. *Institutions politiques. Droit constitutionnel*. Paris, 1991. p. 90.

22 *Constituția Republicii Moldova: comentariu*. Chișinău: Arc, 2012. p. 26.

2. Political pluralism.

Political pluralism one of the fundamental constitutional principles of modern democracy, being understood on the one hand, as the diversity of interests, ideologies, cultures, social groups, values and political conceptions, religious, each of them having a specific configuration and a certain content, and on the other hand, as the diversity of political and social organizations, subject of specific interests²³.

The Constitution of the Republic of Moldova in article 5 establishes that „Democracy in the Republic of Moldova is exercised under conditions of political pluralism, which is incompatible with dictatorship or totalitarianism”²⁴.

Pluralism in society is a condition and a guarantee of democracy. Referring to political pluralism, Professor Pierre Pactet shows that „democracy means that the people can choose their governors. However, there are no truly free votes unless voters can choose between several possibilities”²⁵.

Political pluralism is a political system where power is exercised by the socio-political organizations which cooperates and balances each other. In democratic politics, pluralism is a guiding principle which permits the peaceful coexistence of different interests, convictions and lifestyles. The most important value of pluralism is the mutual respect and tolerance, so that different groups can coexist and interact without conflicts that will naturally arise out of diverging interests and positions. These conflicts can only be resolved durably by dialogue which leads to compromise and to mutual understanding²⁶.

Political pluralism is based on the following principles and legal norms:

- Legal equality between parties, which means that each party must meet the same legal conditions in order to be registered and to function, as well as the fact that all parties have the same electoral status;
- Political dialogue between the parties, which implies the mutual respect, reducing the political struggle at the crossroads of ideas, avoiding violent confrontations;
- Political consensus, which means the conscious participation, on principles of legal equality, of all political forces at social activity, in order to harmonize the diversity²⁷.

From the perspective of political science, political pluralism means a mentality and politic actions that takes place in a democratic competition for the conquest and exercise the political power in a society. In the political doctrines about pluralism, the stand on is on the instruments of consensus between different political forces with some social weight.

In a pluralist society, political power is not disputed in the violent forms of class struggle, but in peace and democratic ways, through electoral instruments. In this

23 Ionescu C. *Op. cit.*, p. 135.

24 Constituția Republicii Moldova, art. 5.

25 Ibidem, p. 38.

26 Zgîrțan L. *Repere în știința politicii*. Iași: Chemarea, 1992. p. 200.

27 *Constituția Republicii Moldova: comentariu*, p. 38.

way, the legitimacy of the diversity of social concepts, interests, is converted into a true political legitimacy conferred to parties by electoral support²⁸.

3. *Separation of state functions.*

In the 17th century, has contoured a new trend in political philosophy, represented by illustrious Englishman John Locke, who supported and proved that absolute power could be diminished through the separation of functions of the State and the exercise of their by different bodies and structures²⁹. In John Locke's conception, legislative and executive power should not be entrusted in the hands of one person, because „legislative power is that which has the right to determine how the State must use force to protect the community and its members”. Locke's conclusion is not a categorical formulation of the principle of separation of powers, but a distinction between legislative and executive power.

The one who give a precise formulation of the theory of separation of powers is Charles Louis Montesquieu, thus being considered the father of the principle of separation of powers. In his book „The spirit of laws” he shows that in every State, power is divided in three branches: legislative, executive and judicial, which must be separated in order to eliminate the despotism, to balancing and harmonizing social forces³⁰. Each branch's independence helps keep the others from exceeding their power, thus ensuring the rule of law and protecting individual rights. Montesquieu's theory comes as a guarantor of human and citizen's freedom against the excesses of power.

This principle has been regarded as generator of political freedoms and has been one of the basic principles of the U.S. Constitution of 1787 and of the French Constitution of 1791. Later, this principle has been taken over by other states. The application of this principle has been changed over time, passing from the absolute separation of powers at their separation through collaboration³¹.

If two hundred years ago the separation of powers into legislative, executive and judiciary, along with other democratic principles, ended the absolute monarchy and favored the establishment of the democratic system of government, today this principle is a guarantee against dictatorship and the autocratic regime.

The importance of the principle of separation of powers is put in value by including these norms in the majority of constitutions of modern States. The principle of separation of powers is set in art. 6 of the Constitution of the Republic of Moldova „The Legislative, the Executive and the Judicial Powers are separate and cooperate in the exercise of their prerogatives in accordance with the provisions of the Constitution”³².

28 Ionescu C. *Op. cit.*, p. 148-149.

29 *Ibidem* p. 42.

30 Voiculescu M. *Istoria doctrinei politice*. București, 1992. p. 95-97.

31 Simbuteanu A. *Reforma administrației publice în Republica Moldova*. Chișinău: Museum, 2001. p. 47.

32 Constituția Republicii Moldova, art. 6.

The State as a political-legal and social structure, has to fulfill many functions, the main of them according to the Constitution of the Republic of Moldova are:

- **Legislative function** — performed by the Parliament by issuing general binding rules (laws);
- **Executive function** — carried out by the President and the Government through the application and implementation of legislative acts;
- **Jurisdictional function** — carried out by the Judicial Courts and expressed through the settlement of disputes that arise in the process of application and implementation of normative acts.

As we mentioned above, although is used the term *separation of powers*, it doesn't mean that it's about separation of State power, it means that State power is exercised in the name of the people by certain distinct authorities.

The Constitution of the Republic of Moldova in Title III „Public authorities” regulates the public powers, their competence and the relations between them. It is structured in full compliance with the principle of separation of the three powers. Each of these three powers is invested with certain prerogatives, between the bodies which exercise the prerogatives of certain powers is a functional connection, close cooperation, designed to ensure the harmony of government process of the society and to prevent the abuse of one power over another. For these reasons, on the basis of the principle of separation of powers is mutual control mechanism between powers and ensuring a functional balance between them³³.

Today humanity has gone to democratic principles and forms of governance, in which the principle of separation of powers has gained a special importance and has become an indispensable institution. Separation of powers is meant to ensure the realization of democratic governance and avoiding abuse of power. The theory of separation of powers can be considered as one of the most advanced and better suited to modern concepts of State powers³⁴.

Separation of powers is a system of institutions and mechanisms responsible for ensuring democracy and political pluralism, to guarantee fundamental rights and freedoms of people, to ensure the existence of State for people and not people for the State³⁵.

4. Protection of human rights and freedoms.

Human rights are those rights which belong to the human being from birth, are inalienable and inherent to every person by virtue of his membership to the human species and which are universally recognized³⁶.

The notion of **fundamental human rights** defines fundamental rights as essential for the existence and integrity of the mental, physical and intellectual development of

33 Orlov M., Belecciu Șt. *Drept administrativ*. Chișinău: Elena-VI., 2005. p. 31.

34 *Constituția Republicii Moldova: comentariu*, p. 42.

35 Creangă I., Gurin C. *Drepturile și libertățile fundamentale. Sistemul de garanții*. Chișinău: TISH, 2005. p. 252.

36 Cârnaț T. *Drept constituțional*. Chișinău: Print-Caro, 2010. p. 270-271.

man, as well as for his active participation in the management of the State, established and guaranteed by international law, Constitution and national laws of the State³⁷.

Fundamental rights are essential for freedom, personality, even for life and human existence. Subjects have the legal power to act in one way or another, asking other topics for appropriate attitude and behavior, which result from prescribed regulations.

The Constitution of the Republic of Moldova, along with other articles, devotes an entire Title (II) to rights, freedoms and duties of man, revealing the importance of these institutions in the life of society and of our State.

Although the Constitution did not make a separate classification of fundamental rights and freedoms, their classification is very important because it allows emphasizing their essential character for each person.

Ioan Muraru divides fundamental rights based on content criterion in: a) inviolabilities, b) socio-economic and cultural rights and freedoms, c) exclusively political rights, d) socio-political rights and freedoms, e) rights guarantees³⁸.

Tudor Drăganu classifies fundamental rights in: a) individual freedoms, b) socio-economic rights, c) political rights, d) socio-political rights³⁹.

Taking into consideration the specifics of the Constitution of the Republic of Moldova, we believe that fundamental rights and freedoms provided by the Constitution of our country can be classified in:

- **Individual rights and freedoms** — including the rights that have as their object the protection of the human person and her private life, without any illegal intervention from the outside: the right to life and physical and mental integrity, the inviolability of domicile, private and family life etc.;
- **Political rights and freedoms** — with the purpose of ensuring the participation of citizens in the State management: the right of voting and being elected, the right to information, the freedom of assembly etc.;
- **Economic, social and cultural rights** — with the purpose of ensuring the cultural and material development of citizens: the right to private property, the right of working and work protection, the freedom of creation etc.;
- **Constitutional guarantees** — their content plays the role of constitutional guarantees: free access to justice, right of defense, presumption of innocence etc.

To be emphasized and have a maximum legal authority, principles or rules of human rights must be the subject of a legislative document of major importance such as the Constitution. Fundamental rights are covered and guaranteed by State institutions which cover effective legal procedures. In this context, appear the issue of guarantees of fundamental rights, which means, among other things, punishes the violations of these rights.

37 Ibidem, p. 12.

38 Muraru I. *Drept constituțional și instituții politice*. București: Actami, 1997. p. 190-193.

39 Drăganu T. *Drept constituțional și instituții politice. Tratat elementar*. Vol. I, București: Lumina Lex, 1998. p. 154-156.

5. Supremacy of the Constitution.

The Constitution of the Republic of Moldova in article 7 states that „The Constitution of the Republic of Moldova is the supreme law of the country. No laws or other legal acts and regulations in contradiction with the provisions of the Constitution may have any legal power”⁴⁰.

The supremacy of the Constitution establishes the place of the Constitution in the legal system, taking into account the hierarchy of normative acts, legal system and the place of constitutional law in the legal system. In a society organized in the State, the Constitution is the source of all regulations in the economic, political, legal and social domain. So the supremacy of the Constitution is not a strictly a legal category, but one which express political and legal fact that the fundamental law is the result of the development of the society and marks a historic step in the life of a country and give expression to the politico-legal stability and prospects of historical realities in which it was adopted⁴¹. This special position in the socio-political system involves a complex legal content, but of course the important state and legal consequences.

The supremacy of the Constitution is a complex notion in content that includes political and legal features and elements that express the highest position of the Constitution, not only in legal system but also in the entire socio-political system of a country.

In support of the supremacy of the Constitution we can found in literature several arguments. Through its essence as its social function, the Constitution has a legal value superior to any other rule of law. As a result, all normative acts adopted by the Parliament and Government, as well as other acts of public authorities, must be conform to the constitutional norms and principles. If a normative act, including a law adopted by the Parliament or the rules of organization and functioning of Parliament are contrary to the Constitution, this act can't take effect⁴². The theoretical justification of the supremacy of the Constitution lies precisely in its legal and political character. This, in the Constitution finds expression as supreme will of people power what concerns to the objectives and instruments of the exercise of political power. Constitutional norms sets out the main instruments of governance, establish the authorities which will do the government and relationships between them. At the same time, the Constitution is the basis of the citizens' rights and freedoms. In addition, the Constitution is the structural factor of legal order that provides the fundamental principles.

The bases of the supremacy of the Constitution are:

- it legitimizes the power, by converting individual or collective wills in the will of the State;

40 Constituția Republicii Moldova, art.7.

41 *Constituția Republicii Moldova: comentariu*, p. 48-49.

42 Ionescu C. *Op. cit.*, p. 212.

- it gives authority to governments, justified their decisions and guarantees their implementation;
- it determines the functions and powers of the public authorities;
- consecrating the fundamental rights and duties of citizens, manage the relationships between them and the public authorities;
- indicates the meaning or scope of State activity, political, ideological and moral values under the sign of which is organized and functioning the political system;
- is the fundamental basis and guarantee of the rule of law;
- it is, ultimately, the decisive benchmark for assessing the validity of all acts and legal facts⁴³.

We note that the supremacy of the Constitution is a quality that situated the Constitution at the top of political and legal institutions of the State, being the source of all regulations in the economic, political, legal and social domains.

The social relationships which are regulated by fundamental legal norms, according to constitutional principles, acquired the character of the constitutional relationships⁴⁴. Regulating the most important domains of social life according to law principles with a fundamental character, law is therefore a factor which made the nucleus of the social order⁴⁵. In this quality, law gets, especially through its guidance instruments, results, related to the proper political activity, thus contributing to the achievement of functions and purpose of the political system⁴⁶.

In conclusion we can say that the guiding principles underlying the functioning of the political system are the principles with a fundamental political and legal content. Based on them, the legislator regulates the most important normative social relationships, that interesting, first of all, the organization and exercise of power, which establish the socio-economic structure of society, rights and freedoms of citizens, the establishment and functioning of the State apparatus.

43 Deleanu I. *Drept constituțional și instituții politice*. București: Europa Nova, 1996. p. 273.

44 Drăganu T. *Drept constituțional*. București: Ed. Didactică și Pedagogică, 1972. p. 8.

45 Popa N. *Op. cit.*, p. 150.

46 Ionescu C. *Op. cit.*, p. 16.

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРАВ И СВОБОД ЛИЧНОСТИ В УСЛОВИЯХ ПРАВОВОЙ ПАССИВНОСТИ: СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Андрей СМОКИНЭ, профессор
Игорь ЯНАК, докторант

ENSURING THE INDIVIDUAL RIGHTS AND FREEDOMS IN A LEGAL PASSIVENESS: CURRENT SITUATION AND OUTLOOK

The processes taking place in the political life of the Republic of Moldova after the Constitution of 1994, suggest how about some flaws in the implementation of certain provisions of the Constitution of the Republic of Moldova, and on some of the changes in the practice of the implementation of constitutional norms.

It is important to note that the constitutional state, as the state, in general, it is not artificially created mechanism, and slowly evolving spiritual mechanism inside people, that freedom does not come over night, that all the new grows only from the roots and genuine progress — a phenomenon very conservative, evolutionary, not revolutionary or spontaneous.

In this article, we would like to consider in greater detail, it is a legal problem of passivity of the citizens in the context of the implementation of certain provisions of the Constitution of the Republic of Moldova.

Процессы, происходящие в политической жизни Республики Молдова после принятия Конституции 1994 года, свидетельствуют как о некоторых недостатках в реализации отдельных положений Конституции Республики Молдова, так и о некоторых изменениях в практике реализации конституционных норм.

В этой статье мы хотели бы рассмотреть более подробно правовую проблему пассивности граждан в рамках реализации отдельных положений Конституции Республики Молдова.

Принятая 29 июля 1994 года Конституция Республики Молдова провозгласила Республику Молдова демократическим, правовым государством, в котором достоинство человека, его права и свободы, свободное развитие человеческой личности, справедливость и политический плюрализм являются высшими ценностями и гарантируются. Это положение Основного закона Республики Молдова в современных условиях в большей степени может рассматриваться только как имеющее программно-целевой характер. Для того чтобы эта характеристика основ конституционного строя Республики Молдова стала реальностью, она должна получить воплощение в виде системы правовых норм и институтов, обеспечивающих эффективную реализацию

конституционно-правового статуса личности и других взаимосвязанных демократических институтов в целом.

Важно, что Конституция Республики Молдова позитивно воздействовала на становление современного конституционного законодательства, которое учитывало позитивные черты мирового конституционализма.

Определяющей тенденцией конституционно-правового регулирования является активное деятельное законотворчество. Все это позитивно влияет на развитие государственности, на обеспечение условий для становления дееспособного гражданского общества¹.

Действительно, изучение Конституции Республики Молдова показывает, что на конституционном поле Республики Молдова сделано немало. Но вместе с этим реальная действительность другая, она оказалась в другом измерении. В Республике Молдова имеет место существенная оторванность основополагающих конституционных ценностей и принципов от реальной действительности. Характерными чертами последнего являются низкий уровень конституционно-правовой культуры, системная неполноценность механизмов обеспечения прав личности, наличие деформированной, внутренне противоречивой правовой системы, отсутствие единого ценностно-системного понимания социальных ориентиров общественного развития².

Необходимо отметить, что предпринимавшиеся ранее исследования отдельных конституционно-правовых институтов, в том числе правового статуса личности, не соответствуют современной конституционной доктрине и не представляют сегодня достаточно стройную и логически последовательную систему знаний. В этой связи существует необходимость критического переосмысления сложившихся в прошлом представлений и характеристик правового положения личности в обществе и государстве, а также формирование теоретических взглядов, адекватных современному конституционному развитию Республики Молдова.

Поэтому представляется, что одной из актуальных проблем конституционно-правовой науки Республики Молдова является анализ ситуации обеспечения прав личности в условиях правовой пассивности, чему собственно, и посвящена настоящая статья.

1 Янак И. Конституционно — правовое регулирование поведения как способ обеспечения прав личности. În: Consolidarea și dezvoltarea statului de drept în contextul integrării europene: Conferința științifică internațională a tinerilor cercetători din 31 martie 2011. Volumul II. Chișinău: IISD AȘM, 2011, c. 109.

2 Igori IANAC. Unele probleme privind formarea constituționalismului în Republica Moldova în condițiile de pasivitate juridică. În: Tendințe contemporane în evoluția patrimoniului istoric și juridic al Republicii Moldova: Materialele Conferinței științifice internaționale anuale a doctoranzilor și tinerilor cercetători. Volumul II. Ed. a VI-a, 12 apr. 2012, Chișinău. — Ch.: CEP USM, 2012. p. 215.

Как отмечается в научной литературе³ и в ежегодных докладах о соблюдении прав человека⁴, большинство проблем в Республике Молдова порождено, с одной стороны, пренебрежительным отношением к правовым нормам, со стороны граждан, а с другой — неумелыми действиями власти или ее пассивностью. С данным мнением, нельзя не согласиться, но при этом, не забывая про конкретное поведение личности в обществе и в системе обеспечения прав личности.

В настоящее время отсутствуют причины игнорирования, невнимания к исследованию всего многообразия спектра вопросов и проблем правовой пассивности как разновидности правового поведения. Более того, наш недавний негативный опыт выдвигает актуальнейшую задачу изучения и всестороннего исследования негативной правовой пассивности с целью его минимизации в будущем. Следует констатировать нелицеприятный факт, что определенная часть граждан Республики Молдова не принимают должного активного участия в социально-экономической, политической и правовой жизни, не используют в полной мере свои права и свободы, мало интересуется жизнедеятельностью нашего государства и, как следствие, плохо понимает суть происходящих в обществе перемен.

Разумеется, несправедливо обвинять всех людей в пассивности и бездействии, в отсутствии достаточной активности. Однако следует признать, что негативная правовая пассивность все же выступает в качестве одного из решающих факторов, обуславливающих медлительность и низкую продуктивность развития всех процессов в Республике Молдова, является непреодолимым препятствием в осуществлении демократических реформ, становлении правового государства, а также Европейской интеграции Республики Молдова⁵.

Справедливо отмечают профессор Г. Костаки и Р. Султанов что «правовое государство это и признание традиционных ценностей европейской правовой культуры и связанности определенных институтов конституционным правом»⁶.

3 Smochina A. Organele constitutionale ale Republicii Moldova in conditiile regimului totalitar. Chisinau: Tipografia „Prag -3“. 2001, 192 p. Popa V. Susarenco Gh. Raportul național privind exercitarea justiției constituționale în Republica Moldova. Chișinău: Editura Prut Internațional, 2004. 112 p.; Creangă I. Drepturile și libertățile fundamentale: sistemul de garanții. Chișinău: TISH, 2005. 400 p.; Costachi Gh. Spre o statalitate democratică și de drept. Chișinău: Tipografia Centrală, 2007. 210 p.; Иванов В. Власть, демократия и социальные контрасты. Кишинэу: УЛИМ, 2000. 434 с. и др.

4 Доклады о соблюдении прав человека в Республике Молдова в 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 годах. [On-line]: www.ombudsman.md.

5 Смокинэ А.И., Янак И. Правовая пассивность в условиях построения демократического и правового государства: причины и пути преодоления. În: Право и политика, 2011, Кишинэу, № 17. с. 12.

6 Костаки Г., Султанов Р. Соблюдение прав человека — главное условие построения правового государства. În: Закон и Жизнь, 2012, Nr. 9, с. 6.

Прежде чем перейти к рассмотрению основных проблем реализации отдельных конституционных положений правового статуса личности, в условиях правовой пассивности, нам хотелось бы, прежде всего, остановиться на самом термине «правовая пассивность».

Доктор права Злобин С., определяет правовую пассивность как «...не отсутствие активности вообще и не полное бездействие, а отсутствие потребного в данных обстоятельствах и при имеющихся возможностях вида деятельности или замещение его более низкой степенью активности»⁷.

В узком смысле, отмечает Прусаков А.Д, «правовая пассивность — бездейственное поведение субъекта. Это — система юридически значимых бездействий лица, непоявление активности в процессе реализации правовых норм»⁸.

Следует также отметить, что в правоведении термин «бездействие» употребляется как для характеристики поведения субъектов права, так и в несколько ином значении, хотя и взаимосвязанном с первым — бездействие законов. В последнем случае имеется в виду практика применения и качества законов⁹.

Характеризуя правовую пассивность как разновидность правового поведения, профессор Николай Игнатьевич Матузов отмечает, что «субъекты в основном воздерживаются от совершения противоправных действий, без особой активности, равнодушно соблюдают законы, хотя нередко внутренне с ними не согласны. Фактически это принудительное или вынужденное поведение»¹⁰. Таким образом, содержательной стороной пассивного поведения выступают все же действия, пусть и совершаемые без энтузиазма.

По нашему мнению правовая пассивность, как разновидность правового поведения выражается в уклонении от участия в правовой жизни общества, а также в бездействии при отстаивании прав и законных интересов, обусловленная низким уровнем правосознания.

В действительности, как отмечает Есипова И.А. видов и способов проявления правовой пассивности значительно больше¹¹.

В данной статье, нам хотелось бы, более развернуто рассмотреть, именно проблему обеспечения прав личности в условиях правовой пассивности.

Как отмечается в юридической литературе обеспечение прав и свобод человека и гражданина является способом их реализации. Обеспечение заключается в создании надлежащих условий для реализации прав и свобод

7 Злобин С. Конституционные аспекты формирования правовой культуры в Республике Молдова в переходном периоде. Кишинэу: Tipografia AŞM, 2006. с.126-127.

8 Прусаков А.Д. Правовая пассивность: понятие, причины, пути преодоления. В: Юридические науки. 2008, № 2. с. 24.

9 Cuznetov Alexandru. Probleme teoretico-practice ale realizării dreptului într-un stat de drept. Autoreferat al tezei de doctor în drept. Universitatea de Stat din Moldova. Chişinău, 2009. 22 p.

10 Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права : учебник. М., 2006. с. 448

11 Есипова И. А. Правовое бездействие: Автореферат дисс. ... канд. юрид. наук. Волгоград: Волгоградский юридический институт, 1998, с. 10.

граждан, в организации самого процесса осуществления их личностью, а также в охране и защите этих прав.¹²

В данном аспекте справедливо отмечает профессор Витрук Н. В., что «реализация прав и свобод есть использование их носителем. Возможность, заключенная в праве или свободе и очерченная нормами права, никогда не превратится в реальность без ее использования личностью»¹³.

По мнению Н.В. Витрука, процесс реализации прав и свобод личности включает и защиту в случае их нарушения: «Защита, как правило, является стадией реализации, имеющей специальные цели и задачи: обеспечение реальной, наиболее полной и всесторонней реализации прав и обязанностей граждан»¹⁴.

Следует напомнить, что Конституция РМ гарантирует обеспечение прав и свобод человека и гражданина, а под гарантией «понимается все то, что способствует их обеспечению и реализации» — отмечает профессор Быргэу М.М.¹⁵

Профессор М. Н. Марченко считает, что обеспечение прав личности это «основная цель, задача любого уважающего себя и своих граждан государства и общества»¹⁶, другие авторы называют обеспечение основных прав и свобод человека целями механизма государственной власти¹⁷.

Мы разделяем мнение профессора **Кутафина О.Е.**, который отмечает, что «обеспечение прав человека зависит не только от четкого отлаживания государственных механизмов и процедур их защиты, но и от факторов нравственных, культурных»¹⁸.

По нашему мнению «личные права призваны обеспечивать свободу и автономию индивида как члена гражданского общества, его юридическую защищенность от какого-либо незаконного внешнего вмешательства. Органическая основа и главное назначение прав личности состоят в том, чтобы обеспечить приоритет индивидуальных, внутренних ориентиров развития каждой личности. Эти права, являясь атрибутом каждого индивида, призваны юридически защи-

12 Арбузова С.А. Сущность и структура государственно-правового механизма управления обеспечением прав и свобод человека и гражданина. В: Вестник Владимирского юридического института. — Владимир: ВЮИ ФСИН России, 2008. Вып. 1 (6). с. 86.

13 Витрук Н. В. Общая теория правового положения личности. Норма, 2008. с. 332.

14 Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. М.: Норма, 2008. с. 358, 365, 366.

15 Probleme actuale de prevenire și combatere a criminalității: Anuar șt./ Red.șef: Mihai Birgău. Centrul de cercetări științifice.-Ed. a 5-a.-Ch.: Acad. „Ștefan cel Mare” a Min.Afacerilor Interne al Rep.Moldova. 2004. p. 93.

16 Марченко М. Н. Теория государства и права: Учеб. 2-е изд. М.: Проспект, 2004. с. 335.

17 Бобылев А. И. Механизм правового воздействия на общественные отношения // Государство и право. 1999. № 5. С. 104.

18 Кутафин О.Е. Российский конституционализм. М.: Норма, 2008. с. 424.

щать, пространство действия частных интересов, гарантировать возможности индивидуального самоопределения и самореализации личности»¹⁹.

Таким образом, на наш взгляд, обеспечение по отношению к правам личности применяется в нескольких значениях: во-первых, предоставить определенные гарантии для полноценной реализации прав личности, во-вторых, создать комплекс мер по эффективной защите прав человека, в-третьих, создать условия для благоприятного развития человека. Первое и второе, возможно, достичь при помощи ряда правовых средств и инструментов. Создать же условия для благоприятного развития человека возможно в комплексе с социально-экономическими мерами.

Как отмечает Канина Ю. С., «для обеспечения прав личности требуется некая совокупность правовых и неправовых явлений, действующих в единстве и во взаимосвязи, т. е. при помощи определенного механизма»²⁰.

Понятие «механизм» широко используется в правоведении (механизм правового регулирования, механизм реализации правовых норм, механизм государства, механизм реализации прав и свобод, механизм охраны и защиты прав и свобод, механизм обеспечения прав личности, социально-юридический механизм обеспечения прав, механизм правовой защиты человека и т.д.). И.В. Ростовщиков, например, пишет, что под механизмом реализации субъективного права (свободы) в широком смысле понимается социально обусловленная и законодательно предусмотренная возможность поведения прежде всего личности как правообладателя в сочетании с гарантирующими действиями обязанных и других субъектов с целью получения заинтересованной личностью определенного блага, опосредованного правом (свободой). «Другими словами, это сама по себе реализация плюс благоприятно влияющие на нее явления»²¹.

Права человека представляют собой нормативную основу взаимодействия людей, координацию их поступков и деятельности, которая позволяет преодолевать конфликты интересов, противоречия, обеспечивая людям свободный статус.

Иначе говоря, права человека — одно из важнейших средств обеспечения индивидом автономного статуса в социальной жизни, превращения абсолютной свободы каждого индивида в отдельности в их свободное взаимодействие, в котором свобода приобретает черты осознанной необходимости²².

19 Смокинэ А.И., Янак И. Правовая пассивность в условиях построения демократического и правового государства: причины и пути преодоления. In: Право и политика, 2011, Кишинэу, № 17, с. 11-12.

20 Канина, Ю. С. Механизм обеспечения прав человека в системе национальной безопасности. В: Вестник Тамбовского университета. Серия: Гуманитарные науки. 2008, № 4. с. 409.

21 Ростовщиков И.В. Социально-юридический механизм реализации гражданских прав и свобод человека // В кн.: Гражданские права человека: современные проблемы теории и практики / Под ред. докт. юрид. наук, проф. Ф.М. Рудинского. М.: ЗАО «ТФ «МИР», 2006. с. 342.

22 Лебедев В.А. Права человека в современной России. В: Проблемы права, №6, 2012. с. 9.

Общегуманитарное понимание прав человека проходит в настоящее время период интенсивного развития. По мнению французского исследователя М. Ажи, для того чтобы обеспечить достоинство личности, необходимо открыто проповедовать религию «прав человека», которая дает человеку возможность жить²³.

Следует согласиться с В.А. Лебедевым, по мнению которого идеал свободной личности не означает, что поведение человека ничем не ограничивается и что он освобожден от любой ответственности перед другими людьми и обществом, поскольку реализация прав и свобод в общественной жизни сталкивается с индивидуальными и публичными интересами. Поэтому возникает необходимость разграничивать сферу прав одного человека и статус других обладателей прав, а также сферу прав и интересов государства и общества в целом²⁴

Во многих исследованиях, посвященных конституционно-правовым вопросам, представлена позиция, которая основана на том, что некоторые социальные и экономические права человека не должны обеспечиваться государством. Так, Касс Санстейн отмечает, что включение в конституцию множества положительных прав может оказаться помехой усилиям, которые сегодня предпринимаются, чтобы убедить людей меньше полагаться на покровительство государства и больше — от собственных усилий на собственную инициативу. По мнению автора, в Восточной Европе сегодня необходим культурный сдвиг, в результате которого люди будут меньше ожидать от государства и больше — от собственных усилий и собственной предприимчивости²⁵.

Следует отметить, что в современном демократическом государстве права личности представляют собой важнейший политико-юридический институт, выступающий мерилем достижений гуманитарного развития общества, и как справедливо отмечают Г. Костаки и Р. Султанов «без гарантии института обеспечения прав человека не может существовать *de facto* правовое государство»²⁶.

Мы солидарны с мнением доктора права М. Поалелунжь что «реализация прав и свобод реконструированные в правовой статус личности осложнены и проблемные, и если не изменить уровень правосознания и правовой культуры наших граждан, то Конституция Республики Молдова будет выступать просто заявлением о добрых намерениях»²⁷.

23 Мчедлова Е. М. Основные направления исследований зарубежных ученых по правам человека // Вестник Московского университета. — Серия 12. Политические науки, 2004, № 1. с. 108.

24 Лебедев В.А. Конституционно-правовая охрана и защита прав и свобод человека и гражданина в России (теория и практика современности). М.: Издательство Моск. ун-та, 2005. с. 93.

25 Касс Санстейн. Отрицательные качества положительных прав // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. 1998. № 2. с. 41.

26 Г. Костаки, Р. Султанов. Соблюдение прав человека — главное условие построения правового государства. În: Закон и Жизнь, 2012, Nr. 9, с. 6.

27 Poalelungi Mih. Conduita legală și justiția. Ch.: Cartdidact, 2005. p. 155.

Принципиально важным, имеющим методологическое значение является вывод профессора Георгия Аворника о том что «человек должен проявлять в наивысшей степени свою правовую активность — и все это во благо построения правового и демократического государства»²⁸.

Многие авторы связывают активную деятельность граждан по защите, реализации своих прав и свобод только с правовой сферы жизни общества. А ведь правовая активность как часть социальной имеет место не только в правовой сфере, она разворачивается и в сфере политики, экономики, культуры, в сфере труда и так далее. Поэтому есть все основания считать права человека и его обязанности как гражданина универсальным критерием целевой направленности и результативности, важнейшей сущностной характеристикой социальной активности личности, а правовую активность -его важнейшей, базовой составляющей, системно образующим элементом²⁹.

Если более детально рассмотреть данную проблему, то следует отметить, что:

а) Многие граждане Республики Молдова, проявляют огромное нежелание участвовать, не только в социально-экономической, политической, но и в правовой жизни нашего общества и государства. Несмотря на то, что в ч. 2 ст. 23 Конституции Республики Молдова гарантировано право каждого человека на знание своих прав и обязанностей, при том, что все законы и другие нормативные акты публикуются как в Официальном Мониторе, так и электронных ресурсах (например, на официальном сайте Министерства юстиции — justice.md), многие граждане, даже так называемые юристы «дипломо получатели» не могут даже перечислить свои основные права и обязанности предусмотренные Основным законом государства. О какой реализации конституционных прав и свобод можно говорить?

Само понимание разумно устроенной жизни и должной свободы человека в обществе неразрывно связано у европейцев с правом. Неслучайно один из видных европейских мыслителей — И. Кант — определял право как важнейший институт гражданского общества, призванный защитить гражданина от произвола, обеспечить ему должную меру свободы³⁰. Тем самым право тесным образом сопрягалась им с мыслью о жизни людей как о порядке, об устойчивом, стабильном, положительном, конструктивном состоянии. Такое понимание роли права в обществе разделяет и значительная часть современного европейского сообщества.

28 Avornic Gh. Intensificarea activismului juridic al cetățenilor prin intermediul instituției avocaturii — condiție a edificării statului de drept. Autoref. Tezei de dr. hab. în drept. Chișinău, 2005. p. 42.

29 Загонский В.А. Сильное государство и активная личность: теоретико-правовой аспект / Под ред. проф. А.В. Малько. — Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 2005. с. 185.

30 Кант И. Метафизика нравов в двух частях (Die Metaphysik der Sitten) // И. Кант Критика чистого разума / Изд. второе. — СПб.: Издательство «Наука», 2005. с. 352-354.

В международно-правовых документах весь комплекс прав человека рассматривается как задача, «к выполнению которой должны стремиться все народы и все государства»³¹.

б) Некоторые граждане не понимая важность знания государственного языка, по сегодняшний день не дают себе отчет, говоря о том, что знание государственного языка — это не обязательно. Например, право быть избранным в качестве Президента Республики Молдова может быть реализовано только при условии соблюдения обязанности знания государственного языка. Интересно и другое обстоятельство в действующей Конституции РМ. Как депутат Парламента РМ может быть всенародным депутатом, если он не владеет государственным языком?

с) Многие граждане даже не имеют представления о государственных символах Республики Молдова, что является немаловажным признаком гражданственности. Говоря о таких категориях как «гражданство», «гражданственность» и наконец «патриотизм» мы должны говорить о знаниях, прежде всего истории своего государства, его основных атрибутов и т.д.

д) Как можно говорить о народовластии, т.е. о демократии, когда на выборах принимают участие 55-60% избирателей включенные в избирательные списки, из числа, которых 50%+1 могут определить дальнейшую судьбу общества и государства, что, в конечном счете, реально составляет максимум 30% из общего числа граждан имеющих право голосовать (что касается участия на выборах и референдумах, то в данном случае ответственность принимает на себя народ и каждая личность в отдельности). И как можно требовать ответственности от высших должностных лиц, если многие граждане даже не могут назвать фамилию и имя Председателя Парламента РМ, Президента РМ, Премьер-министра РМ и т.д.;

е) И самое главное в Конституции РМ определена роль государства (государство гарантирует, государство обязуется и т.д.), но не определена роль общества и отдельной личности в системе развития демократических и правовых институтов. При этом очевидно, что закрепление в Основном Законе абсолютно всех ценностей, которые отражают видение прогресса каждым человеком, является невозможным³².

В свете вышеизложенного, разделяя мнение наших ученых правоведов³³, в

31 Преамбула Всеобщей декларации прав человека 1948 года. Принята Резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 года.

32 Киреев В. В. Свободное развитие человека и государственное принуждение в контексте совершенствования положений Конституции РФ // Вестник Чел ГУ. Право, 2010, № 9. с. 5.

33 Злобин С. Конституционные аспекты формирования правовой культуры в Республике Молдова в переходном периоде. Кишинэу: Tipografia AŞM, 2006, с. 150.; Avornic Gh. Activismul juridic al cetăţenilor şi statul de drept: realităţi şi perspective. Chişinău: Reclama, 2005. 416 p.

настоящее время, следует активизировать правовые институты, способствующие повышению правовой активности личности и консолидации государственности Республики Молдова, что невозможно без:

- 1) Повышения уровня конституционно-правового сознания. Этому может способствовать принятие новой Конституции РМ путем всенародного обсуждения (при условии соблюдения сроков, а именно не менее 1 года). Кроме этого, важная роль в этом процессе и вообще в процессе правового информирования, должна принадлежать средствам массовой информации³⁴.
- 2) Обеспечения надлежащего функционирования Конституции Республики Молдова, но при условии ее реформирования. Это означает, что положения Конституции будут или должны реализовываться не только государственными органами или должностными лицами, но и самими гражданами.
- 3) Существования и развития активного гражданского общества в Республике Молдова. Вместе с тем как отмечается в литературе, одним из признаков гражданского общества является наиболее полное обеспечение прав и свобод человека³⁵
- 4) Формирования общенациональной правовой политики, направленной на созидательное взаимодействие каждой личности с правом и государством.

В отдельности следует подчеркнуть важность закрепления обязанности знания государственного языка и положений Конституции, не только для лиц подающие заявления на получение гражданства Республики Молдова (ст.17 Закона РМ «О гражданстве Республики Молдова»³⁶), но и для самих граждан Республики Молдова проживающие на ее территории.

По нашему мнению, для реального обеспечения прав и свобод человека и гражданина необходимо создавать новые и совершенствовать уже существующие «механизмы правового характера против негативной правовой пассивности».

Для реализации должным образом таких важнейших институтов прямой демократии как выборы и референдум, в Основном законе следует закрепить не право, а обязанность участия на выборах и референдуме.

Таким образом, следует подчеркнуть, что правовая активность личности выступает одним из важнейших условий построения и функционирования правового государства.

34 Пушкаш В. Идеалы демократии определяют новую роль СМИ. În: Конституционное правосудие, 2004, № 3, с. 45.

35 Гражданское общество в России: состояние, тенденции, перспективы : сборник научных трудов / Ульянов. гос. техн. ун-т. — Ульяновск : Ул ГТУ, 2012. с. 237.

36 Закон РМ «О гражданстве Республики Молдова», № 1024 от 02.06.2000г. В: Monitorul Oficial № 98, от 10.08.2000г.

Как отмечает, Товт М.М. наиболее полное обеспечение прав и свобод человека, взаимная ответственность государства и личности, законность и правопорядок, укрепление правовой государственности, совершенствование гражданского общества, развитие демократии напрямую зависят от позитивной правовой активности личности.³⁷

В качестве перспектив дальнейшей научной разработки затронутой проблемы обеспечения прав личности в условиях правовой пассивности можно рассматривать:

- комплексный анализ реализации правового статуса личности в контексте различных форм правового поведения;
- исследование механизма реализации конституционных обязанностей с позиций правовой пассивности;
- выявление и устранение норм конституционного законодательства Республики Молдова способствующих правовой пассивности;
- совершенствование законодательства о средствах массовой информации в интересах должного правового информирования граждан.

Для формирования работающей концепции прав, свобод и обязанностей граждан необходимо превратить конституционно-правовой статус личности не в абстрактно гуманистическую, а в утилитарную ценность³⁸.

Повсеместное признание прав и свобод личности и их очевидная нереализация в действительности становится, по словам профессора А. Смокинэ, пустыми терминами, не наполненными реальным содержанием³⁹.

Совершенно справедливо подмечено Б. Негру и В. Кожокару, что для достижения конечной цели любых правовых норм необходимо их неукоснительное соблюдение и исполнение в процессе правоприменения. Однако для реализации этих основополагающих условий, необходимо, чтобы они были доступны и понятны всем без исключения субъектам⁴⁰.

Важно отметить, что конституционная государственность, как и государство, вообще, это не искусственно созданный механизм, а медленно развивающийся изнутри духовный механизм народа, что свобода за ночь не придет; что все новое произрастает только от корней и что истинный прогресс — явление исключительно консервативное, эволюционное, а отнюдь не спонтанное или революционное. И самое главное демократия должна быть у нас в уме, в наших домах, отношениях и только после этого в самом государстве.

37 Товт М.М. Правовая активность личности и ее значение для построения правового государства. В: Вестник Тамбовского университета. Серия : Гуманитарные науки, 2011, № 3. с. 218.

38 Киреев В. В. Проблемы совершенствования конституционной модели прав, свобод и социальных обязанностей граждан // Вестник ЧелГУ. Право. -2007. — № 7. с. 5.

39 Smochină A. Reforma constituțională în Republica Moldova: aspecte teoretico-practice. În: *Materialele Mesei rotunde "Esența, caracterul și impactul reformei (Modificărilor) constituționale perspectiva și mecanismul realizării*. Chișinău (SRL Tipogr."Print — Caro"); IRIM, 2011. p. 25.

40 Negru B., Cojocaru V. *Tehnica legislativă*. Chișinău: Tipografia Centrală, 1997. p. 62.

СУЩНОСТЬ МЕХАНИЗМА ОБЕСПЕЧЕНИЯ РЕАЛИЗАЦИИ АДМИНИСТРАТИВНО–ПРАВОВОГО СТАТУСА НОТАРИУСА

ЮРЧЕНКО Василий Васильевич,

соискатель кафедры теории и истории государства и права
Киевского международного университета

В статье рассмотрены научные подходы к толкованию понятия «механизм обеспечения прав субъектов», сформулировано определение механизма реализации административно-правового статуса нотариуса, а также выделены и охарактеризованы основные составляющие данного механизма.

Ключевые слова: «механизм правового регулирования», «механизм государственного управления», «механизм обеспечения прав субъектов», «административно-правовой механизм».

У статті розглянуті наукові підходи до тлумачення поняття «механізм забезпечення прав суб'єктів», сформульовано визначення механізму реалізації адміністративно-правового статусу нотаріуса, а також виділені й охарактеризовані основні складові цього механізму.

Ключові слова: «механізм правового регулювання», «механізм державного управління», «механізм забезпечення прав суб'єктів», «адміністративно-правовий механізм».

THE ESSENCE OF THE MECHANISM OF PROVISION OF REALISATION OF NOTARY'S ADMINISTRATIVE LEGAL STATUTE

The article describes the scientific point of view on the content of the concept of a mechanism to ensure the rights of subjects, based on which formulated the definition of a mechanism to ensure the implementation of the administrative and legal status of the notary, and isolated and characterized the main constituent elements of the mechanism.

Key words: “mechanism”, “regulatory mechanism”, “mechanism of government,” “mechanism to ensure human rights and freedoms”, “administrative and legal mechanism.

Для ефективного здійснення нотаріусами возложенных на них задач и функций государство обязано создать условия для реализации их правового положения. Это предусматривает не только формирование законодательной базы, регламентирующей деятельность нотариуса, но и создание условий организационно-институционального, политического, социально-экономического и иного характера. Очень важно, чтобы все они составляли единую систему, так как процесс обеспечения административно-правового статуса нотариуса должен представлять

собой не совокупность разрозненных действий государства по созданию тех или иных условий, а единый, согласованный механизм, в котором все элементы взаимосвязаны, находятся в постоянном взаимодействии и дополняют друг друга.

Механизмы обеспечения правового статуса субъектов в различных отраслях общественных отношений исследовались такими учеными, как: О.Ф. Скакун, А.Ф. Черданцев, Н.И. Матузов, М.В. Цвик, В.Ф. Погорилко, Ю.М. Тодики, В.Б. Аверьянова, М.Б. Смоленский, Д.Н. Бахрах, А.С. Прудников и другие. Однако, как правило, предметом исследования юристов являлся механизм правового (в том числе административно-правового) обеспечения прав и свобод физических лиц в той или иной сфере их жизнедеятельности. Особенности же механизма обеспечения правового положения субъектов, являющихся носителями властных полномочий, в том числе нотариусов, освещались фрагментарно.

В связи с этим целью данной статьи является исследование сущности механизма реализации административно-правового статуса нотариуса. Для ее достижения планируется: рассмотреть имеющиеся в юридической литературе мнения относительно понимания понятия механизма обеспечения прав субъектов; сформулировать определение механизма обеспечения реализации административно-правового статуса нотариуса; проанализировать составляющие механизма обеспечения реализации административно-правового статуса нотариуса

В лексикографической литературе термин «механизм» определяется как: 1) устройство, которое передает или преобразует движение, приводит машину или аппарат в действие; 2) внутреннее строение, система чего-либо; 3) совокупность состояний и процессов, из которых складывается определенное явление¹.

О. Ф. Скакун, рассуждая о социально-правовом механизме обеспечения прав человека, пишет, что он необходим для реализации конституционно закрепленных прав и свобод человека и представляет собой систему средств и факторов, обеспечивающих необходимые условия уважения всех основных прав и свобод человека, которые являются производными от его достоинства. Задача механизма социально-юридического обеспечения прав человека — охрана, защита, восстановление нарушенных прав, а также формирование общей и правовой культуры населения². О. И. Наливайко считает, что механизм обеспечения прав и свобод человека — это деятельность органов государства и местного самоуправления, общественных объединений и граждан по созданию условий (гарантий) для правомерной и неуклонной их реализации и защиты³.

1 Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. — К; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005, — 1728 с., с. 665; Івченко А. О. Тлумачний словник української мови. — Х.: «Фоліо», 2002. — 543 с., с. 237

2 Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник / Пер. з рос. — Харків: Консум, 2001. — 656 с., с. 190

3 Наливайко О. І. Правовий захист людини як предмет дослідження загальної теорії права / О. І. Наливайко // Держава і право : збірник наук. праць. Юридичні і політичні науки. — 2001. — Вип. 12. — С. 18–24., с. 22

Я. В. Лазур характеризует механизм обеспечения прав и свобод граждан в сфере государственного управления как процесс деятельности органов государственного управления по созданию надлежащих условий реализации, охраны и защиты прав и свобод граждан от противоправных действий, с помощью материальных и процессуальных юридических средств и способов⁴. Л. Д. Воеводин, говоря об обеспечении юридического статуса личности, механизм реализации прав и свобод субъекта определяет как упорядоченность, структуру (субъекты, объекты, характер связей между ними), различные социальные и юридические факторы, формы, способы, условия и гарантии осуществления конституционных норм в соответствии с демократическими процедурами, принципами законности и социальной справедливости⁵. В. А. Демиденко рассматривает механизм обеспечения прав и свобод человека и гражданина как процесс целенаправленной деятельности компетентных органов по содействию реализации прав и свобод человека и гражданина, их охране и защите⁶. В.П. Васьковская отмечает, что механизм реализации права человека представляет собой, с одной стороны, совокупность прямо не запрещенных законом деяний человека по реализации данного права, а с другой — деятельность соответствующих государственных органов и их должностных лиц, организаций различных форм собственности и других субъектов, строго регламентированную нормами права и призванную обеспечить человеку и гражданину надлежащие условия для реализации этого права. То есть, механизм реализации права на безопасность — это определенный процесс, который создает необходимые условия для осуществления этого права⁷. Е.Б. Червякова определяет механизм обеспечением основных прав как систему их гарантий и деятельность государственных органов по созданию условий для реализации прав граждан, их охраны, защиты и восстановления нарушенного права⁸. Г. Шмелева на основании изучения юридического механизма обеспечения прав человека делает вывод о том, что он является системой эффективных юри-

4 Лазур Я. В. Поняття, сутність та елементи адміністративно-правового механізму забезпечення прав і свобод громадян у державному управлінні // Науковий журнал «Форум права» — № 9. — 2009. — С. 392–398., с. 393

5 Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. Учебное пособие. — М.: Издательство МГУ, Издательская группа ИНФРА • М-НОРМА, 1997. — 304 с., с. 267

6 Демиденко В. О. Утвердження і забезпечення конституційних прав та свобод людини і громадянина в діяльності міліції : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 (конституційне право) / Демиденко В.О. — Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. — К., 2002. — 16 с., с. 10

7 Васьковська В. П. Право людини на безпеку та конституційно-правовий механізм його забезпечення: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 (конституційне право) / Інститут законодавства Верховної Ради України. — К., 2006. — 224 с., С. 114

8 Червякова Е. Б. Защита конституционных прав граждан средствами прокурорского надзора (проблемы общенадзорной деятельности): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 (конституційне право) — Х., 1992. — 24 с., с. 10

дических средств реализации, охраны и защиты прав человека⁹. М.В. Витрук механизм обеспечения конституционных прав и свобод видит в системе их гарантирования, т.е. системе общих условий и специальных (юридических) средств, обеспечивающих их правомерную реализацию, а в необходимых случаях — и охрану¹⁰.

И.А. Бакирова, исследуя государственно-правовой механизм обеспечения конституционного права человека и гражданина на судебную защиту, делает вывод о том, что государственно-правовой механизм обеспечения права на судебную защиту — это общая, устойчивая, необходимая и объективная взаимосвязь всех мероприятий, санкционированных государством посредством правовых норм и обязывающих субъектов государственной власти¹¹. Нечто не дописано?

Проанализировав указанные мнения ученых по поводу понимания механизма обеспечения прав и свобод человека и гражданина, можем сделать вывод о том, что механизм обеспечения реализации административно-правового статуса нотариуса нельзя сводить только к механизмам правового обеспечения, правового регулирования или реализации права. Ведь правовые средства (нормы права, правоотношения, акты правореализации и т.д.), составляющие основу обеспечения исследуемого статуса, не являются единственными факторами, влияющими на него. Следует согласиться с М. Савенко, что эффективность механизма обеспечения защиты прав и свобод человека и гражданина зависит от уровня развития демократии и правовой культуры, состояния экономики, способов распределения жизненных благ, наличия независимых органов государственной власти, осуществляющих защиту прав и свобод, а также контроль по соблюдению и выполнению норм, устанавливающих права и свободы¹². Поэтому считаем, что механизм обеспечения реализации административно-правового статуса нотариуса следует рассматривать как систему правовых и неправовых (организационных, политических и т.д.) мероприятий, средств, форм, методов, инструментов государственной деятельности, направленных на создание такого количества, качества и видового разнообразия условий, которые бы обеспечивали эффективное осуществление нотариусами возложенных на

9 Шмельова Г. Юридичний механізм забезпечення прав людини (загальнотеоретична характеристика) // Право України. — 1994. — № 10. — С. 50–51, с. 50

10 Витрук Н. В. Социально-правовой механизм реализации конституционных прав и свобод // Конституционный статус личности в СССР / Под ред. Б. Н. Топорнина — М. : Юрид. лит.-ра, 1980, с. 195-196.

11 Бакирова И. О. Державно-правовий механізм забезпечення конституційного права людини і громадянина на судовий захист та місце органів юстиції України у здійсненні правосуддя // [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/9254>

12 Савенко М. Конституційний Суд і омбудсмен у державному механізмі захисту прав та свобод людини і громадянина // Вісник Конституційного Суду України. — 2000. — № 1. — С. 68–83, с. 74

них задач и функций, беспрепятственную реализацию в рамках действующего законодательства своих прав и обязанностей, а также пользование другими преимуществами, связанными с выполнением властных полномочий.

Механизм обеспечения реализации административно-правового статуса нотариуса представляет собой сложное комплексное явление, в рамках которого интегрируются и взаимодействуют отдельные самостоятельные механизмы, а именно: правовой, организационно-институциональный, политический, социально-экономический, мотивационный, воспитательный и др.

Для более глубокого понимания сущности механизма обеспечения реализации административно-правового статуса нотариусов охарактеризуем наиболее важные, с нашей точки зрения, его элементы.

В первую очередь следует остановиться на нормативно-правовой составляющей механизма обеспечения статуса нотариуса. Именно она через закрепленную в действующем законодательстве систему норм и принципов вносит в функционирование указанного механизма упорядоченность, последовательность и определенность. Нормативно-правовая составляющая, определяя права и обязанности, нотариусов, формы и процедуры их реализации, контроль за их осуществлением, а также их охрану и защиту, создает юридические гарантии деятельности нотариусов. Следовательно, функция нормативно-правового механизма как элемента механизма обеспечения реализации административно-правового статуса нотариуса заключается в том, что он создает законодательную (правовую) оболочку, которая гарантирует нормальную деятельность нотариуса. Однако несмотря на то, что мы все другие элементы исследуемого механизма отделяем от его нормативно-правового компонента и рассматриваем отдельно, они, тем не менее, тесно связаны с ним и испытывают на себе его регулирующее влияние. Ведь в государстве, позиционирующим себя как демократическое и правовое, правовое регламентирование так или иначе испытывают все наиболее важные общественные отношения, процессы и явления в экономической, социальной, политической, культурной и других сферах общественной жизни.

Следующий элемент механизма обеспечения административно-правового статуса нотариуса имеет организационно-институциональный характер. Он отражает систему государственных и негосударственных субъектов (органов, должностных лиц, организаций и т.п.), которые в процессе своей деятельности, с одной стороны, способствуют укреплению и нормальной реализации административно-правового статуса нотариуса, а с другой — ориентированы на усиление государственного контроля законности, эффективности и качества публичных услуг, оказываемых нотариусами.

Нормативно-правовой и организационно-институциональный компоненты представляют собой ядро механизма обеспечения реализации административно-правового статуса нотариуса, однако нельзя обойти стороной и некоторые другие его структурные элементы.

Во-первых, это политические факторы. Политика может пониматься как: 1) целенаправленная деятельность в области взаимоотношений между различными общественными группами, государствами и народами, которая связана с борьбой за получение или удержание государственной власти как орудия регулирования и формирования этих взаимоотношений; определенная часть, программа или направление такой деятельности; 2) совокупность средств (инструментов) и методов (техник) для реализации определенных интересов, т.е. для достижения определенных целей (конечно, в определенной социальной среде), 3) сфера борьбы за власть с целью реализации определенных интересов и целей¹³. Как элемент непосредственно механизма обеспечения правового статуса нотариуса, политический фактор представляет собой систему идей, взглядов, видения государства и общества относительно дальнейшего существования и развития нотариата, а также касательно методов и средств достижения поставленных в этой сфере целей. Как правило, политическая составляющая наиболее ярко проявляется в концептуальных и программных документах, например, в Концепции реформирования органов нотариата в Украине¹⁴ или в Концепция административной реформы в Украине¹⁵.

Во-вторых, социально-экономические факторы, связанные с материально-финансовым обеспечением нотариусов и созданием для них социальных гарантий. Социальная политика как компонент механизма обеспечения административно-правового статуса нотариусов заключается в том, что государство обязано обеспечить нотариусам доступ к тем социальным благам, которые принадлежат им как гражданам вообще, а также как исполнителям государственных задач и функций. И в этом сегменте сегодня есть существенные проблемы. Ведь действующее законодательство не предусматривает для нотариусов, особенно частных, почти никаких социальных гарантий.

Экономическая составляющая связана с финансированием деятельности нотариусов, установлением платы за совершение нотариальных действий, страхованием ответственности и налогообложением доходов нотариусов.

Также следует рассмотреть такие элементы механизма обеспечения реализации административно-правового статуса нотариуса, как мотивационный и воспитательный. Стимулирование (или же мотивация) реализуется в системе административных и социально-экономических методов и мероприятий, пред-

13 Энциклопедичний словник з державного управління / уклад.: Ю. П. Сурмін, В. Д. Бакуменко, А. М. Михненко та ін. ; за ред. Ю. В. Ковбасюка, В. П. Трощинського, Ю. П. Сурміна. — К. : НАДУ, 2010. — 820 с., с. 531

14 Наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Концепції реформування органів нотаріату в Україні» від 24.12.2010 № 3290/5 // [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v3290323->

15 Указ Президента України «Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні» від 22.07.1998 № 810/98 // [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/810/98>

принимаемых государством для побуждения нотариусов к высококачественной и высокоэффективной работе. Анализ законодательства свидетельствует об отсутствии такого механизма в нашей стране, ведь действующими нормативно-правовыми актами не предусмотрено ни надбавок, ни каких-либо других поощрений, вознаграждения или отличий для нотариусов за добросовестный и преданный труд в интересах государства и общества.

Сущность механизма воспитания заключается в том, что государство, в лице его компетентных органов и их работников, должно наблюдать за тем, чтобы лица, получившие свидетельство на право осуществления нотариальной деятельности и предоставляющие соответствующие услуги на государственной или частной основе, имели необходимые морально-деловые качества, надлежащий уровень профессиональной и правовой культуры. Нельзя не отметить, что сегодня в Законе Украины «О нотариате» отсутствуют положения касательно морально-этических и профессиональных правил поведения нотариусов. Впрочем, 17 ноября 2007 решением Конференции Украинской нотариальной палаты был утвержден Кодекс профессиональной этики нотариусов Украины¹⁶, что стало важным шагом на пути к улучшению и укреплению авторитета нотариусов среди населения как носителей властных полномочий.

Резюмируя проанализированный материал отметим, что механизм обеспечения реализации административно-правового статуса нотариуса представляет собой сложный, многоаспектный и многоуровневый процесс, именно процесс, а не статическое явление. Ведь общество не стоит на месте — оно постоянно развивается, вместе с ним развиваются и его институты, в частности нотариат, возникают новые стремления и потребности, реализация которых требует внимания и соответствующего обеспечения со стороны государства, в виде создания для них необходимых условий правового, политического, институционального, социального и иного характера.

16 Кодекс професійної етики нотаріусів України від 17.11.2007 // [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://palata.notariat.org.ua/news/168.html>

К ПРОБЛЕМЕ АНАЛИЗА ПРИНЦИПОВ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ВЕРХОВНОГО СУДА УКРАИНЫ

Евгений Степанович ЯРМАК,

соискатель кафедры теории и истории государства и права
Киевского международного университета

В статье рассматриваются общетеоретические подходы к толкованию понятия «принципы», анализируется содержание принципов деятельности Верховного Суда Украины.

Ключевые слова: принципы, принципы деятельности Верховного Суда Украины, административное судопроизводство, административный процесс.

У статті розглядаються загальнотеоретичні підходи до тлумачення поняття «принципи», аналізується зміст принципів діяльності Верховного Суду України.

Ключові слова: принципи, принципи діяльності Верховного Суду України, адміністративне судочинство, адміністративний процес.

CONCERNING THE PROBLEM OF ANALYSIS OF PRINCIPLES OF ACTIVITY OF SUPREME COURT OF UKRAINE

The article describes general theoretical approaches to the definition of «principles» based on the definition of the principles elucidated principles of the Supreme Court of Ukraine, provided his own definition of the principles of the Supreme Court of Ukraine

Keywords: principles, principles of the Supreme Court of Ukraine, administrative proceedings, administrative process

Общие и отдельные вопросы принципов деятельности Верховного Суда Украины исследовали такие юристы, как В.Б. Аверьянова, В.К. Колпаков, А.Ф. Андрийко, Ю.П. Битяк, В.М. Гаращук, А.Т. Комзюк, О.Д. Тихомиров и другие. Однако, несмотря на внимание исследователей к указанной проблеме, некоторые теоретические аспекты принципов деятельности Верховного Суда Украины, в частности их сущность и характеристика, все еще нуждаются в научном освещении.

Целью этой статьи является исследование понятия принципов деятельности Верховного Суда Украины (далее — ВСУ).

Правильная организация и функционирование ВСУ невозможны определения сущности принципов его деятельности, основное значение которых

состоит определения “юридической судьбы”, практической организации и реального функционирования ВСУ¹.

Важность и необходимость глубокого анализа принципов как таковых и принципов деятельности ВСУ в частности объясняется тем, что последние объективно:

- определяют сущность ВСУ, его важнейшие черты;
- формируют общий характер деятельности судей и государственных служащих ВСУ;
- определяют закономерности в системе организации и функционирования ВСУ;
- обуславливают значимость, законность и социальную ценность правоотношений, возникающих в системе государственно-служебных правоотношений².

В научной литературе встречаются следующие трактовки термина “принцип”:

1) принцип — это: а) основное исходное положение какой-либо научной системы, теории, идеологического направления; особенность, которая положена в основу создания или осуществления чего-либо, способ создания или осуществления чего-либо; убеждение, норма, правило, которым руководствуется кто-нибудь в жизни, поведении³; б) основное, общее, исходное положение, средство, правило, определяющее природу и социальную сущность явления, его направленность и существенные свойства⁴;

2) принцип — это: а) субъективное понятие, в нем содержится не столько сама закономерность и взаимосвязь, сколько наше знание о ней⁵; б) специфическое понятие, содержанием которого является не столько сама закономерность, отношения, взаимосвязь, сколько наше знание о них. Они представляют собой результат обобщения людьми объективно действующих законов и закономерностей, присущих им общих черт, характерных фактов и признаков, которые становятся общим началом их деятельности⁶;

3) принцип — это: а) основные принципы, первичные идеи, характеризующиеся универсальностью, общей значимостью, императивностью и отражаю-

1 Пузанова Т. А. Поняття та значення принципів державної служби / Пузанова Т. А. // Право і Безпека. — 2009. — № 5 (32). — С. 53-56, с. 55

2 Оболенський О. Ю. Державна служба : [навчальний посібник] / О. Ю. Оболенський. — К.: КНЕУ, 2003. — 344 с. [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://studentbooks.com.ua/content/view/1217/76/1/0/>, с. 119

3 Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — К., Ірпінь: ВТФ “Перун”, 2009. — 1736 с., с. 1125

4 Колодій А. М. Принципи права України : монографія / А. М. Колодій. К. : Юрінком Інтер, 1998. — 208 с., с. 17

5 Атаманчук Г. В. Теория государственного управления. Курс лекций / Атаманчук Г. В. — М. : Юрид. лит., 1997. — 400 с., с. 186

6 Щекин Г. В. Социальная теория и кадровая политика : монографія / Г. В. Щекин. — К. : МАУП, 2000. — 576 с., с. 368

щие существенные положения теории, учения, науки, системы внутреннего и международного права, политической, государственной или общественной организации. Принципам присуще свойство абстрактного отражения закономерностей социальной действительности, что предопределяет их особую роль в структуре широкого круга явлений. Принцип является источником многих явлений или заключений, относящихся к нему, как действие к причине или как последствия к основанию; б) внутреннее убеждение человека, определяет его отношение к действительности, общественным идеям и деятельности⁷;

4) принцип — это руководящая идея, базовое и определяющее положение, основное правило поведения, центральное понятие, основание системы. Принцип по своей сути является обобщением: он распространяется на все явления определенной области. Принципом есть такие руководящие идеи и правила, отсутствие которых делает невозможным существование, функционирование любого явления⁸;

5) принцип — это объективно присущее начало, неоспоримое требование (позитивное обязательство) к участникам общественных отношений, обеспечивающее гармоничное сочетание индивидуальных, групповых и общественных интересов. Это своеобразный вектор, определяющий направление развития чего-либо⁹;

б) принцип — это: а) закрепленные в правовых нормах руководящие начала, отражающие характер и основные специфические свойства отдельной его области¹⁰; б) система нормативно закрепленных устойчивых и постоянных идей, имеющих объективно-субъективный, фундаментальный и основополагающий характер, отражающих сущность права¹¹;

7) принцип в субъективном смысле означает основное предположение, предпосылку, а в объективном смысле — исходный пункт, первооснову. В принципах содержание права раскрывается углубленно, в них непосредственно проявляется сущность права, его основы, закономерности общественной жизни, тенденции и потребности¹²;

7 Юридична енциклопедія : В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К. : “Укр. енцикл.”, 1998. — . — Т. 5 : П — С. — 2003. — 736 с., с. 110-111

8 Іншин М. І. Правове регулювання службово-трудої діяльності державних службовців як особливої категорії зайнятого населення України : [навчальний посібник] / М. І. Іншин. — Харків : Вид-во “ФІНН”, 2010. — 672 с., с. 74-75

9 Скакун О. Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : [підручник]; Видання 2-е, перероблене і доповнене. — Харків : Еспада, 2009. — 752 с., с. 221

10 Слінько Д. С. Реформування принципу змагальності та диспозитивності / Д. С. Слінько // Форум права. — 2008. — № 2. — С.442-446 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2008-2/08sdsztd.pdf>, с. 443

11 Шевченко Д. А. Щодо категорії «принцип» у кримінальному праві / Д. А. Шевченко // Форум права. — 2011. — № 2. — С. 1013—1017 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11sdaukp.pdf>, с. 1015

12 Адміністративне право України: Загальна частина. Академічний курс : [підруч.] / За заг ред. академіка НАПрН О. М. Бандурки. — Х. : Золота миля, 2011. — 584 с., с. 39, 67

8) принцип — это фундаментальная, методологическая, универсальная категория, первоначальный и самый простой элемент, из которых образуется все остальное¹³;

9) принцип — это результат научного познания. Практическое действие принципов не зависит от них самих, а полностью определяется отношением к ним людей. Поэтому, кроме знания принципов, у лица должны быть навыки их применения в своей деятельности¹⁴.

Проанализировав эти дефиниции, можем заключить, что принципы — это основополагающие начала, определяющие сущность и направленность функционирования определенного института, процесса. Деятельность ВСУ не является исключением и также имеет определенную основу, которую принято называть принципами.

Принципами судопроизводства называют основные правила рассмотрения, решения судебных споров, которые находят внешнее выражение в нормах процессуальных кодексов. Поэтому принципами судопроизводства вообще (независимо от отраслевой принадлежности) являются предусмотренные законодательством основополагающие идеи, определенные целью и задачей судопроизводства, отражающие специфику его стадий, институтов, особенности процессуальной деятельности суда и всех других участников процесса¹⁵. Под принципами деятельности ВСУ принято понимать исходные положения и теоретические основополагающие идеи, установки, положения, отражающие объективные закономерности и обоснованные направления реализации целей, задач и функций государства в целом и судопроизводства в частности¹⁶.

Е.С. Черноног указывает, что принципы реализуются через профессиональную деятельность служащих и помогают сформулировать цели и функции определенного правового института¹⁷. Ученый раскрывает содержание принципов всякого правового института через призму его задач. Принципы деятельности ВСУ соответственно реализуются через профессиональную деятельность судей и служащих суда и помогают сформулировать его цели и функции. Указанные принципы, как правильно отмечает О.Ф. Скакун, должны соответствовать международным или регионально-континентальным стандартам¹⁸.

13 Бэкон Ф. О принципах и началах / Ф. О. Бэкон. — М. : Гос. соц.-эконом. изд-во, 1937. — 82 с., с. 22

14 Малиновський В. Я. Державне управління : Навчальний посібник. — Вид. 2-ге, доп. та перероб. / В. Я. Малиновський — К. : Атіка, 2003. — 576 с., с. 191

15 Адміністративне судочинство : [підручник]. — Вид. 2, перероб. і доп. / За заг. ред. Т. О. Коломоець. — К. : Істина, 2011. — 304 с., с. 93

16 Оболенський О. Ю. Державна служба : [навчальний посібник] / О. Ю. Оболенський. — К.: КНЕУ, 2003. — 344 с. [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://studentbooks.com.ua/content/view/1217/76/1/0/>, с. 119

17 Черноног Е. С. Державна служба : історія, теорія і практика : [навчальний посібник] / Е. С. Черноног. — К. : Знання, 2008. — 458 с., с. 202

18 Скакун О. Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : [підручник]; Видання

С учетом различных подходов к трактовке принципов мы предлагаем определение принципов деятельности ВСУ как основных общепринятых норм императивного характера, которые выступают как непререкаемые требования к формированию и функционированию ВСУ. Причем каждый принцип занимает определенное место в общей их структуре. Поэтому полноценное и всестороннее раскрытие содержания и сущности, значения и роли каждого принципа деятельности ВСУ возможно лишь в рамках системы принципов деятельности ВСУ и с учетом его системных зависимостей. Ведь системность подхода относительно принципов организации и деятельности ВСУ проявляется в понимании принципов в их целостности, внутренней организации элементов, которыми выступают отдельные принципы¹⁹. Все принципы взаимосвязаны: соблюдение одних побуждает к реализации других, и наоборот, нарушение одного из принципов негативно отражается на выполнении других²⁰.

Таким образом, значение принципов состоит в том, что их воплощение в судопроизводстве даёт ему признаки правосудия, а игнорирование – ведет к нарушению права на судебную защиту и, как правило, к неправомочности судебных решений. Кроме того, принципы являются ценностным ориентиром для толкования правил административного судопроизводства при их применении, а также устранение пробелов в них²¹.

ВСУ в своей деятельности руководствуется принципами, закрепленными в Конституции Украины, международных и других правовых актах, в том числе и в Законе Украины «О судостроительстве и статусе судей» и Кодексе административного судопроизводства Украины²². Это объясняется тем, что наше государство согласно ст. 1 Конституции является правовым²³.

Основные принципы организации судебной власти и осуществления правосудия предусмотрены Конституцией Украины. Наиболее насыщенной процессуальными нормами является ст. 128 Конституции, которая определяет основные принципы судопроизводства:

-
- 2-е, перероблене і доповнене. — Харків : Еспада, 2009. — 752 с., с. 136-137
- 19 Іншин М. І. Правове регулювання службово-трудової діяльності державних службовців як особливої категорії зайнятого населення України : [навчальний посібник] / М. І. Іншин. — Харків : Вид-во “ФІНН”, 2010. — 672 с., с. 81
- 20 Пузанова Т. А. Поняття та значення принципів державної служби / Пузанова Т. А. // Право і Безпека. — 2009. — № 5 (32). — С. 53-56, с. 55
- 21 Адміністративне судочинство : [підручник]. — Вид. 2, перероб. і доп. / За заг. ред. Т. О. Коломоець. — К. : Істина, 2011. — 304 с., с. 93
- 22 Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06.07.2005 № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 35-36, № 37. — Ст. 446.; Про судостроїть і статус суддів : Закон України від 07.07.2010 № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 41-42, № 43, № 44-45. — Ст. 529.
- 23 Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.

- 1) законность;
- 2) равенство всех участников судебного процесса перед законом;
- 3) обеспечение доказанности вины;
- 4) состязательность сторон и свобода в предоставлении ими суду своих доказательств и в доказывании перед судом их убедительности;
- 5) поддержание государственного обвинения в суде прокурором;
- 6) обеспечение обвиняемому права на защиту;
- 7) гласность судебного процесса и его полная фиксация техническими средствами;
- 8) обеспечение обжалования решения суда, кроме случаев, установленных законом;
- 9) обязательность решений суда²⁴.

Принципы осуществления правосудия в административных судах, в том числе и ВСУ, закреплены в ст. ст. 7-16 КАС Украины и в ст. ст. 2, 4-15 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей». Среди них укажем следующие:

- 1) обеспечение права граждан на судебную защиту;
- 2) осуществление правосудия исключительно судом;
- 3) верховенство права;
- 4) законность;
- 5) равенство всех участников административного процесса перед законом и судом;
- 6) состязательность сторон, диспозитивность и официальное выяснение всех обстоятельств по делу;
- 7) гласность и открытость административного процесса;
- 8) обеспечение апелляционного и кассационного обжалования решений административного суда, кроме случаев, установленных КАС Украины;
- 9) обязательность судебных решений;
- 10) самостоятельность судов;
- 11) полномочность суда;
- 12) обеспечение правовой помощи при реализации права на справедливый суд;
- 13) участие граждан в осуществлении правосудия;
- 14) объективность и беспристрастность распределения дел между судьями с соблюдением принципов очередности и одинакового количества дел для каждого судьи при регистрации в суде исковых заявлений, ходатайств и жалоб²⁵.

24 Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.; Кравчук В. М. Науково-практичний коментар до Кодексу адміністративного судочинства України / Кравчук В. М. — Х. : Фактор, 2011. — 800 с., с. 37-38

25 Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06.07.2005 № 2747-ІV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 35-36, № 37. — Ст. 446.; Про судоустрій

Следовательно, деятельность ВСУ, в том числе и по пересмотру судебных решений административных судов, базируется на основополагающих началах, которые в юридической литературе принято называть принципами. Нарушение принципов деятельности ВСУ влечет за собой такие негативные последствия, как незаконность и необоснованность судебных решений.

Таким образом, под принципами деятельности ВСУ следует понимать основные общепринятые нормы императивного характера, которые выступают как непререкаемые требования к формированию и функционированию ВСУ.

і статус суддів : Закон України від 07.07.2010 № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 41-42, № 43, № 44-45. — Ст. 529.

НОРМАТИВНАЯ БАЗА И ЕВРОПЕЙСКИЕ ПРАКТИКИ ОБЕСПЕЧЕНИЯ БЕЗОПАСНОСТИ ЛИЦ, ЯВЛЯЮЩИХСЯ УЧАСТНИКАМИ ДОРОЖНОГО ДВИЖЕНИЯ

Серджиу АРМАШУ, кандидат юридических наук, старший преподаватель,
Ион ПОСТУ, кандидат юридических наук, доцент

THE REGULATORY FRAMEWORK AND EUROPEAN PRACTICES OF ENSURING SECURITY OF ROAD USERS PERSONS

The work deals with the actual problems caused by road traffic (endangerment of the security of person who is in road traffic), with which the Community of the Moldova Republic confronts and possible solutions to solve these problems. The analysis of the main stipulations of national normative instruments was carried out (in comparison with the European ones) which regard the quality of the training procesess, particularly taking into account some subcategories/categories of driving licences the demands regarding the acces to examiner profession and those concerning examiners formation, considering that by this a more fair estimation will be ensured to persons who apply for a driving licence, and a good harmonization of driving examinations will be achieved and as a result the raising of the security level on national roads being possible.

The European experiences regarding the possibilities to guarantee the security of the person who is in road traffic were examined and solutions concerning the organization, control and the supervision of the traffic were advanced and it is considered that they will contribute to solve the problems of the road traffic the community confronts with.

Key words: *European Parliament, Council of the European Union, road safety, the directive, UN.*

Работа посвящена актуальным проблемам, обусловленным дорожным движением (угрозу для безопасности человека, который находится в дорожном движении), с которой сообщество Республики Молдова сталкивается и возможные решения этих проблем. Был проведен анализ основных положений национальных нормативных документов (по сравнению с европейскими), которые рассматривают качество обучения, особенно с учетом некоторых подкатегорий / категорий водительских прав, требования по организации доступу в профессию, формирования экзаменаторов.

Ключевые слова: *Европейский Парламент, Совет Европейского Союза, безопасность дорожного движения, Директива, ООН.*

Постоянное увеличение индивидуальной и групповой мобильности населения проявляется в росте численности парка транспортных средств в Республике Молдова, что ведет к усилению интенсивности дорожного движения и является фактором, значительно снижающим уровень безопасности лиц, являющихся участниками дорожного движения, а также всего Сообщества.

Данный феномен требует непрерывного совершенствования национальных нормативных актов, а также сближения правовой базы, регулирующей деятельность по организации, контролю и надзору за дорожным движением, с международными нормативными актами в этой области.

1. Европейская нормативная база и национальные нормативные акты, касающиеся обеспечения безопасности дорожного движения

Принимая во внимание усиление интернационального характера дорожного движения, формирование трансъевропейских дорожных сетей, Европейский Парламент и Совет Европейского Союза осуществляют дальнейшее улучшение нормативной основы путем принятия руководящих директив Сообщества в целях благотворного воздействия на участников дорожного движения и развития трансъевропейских транспортных сетей. Данная инфраструктура имеет особое значение в контексте содействия интегрированию и взаимодействию с Европой, а также обеспечения высокого уровня благосостояния и, не в последнюю очередь, гарантирования повышенного уровня безопасности дорожным пользователям.

Как на международном, так и на национальном уровне существует философско-юридическая концепция, в соответствии с которой считается, что проблемы безопасности дорожного движения, а именно причины возникновения аварий, связаны с факторами **системы «Водитель–транспортное средство–дорога–окружающая среда»**.

С учетом этого и **в целях благотворного воздействия на основной фактор системы — «водитель»** Европейским Парламентом и Советом Европейского Союза принята *Директива 2006/126/ЕС от 20 декабря 2006 г.* Данная Директива устанавливает положения, касающиеся водительского удостоверения, которые считаются существенной составляющей общей транспортной политики и будет способствовать повышению безопасности дорожного движения и облегчать свободное передвижение лиц, выезжающих для проживания в другое государство–член Сообщества, чем государство, в котором было выдано удостоверение. Учитывая важность индивидуальных транспортных средств, наличие водительского удостоверения, признанного в установленном порядке в «родном» государстве–члене, будет облегчать свободу передвижения и свободу выбора места проживания лицами.

Несмотря на имеющиеся достижения в области гармонизации норм относительно водительских удостоверений, между государствами–членами все еще существуют значительные расхождения в периодичности обновления удостоверений и определении подкатегорий транспортных средств. Соответствующая директива будет способствовать более полной гармонизации для содействия применению политики Сообщества.

В целях дорожной безопасности установлены минимальные требования для получения водительского удостоверения. Унифицированы положения, касающиеся экзаменов для получения удостоверения, определены знания, умения и поведение, связанные с управлением автотранспортными средствами, а также минимальные нормы о возрасте, физической и умственной пригодности, состоянии здоровья, необходимые для безопасного управления этими транспортными средствами.

Директива предусматривает усиление принципа постепенного доступа к категориям двухколесных транспортных средств и к категориям транспортных средств, используемым для перевозки пассажиров и грузов. Вместе с этим в целях дальнейшего повышения безопасности дорожного движения государствам-членам разрешено устанавливать верхний возрастной порог для управления определенными категориями транспортных средств, а также в определенных чрезвычайных обстоятельствах устанавливать нижний возрастной порог, чтобы принимать во внимание обстоятельства, существующие на национальном уровне.

Кроме того, были установлены минимальные нормы относительно доступа к профессии экзаменатора и требования к подготовке экзаменаторов в целях повышения знаний и умений экзаменаторов, что будет обеспечивать более объективную оценку лиц, запрашивающих о получении водительского удостоверения, и осуществляться единообразное проведение экзаменов для получения удостоверения.

Необходимо отметить, что положения директивы в этом плане являются очень строгими и бескомпромиссными и это понятно — качество экзамена на получение водительского удостоверения должно гарантироваться на самом высоком уровне. Таким образом, помимо того, что лицо, осуществляющее деятельность в качестве экзаменатора, должно знать, согласно директиве, технические и физические характеристики автотранспортных средств (технические аспекты автотранспортных средств, например, направление, шины, тормоза, фары, допустимая нагрузка, скорость, динамика, энергия, вождение с экономией горючего и бережное отношение к окружающей среде и т.д.). Для этого требуется знание и понимание процесса управления и оценки (теория поведения во время управления, понимание опасностей и предупреждение аварий, программа, на которой основываются нормы, применяемые к экзамену на вождение, требования экзамена по вождению, применяемое дорожное законодательство, в том числе законодательство Европейского Сообщества и действующее национальное законодательство, и свои руководящие принципы, теория и методы оценки, безопасное вождение и т.д.), а также должно обеспечиваться качество оказываемых услуг (четкое информирование с использованием содержания, стиля и языка, адаптированных для соответствующего контингента, четкое информирование о результатах экзамена, уважительное и недискриминационное отношение к кандидатам и т.д.)

Принимая во внимание **воздействие психофизиологических особенностей водителя** транспортного средства на его надежность, при выдаче водительского удостоверения и в дальнейшем регулярно водители транспортных средств, используемых для перевозки пассажиров или грузов, должны представлять доказательство соблюдения минимальных норм по физической и умственной пригодности к вождению. Считается, что такое тестирование, проводимое на регулярной основе, повышает специфическую ответственность руководителей этих транспортных средств.

Географическое расположение Республики Молдова таково, что некоторые трансъевропейские коридоры пересекают ее, вследствие этого международные транспортные перевозки товаров и пассажиров республики тесно связаны с европейским дорожным движением. Данный факт требует, чтобы национальные нормативные акты соответствовали положениям международных актов в данной области

В Постановлении Правительства № 1452 от 24.12.2007 г. «Об утверждении Положения о водительском удостоверении, организации и проведении экзамена на получение водительского удостоверения и условиях допуска к дорожному движению» был сделан шаг к согласованию национальных нормативных актов международным, так как в преамбуле этого постановления указывается «Настоящим постановлением Правительство создает необходимую базу для применения Директивы Совета и Парламента Европейского Союза № 2006/126/СЕ от 20 декабря 2006 г. о водительском удостоверении, опубликованной в Официальном бюллетене Европейского Союза № L403/18 от 30 декабря 2006 г.».

Однако рассмотрение положений директивы и указанного постановления выявляет существенные специфические расхождения в этих нормативных актах, что негативно отражается на деятельности по обеспечению безопасности дорожного движения в Республике Молдова.

Как отмечалось, одной из целей директивы является гармонизация норм, касающихся водительских удостоверений в рамках государств-членов, норм о периодичности обновления удостоверений, в частности подкатегорий/категорий транспортных средств.

Очень важным с точки зрения безопасности является правильное определение подкатегории/категории транспортного средства, так как в зависимости от подкатегории/категории транспортного средства определяется подкатегория/категория водительского удостоверения, соответственно на этом основании предъявляются определенные требования к лицу, получающему водительское удостоверение, касающиеся возраста, психофизиологических особенностей, состояния здоровья, знаний и поведения, необходимых для безопасного управления транспортным средством. Это необходимо, так как тип, конструктивные параметры и динамические характеристики транспортного средства требуют от лица, управляющего им, определенных навыков и поведения для безопасного управления.

Так, для уточнения рассмотрим лишь некоторые из понятий, относящихся к подкатегориям/категориям транспортных средств, которые определены директивой Европейского Сообщества и Постановлением Правительства, а именно категорию ВЕ. Соответственно:

директива «автопоезд транспортных средств, состоящий из тягача категории В и прицепа или полуприцепа, максимальная разрешенная масса которых составляет 3500 кг»;

«состав транспортных средств, состоящий из буксирующего транспортного средства категории В и прицепа, с общей разрешенной максимальной массой, превышающей 750 кг, а общая разрешенная максимальная масса состава не превышает 3500 кг». Таким образом, вероятно и сам автор соответствующего Положения не сможет определить максимальный разрешенный вес состава.

Соответственно подкатегория D1:

- директива «автотранспортные средства, разработанные и сконструированные для перевозки не более 16 пассажиров, помимо водителя, с максимальной длиной не более 8 метров; автотранспортные средства указанной категории могут быть сцеплены с прицепом, максимальная разрешенная масса которого не превышает 750 кг»;
- постановление «автотранспортное средство, предназначенное для перевозки пассажиров и имеющее, помимо сиденья водителя, более 8, но не более 16 сидячих мест, максимальная длина которого не превышает 8 м; состав транспортных средств, состоящий из буксирующего транспортного средства подкатегории D1 и прицепа, с общей разрешенной максимальной массой, не превышающей 750 кг».

Если исходить из понятия, приведенного в Постановлении, то возникает естественный вопрос — если сидячих мест 16, то сколько же стоячих мест?

Как видно из понятия директивы, водитель, имеющий подкатегорию D1, вправе перевозить, помимо него, только 16 человек, а не сиденья, как предусматривается постановлением. Однако этот пробел является именно тем фактором, который ведет к возникновению трагедий с участием общественного транспорта, а также в процессе пассажирских перевозок в Молдове. Так, принимая во внимание возможность различного, двоякого толкования нормативного акта, орган ответственный за осуществление контроля и надзора за дорожным движением, практически не в состоянии обеспечивать порядок и гарантировать безопасность дорожного движения.

Важно уточнить, что любое транспортное средство рассчитывается, проектируется и конструируется исходя из определенных конструктивных параметров и технических характеристик, касающихся надежности передвижения и динамических характеристик (запуск, торможение и маневренность). Таким образом, в случае, когда максимальная разрешенная масса в процессе эксплуатации превышена, об эффективности системы торможения не может

быть и речи. Когда транспортное средство перегружено стоящими пассажирами, стабильность передвижения, а также эффективность его торможения трудно представить.

Возвращаясь к вышесказанному, предусмотренные в директиве положения о доступе к профессии экзаменатора и требованиях к подготовке экзаменатора в постановлении были упущены, может быть, по тем соображениям, что они имеют менее важное значение. Однако реальность показывает, что организация и качество экзаменов на получение водительского удостоверения, при всей современной технике, используемой в настоящее время в экзаменационном процессе, оставляет желать лучшего.

Учитывая изложенное, необходимо в срочном порядке пересмотреть указанный нормативный акт и согласовать его с положениями директивы и законодательных норм.

Другим фактором, который негативно отражается на безопасности дорожного движения, является сравнительно большой возраст транспортного парка страны. По некоторым статистическим данным, около 73% парка превышает срок, предусмотренный для списания. Таким образом, по общественным дорогам, по сути, передвигаются источники повышенной опасности.

С другой стороны, на безопасность дорожного движения в большой степени воздействуют факторы «дорога–окружающая среда». В связи с этим Комиссия Европейского Парламента и Совета Европейского Союза в Белой книге от 12 сентября 2001 г., озаглавленной «Европейская политика в области перевозок в перспективе 2010 года: момент принятия решений», отметила необходимость выполнения оценки воздействия на безопасность и операций по аудиту в области дорожного движения в целях выявления и управления участками с повышенной концентрацией аварий в рамках Сообщества.

В этих целях в марте 2010 года, в течение четырех месяцев с момента реформирования Национального совета по безопасности дорожного движения и передачи функций по его руководству Премьер–министру, Республика Молдова подписала Резолюцию ООН по объявлению 2011–2020 годов «Десятилетку действий в области дорожного движения» и приняла на себя вытекающие из этого обязательства, в числе которых и задача по снижению на 50% количества дорожных аварий до 2020 года.

Этот же приоритет по снижению в два раза количества лиц, погибших на дорогах общего пользования, приведен в **Национальной стратегии по дорожному движению**, утвержденной Постановлением Правительства № 1214 от 27.12.2010 г.

Принятием Директивы 2008/96/ЕС от 19 ноября 2008 г. об управлении безопасностью дорожной инфраструктуры Европейский Парламент и Совет Европейского Союза обозначил приоритетные направления по управлению безопасностью дорожной инфраструктуры. Учреждение адекватных процедур по улучшению безопасности дорожного движения в рамках трансъевропей-

ской дорожной сети. Оценки воздействия на дорожную безопасность должны были продемонстрировать на стратегическом уровне влияние на безопасность дорожного движения различных альтернатив планирования проекта инфраструктуры. Результаты оценки влияния на безопасность движения были отражены в целом ряде документов.

Кроме того, операции по аудиту в области безопасности дорожного движения должны подробно представлять риски проекта дорожной инфраструктуры. Естественно, это потребовало развития ряда процедур в этих двух областях в целях повышения безопасности дорожных инфраструктур в составе трансъевропейской дорожной сети.

Другим важным фактором этого процесса является подготовка и сертификация персонала, ответственного за безопасность, с использованием программ по подготовке и квалификационных инструментов, принятых в государствах-членах, которые должны гарантировать получение этой квалификации только лицами, являющимися профессионалами в данной области и обладающими необходимыми обновленными знаниями.

В целях гарантирования высокого уровня дорожной безопасности на дорожных путях в составе Европейского Союза, государства-члены должны применять руководящие положения по управлению безопасностью инфраструктуры. Руководящие положения сообщаются Комиссии, с регулярным представлением отчетов по их применению, тем самым будет подготовлена почва для непрерывного улучшения безопасности инфраструктуры на уровне сообщества и создается основа для постепенного перехода к более эффективной системе. Отчеты о применении руководящих положений также должны позволять государствам-членам выявлять наиболее эффективные решения, а систематический сбор данных в результате предварительных/последующих исследований должен давать возможность определения наиболее эффективных мер для дальнейших действий.

Концептуально операции по аудиту в области безопасности дорожного движения означают подробное, систематическое и независимое техническое освидетельствование, с точки зрения безопасности, характеристик проектирования плана дорожной инфраструктуры на всех этапах — от планирования до начала эксплуатации. Аудит в области дорожного движения является неотъемлемой частью процесса планирования создания проекта инфраструктуры на стадии предварительного проектирования, детального проектирования, а также периода до и после начала эксплуатации.

Контроль за уровнем безопасности на публичных дорогах становится все более актуальным по мере того, как растет интенсивность дорожного движения.

Теоретически поведение участников движения нормируется и регламентируется согласно Положению о дорожном движении. Однако, в реальной жизни (на дорогах общего пользования) человеческий фактор (водитель транспортного средства) зачастую ставится в нестандартные ситуации и преодоление этих

критических ситуаций зависит от быстроты реакции и качества действий, которые, в свою очередь, зависят от уровня подготовленности, опыта, возраста, индивидуальных психофизиологических особенностей, физического и эмоционального состояния. Таким образом, не удивительно, что большая часть аварий происходит в результате **ошибок человеческого фактора**.

Уменьшение возможностей допущения ошибок человеческого фактора (участники движения) и моделирование безопасного поведения могут быть достигнуты путем проектирования, строительства и надлежащего обустройства дороги, то есть путем согласованного взаимодействия «человеческий фактор/ дорога», все эти меры являются основной **областью применения аудита** в сфере безопасности дорожного движения.

Дорожная сеть, по сути, является активом, созданным и поддерживаемым в области дорожного движения в соответствии с требованиями по эксплуатации дорог. Основные требованиями к дорожным сетям вытекают из удовлетворения транспортных потребностей общества с минимальными потерями.

Гарантирование безопасности является одним из основных требований при эксплуатации дорожных сетей, предъявляемых к ним Сообществом (пользователями). В любом процессе качество продукта гарантируется определенными методами контроля качества. Собственно одним из наиболее эффективных методов гарантирования качества является так называемая «Система менеджмента качества — аудит». Аудит отличается от остальных методов контроля качества продукта тем, что он осуществляется комплексно и является прозрачным, то есть высокое качество конечного продукта является результатом его качественного выполнения на всех этапах технологического процесса.

Европейские государства уже обладают функциональными системами по управлению безопасностью дорожной инфраструктуры, а для Республики Молдова этот процесс в настоящее время только в перспективе.

В Республике Молдова концепция «**Дорожное движение**» в основном отражена в Законе № 131–XVI от 7.06.2007 г. о безопасности дорожного движения, рассматриваемое как комплексная динамичная система, включающая пешеходов и транспортные средства формирующая совокупность социально–правовых отношений в процессе их передвижения по дорогам общего пользования согласно установленным условиям.

На этом основании дорожное движение может рассматриваться как социальная система, отрасль социальных отношений, составными частями которых являются люди, транспортные средства, дороги и все связанные с ними устройства. Многочисленность участников дорожного движения обуславливает тот факт, что в дорожном движении интересы людей, учреждений и всего Сообщества сталкиваются, а иногда даже противоречат друг другу. Для обеспечения безопасности на дорогах общего пользования эти отношения требуют внедрения новых принципов управления дорожным движением и применения эффективных инструментов гарантирования общественной безопасности.

II. Европейские практики гарантирования безопасности лиц, являющихся участниками дорожного движения

Повышение уровня безопасности является проблемой, которая связана, в основном, с социально–политическим климатом, уровнем культуры в обществе, дисциплиной и традициями поведения на общественных дорогах. Вместе с тем, вследствие массового участия в данном процессе членов сообщества деятельность по повышению уровня безопасности становится процессом по укреплению общей дисциплины в обществе, по принятию всем населением (всеми участниками дорожного движения) норм цивилизованного вождения, соответствующих современному уровню развития правовой культуры. Внедрение культуры поведения на общественных дорогах должно стать **приоритетом политики государства**. Эти меры (которые должны быть понятны для всего Сообщества) по решению проблемы установления разумного, ответственного, дисциплинированного поведения и отношений взаимоуважения между участниками дорожного движения, с одной стороны, могут быть успешными только тогда, когда лица, ответственные за мониторинг дорожного движения, обладают эффективными и соответствующими европейским и другим нормам нормативными актами (рычагами управления), при этом данные лица будут применять их беспристрастно, строго в пределах закона и без превышения профессиональных полномочий.

Однако, с другой стороны, реальность показывает, что безопасность лица, являющегося участником дорожного движения, может быть гарантирована только путем применения правонарушительных санкций, более того, практика показывает, что как бы сильно не ужесточались эти санкции, нерегламентированное поведение на дорогах общего пользования не будет полностью исключено этими мерами. Таким образом, соответствующие меры **должны дополняться европейскими практиками и принципами по реализации инфраструктуры публичных дорог и организации дорожного движения**.

В качестве эффективной меры профилактики нерегламентированного поведения в соответствии с международным опытом применяется **«пресечение» агрессивного поведения на публичных дорогах**.

Однако, как было указано, нерегламентированное поведение не может быть исключено только жесткими санкциями. Международная практика показывает, что деятельность по «пресечению» агрессивного поведения на дорогах общего пользования требует **направленных усилий**, с учетом двух основных компонентов, а именно: психологическое состояние водителя транспортного средства, которое зависит от образования, культуры, темперамента, а также его состояние на данный момент, которое является производным продуктом Сообщества и выходит далеко за пределы системы дорожного транспорта; оборудование дорожных сетей таким образом, чтобы уменьшалась нагрузка на психику водителей путем устранения устройств и сигнализаций, требующих

трудноосуществимых физических и психологических действий (маневрирование, соблюдение необоснованных ограничений и т.д.), которые, в конечном итоге, создают значительную угрозу безопасности дорожного движения.

Более того, чтобы данная деятельность была успешной необходимо создание **механизма социального уравнивания**, то есть создания условий, при которых сама общественная среда будет иметь сдерживающее воздействие на этот феномен путем: негативного отношения к проявлениям агрессивного поведения; создания атмосферы нетерпимости к данному явлению, что реализуется через поддержку, поощрение и стимулирование широких масс, демонстрирующих такое отношение к агрессивному поведению, а также лиц, ответственных за мониторинг дорожного движения. Необходимо отметить, что этот **инструмент** доказал свою эффективность в европейских странах.

С другой точки зрения, эффективным инструментом может служить организация дорожного движения с его адекватным обустройством и системой сигнализации, направление потоков транспорта, создание устройств по физическому и психологическому ограничению скорости проезда и др.

В соответствии с международным опытом предупреждение агрессивного поведения на дорогах общего пользования осуществляется путем информирования (через средства массовой информации, рекламные кампании, обучение), которое направлено на формирование негативного отношения к проявлениям агрессивного поведения со стороны так называемого критического контингента (участники движения), то есть введение механизма социального уравнивания (приближения); выявление и устранение из дорожной зоны объектов (рекламные панно, средства дорожной сигнализации, используемые ненадлежащим образом и др.), которые беспокоят, раздражают и вызывают стресс (который ведет к совершению ошибок и соответственно возникновению аварий). Кроме того, на пресечение агрессивного поведения (повышая равномерность транспортных потоков, снижая степень загрузки уличной сети) благотворно влияет заблаговременное информирование о наличии препятствий, ограничений, разделения транспортных потоков и др.

Поскольку авария в дорожном движении происходит, как правило, вследствие проявления и взаимодействия многих факторов, только принятие комбинированных решений может гарантировать максимальный результат и стабильное повышение безопасности на дорогах общего пользования, измеряемые в долгосрочной перспективе и масштабах.

Вследствие этого, для создания модели адекватного поведения на публичных дорогах необходимо учитывать все компоненты дорожного движения и различные факторы, оказывающие психологическое влияние на участников дорожного движения. Только лишь ужесточением контроля за соблюдением участниками дорожного движения правил поведения, без повышения уровня знаний, степени **информированности и понимания смысла требований этих правил поведения**, и особенно без изменения дорожной инфраструктуры,

без адекватных обустройств и сигнализации в дорожном движении, нельзя обеспечить поддержание стабильности желаемого поведения.

Более того, в деятельности, связанной с реализацией и обустройством инфраструктуры дорожного движения (проектирование, строительство, эксплуатация и содержание дорог), должны учитываться психофизиологические особенности участников дорожного движения, так как система дорожного движения должна быть толерантной к человеческим ошибкам, этот принцип широко внедряется в международной практике. Таким образом, ошибки человеческого фактора должны компенсироваться такой организацией дорожного движения, чтобы его участник был лишен возможности допускать отклонения от адекватного поведения, именно эту функцию должны выполнять элементы инфраструктуры дорожного движения. Так, чтобы гарантировать безопасность дорожного движения надо учитывать возможность совершения ошибок человеческого фактора, предусматривать, предупреждать и уменьшать последствия в случае, если ошибка все же произошла.

С учетом существующих реалий важно, чтобы проектировщики дорог в Республике Молдова осознавали свою ответственность за результаты деятельности, которую они осуществляют, так как недостатки проектирования, строительства, эксплуатации и содержания оплачиваются здоровьем и жизнями пользователей дорог. **Именно на этих этапах закладывается основа низкого уровня безопасности** на дорогах общего пользования, а также формируется негативный образ водителей транспортных средств, которые представляются патологическими нарушителями дорожного движения. Безусловно, что в большей мере эта репутация формируется еще на этапе проектирования дороги по причине игнорирования того, чтобы возможности дороги не провоцировали участников дорожного движения на отклонения от адекватного и безопасного поведения, на совершение ошибок, ведущих к повышению риска аварии; потенциал дороги, способствующий безопасному поведению участников дорожного движения и предупреждению допущения ошибок, а если все же ошибка допущена и произошла авария, то ее последствия должны быть минимальными.

Другим фактором, непосредственно способствующим совершению аварий на дорогах, является скорость передвижения по общественным дорогам.

Специалисты и эксперты в данной области считают, что установление скорости транспортного потока в пределах 35...50 км/час является наиболее оптимальным для городских центров с высокой интенсивностью потоков транспорта и пешеходов. В этих режимах скорости можно достичь максимальной эффективности уличного движения, минимизации негативного воздействия на окружающую среду и здоровье населения, минимального риска аварий, а также минимальных последствий, так как такая скорость находится в биомеханических и толерантных пределах человеческого организма.

В международной практике по эффективному ограничению скорости передвижения в местах, где существует опасность возникновения конфликтов

между потоками транспорта, а также между потоками транспорта и пешеходами, **рекомендуется** создание на поверхности проезжей части искусственных неровностей, с направлением потоков по неровным поверхностям, которые, в сущности, являются средствами физического ограничения скорости движения транспортных средств и имеют психологическое воздействие, так как это обустройство зрительно воспринимается как сужение проезжей полосы.

III. Выводы

Действующая система обеспечения безопасности дорожного движения в Республике Молдова в условиях постоянного роста ее интенсивности, помимо образовательного процесса для участников движения требует изменения организационных структур, внедрения новых технологий менеджмента и улучшения инфраструктуры дорожного движения.

Меры по обеспечению безопасности дорожного движения должны предусматривать пользователей дорог, это обусловлено перенасыщенностью транспортный потоков, что требует от водителей транспортных средств, которые ездят в таких условиях, принимать во внимание не только характеристики транспортных средств и дороги, но и поведение других участников дорожного движения. Это является причинами, провоцирующими психоэмоциональное напряжение, которое неизбежно повышает риск совершения ошибок.

Принимая во внимание сложность проблемы, поскольку она выходит за рамки ведомственных полномочий и является национальной и даже международной проблемой, к ее решению необходимо привлекать все Сообщество, применять обширные знания в разных областях деятельности, осуществлять сотрудничество и кооперацию экспертов из разных стран, освоение опыта, человеческих и материальных ресурсов, с тем чтобы уменьшить огромные убытки, причиняемые дорожными авариями, которые, безусловно, препятствуют экономическому развитию всего Сообщества.

DREPT PRIVAT

PRIVATE LAW

HARMONIZATION OF THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTUAL OBLIGATIONS: EXISTING LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA AND THE NECESSITY FOR AN APPROXIMATION TO THE LAW OF EUROPEAN UNION

Natalia OSOIANU, PhD, Senior lecturer, chair of private law, ULIM

The necessity of harmonization with the law of European Union is a very important matter for Republic of Moldova, due to the fact that Moldavian legislation in the sphere of international private law lacks consistency and contains many serious omissions and errors. This article examines the problem of applicable law in contractual obligations by means of comparative analysis (Civil Code of Republic of Moldova and Rome I Regulation of EU are being compared), emphasizing the most important provisions of Moldavian legislation which need to be modified in order to achieve the goal stipulated in the article 50 of the Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and the Republic of Moldova from 29th of November 1994.

Keywords: international private law, rules of conflict of law, party autonomy, most closest connection, characteristic performance, contractual obligations

ГАРМОНИЗАЦИЯ ПРАВА, ПРИМЕНИМОГО К ДОГОВОРНЫМ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМ: ДЕЙСТВУЮЩЕЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА И НЕОБХОДИМОСТЬ СБЛИЖЕНИЯ С ПРАВОМ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Необходимость гармонизации с правом Европейского Союза представляет собой очень важную проблему для Республики Молдова в связи с тем, что молдавское законодательство в области международного частного права является непоследовательным и содержит много пробелов и ошибок. В настоящей статье исследуются вопросы определения права, применимого к договорным обязательствам, с применением сравнительного анализа (Гражданский кодекс Республики Молдова сравнивается с Регламентом «Рим I» ЕС), уделяя особое внимание тем положениям молдавского законодательства, которые необходимо изменить с целью реализации статьи 50 Соглашения о партнерстве и сотрудничества между Европейскими Сообществами и Республикой Молдова от 29 ноября 1994 г.

Ключевые слова: международное частное право, коллизионная норма, автономия воли сторон, наиболее тесная связь, характерное исполнение, договорные обязательства

It can be recognized in accordance with article 50 of the Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and the Republic of Moldova from 29th of November 1994 that “an important condition for strengthening the economic links between the Republic of Moldova and the Community is

the approximation of the Republic of Moldova's existing and future legislation to that of the Community". It is also stated in the same article that "the Republic of Moldova shall endeavour to ensure that its legislation will be gradually made compatible with that of the Community"¹. The main topic of this article was not included in the list of areas of "particular interest" for the Agreement in case, but taking in consideration the necessity to develop and maintain legal stability and uniformity in the sphere of commercial relationships between EU member states and Republic of Moldova, it can be supposed that harmonization of the law applicable to contractual obligations will make part of one of the following reforms of Moldavian legislation. Therefore, it is relevant to explore the existing regulation and to establish which legal institutions and norms need to be changed in order to apply article 50 of the Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and the Republic of Moldova in a proper way. The importance of this issue cannot be underestimated, because "[t]he obligations created by [contractual] choice appear more determinate and discrete than the responsibilities engendered by other forms of human associations"².

The law applicable to contractual obligations with foreign element(s) is regulated, as well as other matters of international private law, by the Book Five of the Civil Code of Republic of Moldova³. This legal act is the main source of conflict of law rules for our legal system. Taking in consideration the aforementioned necessity of the approximation of the Republic of Moldova's existing and future legislation to that of the European Union, it is needed to note that the problem of law applicable to contractual obligations in EU was solved with the help of Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)⁴. This Regulation replaces the Rome Convention that established uniform rules for determining the law applicable to contractual obligations in the European Union (EU). In order to establish the perspectives of harmonization, we have to compare the corresponding provisions of these two legal acts.

Article 1610 of the Civil Code of Republic of Moldova stipulates as follows:

-
- 1 Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States and the Republic of Moldova [online]. [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21998A0624\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21998A0624(01):EN:NOT) (visited 1.04.2012)
 - 2 Collins H. Introduction: The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contract. // *Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational and Network Contracts*. Edited by David Campbell, Hugh Collins, John Wightman. Oxford and Portland, Oregon. Hart Publishing, 2003. P.1.
 - 3 Codul Civil al Republicii Moldova, 2002 [online]. <http://lex.justice.md/md/325085/> (visited 1.04.2012)
 - 4 The law applicable to contractual obligations — The Rome I Regulation [online]. http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/jl0006_en.htm (visited 1.04.2012)

- “1) A contract is regulated by the law chosen in accordance with the will of the parties.
- 2) The parties can establish the law applicable to the contract as a whole and to certain parts of the contract.
- 3) The determination of the applicable law must be express or must result from the contents of the contract or other circumstances.
- 4) The applicable law can be determined by the parties at any time, at the moment of conclusion of the contract or at a later date. The parties to a contract have the right to come to an understanding concerning the modification of applicable law.
- 5) The determination of the applicable law after the conclusion of the contract has a retroactive effect and is considered effective from the moment of the conclusion of the contract, not prejudicing in any way the formal validity of contract and the rights which were granted to the third parties in accordance with this contract.
- 6) If commercial terms recognized in the international circuit are used in the contract, it is considered, unless otherwise stated in the contract, that the parties have determined to use in their relations the customs and practices of commercial circuit which correspond to the relevant commercial terms.”

These provisions of Moldavian Civil Code express mostly the same ideas as the provisions of paragraphs 1 and 2 of the article 3 “Freedom of choice” from the Rome I Regulation, which are as follows⁵:

- “1) A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.
- 2) The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice made under this Article or of other provisions of this Regulation. Any change in the law to be applied that is made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 11 or adversely affect the rights of third parties.”

The main principle, from which both articles start, is the principle of “party autonomy” or “lex voluntatis” — one of the fundamental principles in private international law in matters of contractual obligations and choice of law. Giesela Ruhl mentions that “[a]s a connecting factor choice of law plays a prominent role in a globalized world: it facilitates the proper regulation of individual cases, fosters legal certainty and reduces the costs of determining the applicable law”⁶. Concerning the methods of indication of applicable law it must be mentioned that Recital 12 of Rome I Regulation specifies that “an agreement between the parties to confer on one or more courts or tribunals of a Member State exclusive jurisdiction to determine disputes under the contract

5 Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) [online] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008R0593:EN:NOT> (visited 1.04.2012)

6 Ruhl G. Choice of Law by the Parties in European Private International Law (January 21, 2012). MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF EUROPEAN PRIVATE LAW, Jürgen Basedow, Klaus Hopt & Reinhard Zimmermann, eds., Oxford University Press, 2012 . Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1989512>

should be one of the factors to be taken into account in determining whether a choice of law has been clearly demonstrated”. European legal doctrine clarifies this principle of “party autonomy”: “In particular, no relationship and no proximity of the contract to the law chosen are required. In other words, the parties may agree on the application of an entirely “neutral” law”⁷. Helmut Heiss also mentions that “the law chosen must be “law” in a technical sense and not just general principles or any other set of non-binding rules”. Giuditta Cordero-Moss concludes that “the drafting style, legal technique and language of a contract as such are not sufficient bases for a tacit choice of law or as a circumstance showing close connection capable of prevailing over other connecting factors”⁸. In accordance with Moldavian Civil Code, it is also possible to choose a neutral law, because no connecting factors with binding force are mentioned in article 1610, but the nature of the “law” which could be chosen is unclear. Taking in consideration the lack of judicial practice in this sphere and a constant mistrust towards foreign law, it is possible that Moldavian courts will be less likely to apply foreign law with different characteristic features than Moldavian law (i.e. common law, Islamic law). Still, the possibility to choose *lex mercatoria* or another type of commercial customs and practices is clearly provided in the paragraph 6 of article 1610. It must be mentioned that even if application of foreign law in contractual relations is still uncommon for the commercial societies of the Republic of Moldova, application of commercial customs and practices has already become a tradition for contracts with foreign companies (this refers especially to the well-known INCOTERMS).

Article 3 of the Rome I Regulation contains provisions that regulate another complex matters, such as application of law which cannot be derogated from by agreement and the specifics of application of Community law. This article also contains references to articles 10, 11 and 13 of the Regulation, which are concerned with the problem of the existence and validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law. The problem of application of EU law is — at the given moment — not relevant to the Republic of Moldova, but other questions in case are very important. This refers especially to the existence and validity of the consent of the parties.

For example, article 10 “Consent and material validity” of the Regulation stipulates that:

- “1) *The existence and validity of a contract, or of any term of a contract, shall be determined by the law which would govern it under this Regulation if the contract or term were valid.*
- 2) *Nevertheless, a party, in order to establish that he did not consent, may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law specified in paragraph 1.”*

7 Heiss H. Party Autonomy. In: Rome I Regulation. The law applicable to contractual obligations in Europe. Sellier, European law publishers, 2009. [online] http://www.sellier.de/pages/downloads/9783866531154_leseprobe.pdf (visited 1.04.2012)

8 Cordero-Moss G. Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law. Cambridge University Press, 2011. P.43.

These issues are not regulated by Moldavian legislation, and therefore it is possible to include them in the list of norms that must be introduced or modified with the scope to fulfil the provisions of article 50 of the Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and the Republic of Moldova.

In accordance with article 13 of the Rome I Regulation,

“In a contract concluded between persons who are in the same country, a natural person who would have capacity under the law of that country may invoke his incapacity resulting from the law of another country, only if the other party to the contract was aware of that incapacity at the time of the conclusion of the contract or was not aware thereof as a result of negligence.”

This problem is regulated by the Civil Code of Republic of Moldova, but it is included in the Chapter I of the Title II which refers to the legal statute of natural persons and rules of conflict of law applied in this sphere. Paragraph 2 of the article 1590 stipulates that:

“A natural person who doesn't have capacity under his national law has no right to invoke his incapacity if he has the capacity under the law of the country where the legal act is concluded, except for the cases when it will be proven that the other party to the legal act was aware or should have been aware of that incapacity.”

Though the formal aspect of these two norms is slightly different, the content is identical. The problem here is the fact that norms regulating similar legal relations are put into different parts of a legislative instrument. This is due to the different approach to the codification of international private law: in case of Republic of Moldova, we have not a specialized regulation, as in EU law, but a part — “Book Five” — of the main civil law statutory act.

The problem of formal validity of the contract is regulated by article 11 of the Rome I Regulation and by articles 1609 and 1613 of the Civil Code of the Republic of Moldova. The common idea for both regulations is that a contract is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it in substance. Also both regulations provide the possibility to establish the formal validity of the contract in accordance with the law of either of the countries where either of the parties is present at the time of conclusion, the law of the country where a unilateral act was done or the law of the country where either of the parties or the person by whom a unilateral act was done had his habitual residence at that time. However, there are many differences as well. First of all, the Civil Code of Republic of Moldova provides no specific norms for formal validity of certain important categories of contracts, such as contracts the subject matter of which is a right in rem in immovable property or a tenancy of immovable property (and which shall be subject to the requirements of form of the law of the country where the property is situated, with special conditions⁹). Consumer contracts are not regulated specifically as well, at least not from the point of formal validity. And another problem that must be emphasized is the

9 “...if by that law: (a) those requirements are imposed irrespective of the country where the contract is concluded and irrespective of the law governing the contract; and (b) those requirements cannot be derogated from by agreement.” Art.13(5) Rome I Regulation.

lack of clarity with regard to the notion of “habitual residence” in the international private law of Republic of Moldova: terms “domicile” and “residence” are used in the Civil Code without any explanation of their exact meaning and thus their application may become difficult in certain cases. Furthermore, there is another criterion for the determination of the national law of companies — it is not “habitual residence”, but the “place of incorporation” (article 1596 of the Civil Code). It must be mentioned that Recital 39 of the Rome I Regulation states that “[f]or the sake of legal certainty there should be a clear definition of habitual residence, in particular for companies and other bodies, corporate or unincorporated”. According with paragraph 1 of article 19 of the Rome I Regulation,

- 1) *“the habitual residence of companies and other bodies, corporate or unincorporated, shall be the place of central administration”;*
- 2) *“the habitual residence of a natural person acting in the course of his business activity shall be his principal place of business”.*

It is also stated in the same article 19 that “habitual residence” can be the place where the branch, agency or any other establishment is located. For the purposes of determining the habitual residence, the relevant point in time shall be the time of the conclusion of the contract. So, there is a difference in the regulation of the concept of “habitual residence” in the international private law of Republic of Moldova and European international private law, due to which the applicable law in similar situations can vary.

In accordance with article 1612 of the Civil Code of Republic of Moldova, the applicable law refers to the following spheres:

- a) *The interpretation of the contract;*
- b) *The rights and obligations of the parties to the contract;*
- c) *The performance of the contract;*
- d) *The consequences of non-execution or inadequate performance of the contract;*
- e) *The termination of the contract;*
- f) *The consequences of the nullity and invalidity of the contract;*
- g) *The assignment of a claim and delegation connected with the contract.*

The provisions of this article can be correlated with article 12 of the Rome I Regulation:

- “1) *The law applicable to a contract by virtue of this Regulation shall govern in particular:*
- (a) interpretation;*
 - (b) performance;*
 - (c) within the limits of the powers conferred on the court by its procedural law, the consequences of a total or partial breach of obligations, including the assessment of damages in so far as it is governed by rules of law;*
 - (d) the various ways of extinguishing obligations, and prescription and limitation of actions;*
 - (e) the consequences of nullity of the contract.”*

These two articles correspond to each other in broad terms, but in the Rome I Regulation there is one more important article concerning the scope of regulation — article 1, “Material scope”. It stipulates that the Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to contractual obligations in civil and commercial matters.

It shall not apply, in particular, to revenue, customs or administrative matters. Paragraph 2 of this article includes matters which are not regulated by Rome I, and these are, for example, obligations arising out of family relationships, obligations arising out of matrimonial property regimes, obligations arising under bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments and other questions. The Civil Code of Republic of Moldova contains no article with such norms, and it can be stated, judging from its general sphere of application, that all legal norms concerning contractual obligations are applied on a regular basis, without exceptions, because there are none provided by the Code. This is a serious omission, which must be corrected in accordance with European legal standards.

Applicable law in the absence of choice is another important problem in the sphere of contractual obligations in international private law. According to article 1611 of the Civil Code of Republic of Moldova,

- “1) *In absence of an agreement between the parties concerning the applicable law of the contract, it is applied the law of the country with which the contract is most closely connected. It is considered that such connection exists with the law of the country where the debtor of the performance, at the moment of conclusion of the contract, has his domicile, residence or place of incorporation as a company.*
- 2) *In absence of an agreement between the parties concerning the applicable law of the contract, notwithstanding paragraph 1:*
 - a) *a contract concerning immovable property, as well as a contract of fiduciary management of property, is regulated by the law of the country where the property is situated;*
 - b) *a work and labour contract and a contract concerning projecting and research is regulated by the law of the country where the results of such a contract are to be created;*
 - c) *a contract of civil society is regulated by the law of the country where the performance of corresponding activity takes place;*
 - d) *a contract concluded at an auction or on a competition basis is regulated by the law of the country where the auction or competition takes place.”*

This article contains several omissions. First of all, it is unclear which “performance” is to be taken into consideration in order to specify the debtor and, therefore, the applicable law, given that in the paragraph 1 it is not stated that the performance must be “characteristic”. Thus it is impossible to determine the applicable law for certain types of contracts — for example, the contract of exchange, — which have more than one performances. Secondly, the specific rules provided by the paragraph 2 do not regulate all situations when the need for such rules arises and when it is not possible to apply the conceptions of “the closest connection” or “characteristic performance”. These situations and corresponding rules are provided by paragraph 1 of the article 4 from the Rome I Regulation:

- “a) *a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country where the seller has his habitual residence;*
- b) *a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence;*

- c) a contract relating to a right in rem in immovable property or to a tenancy of immovable property shall be governed by the law of the country where the property is situated;
- d) notwithstanding point (c), a tenancy of immovable property concluded for temporary private use for a period of no more than six consecutive months shall be governed by the law of the country where the landlord has his habitual residence, provided that the tenant is a natural person and has his habitual residence in the same country;
- e) a franchise contract shall be governed by the law of the country where the franchisee has his habitual residence;
- f) a distribution contract shall be governed by the law of the country where the distributor has his habitual residence...”

As we can see, none of these spheres is regulated by the Civil Code of Republic of Moldova. But a simple omission of a certain rule can be a less serious problem than a lack of consistency. Article 1611 in its present form leads to the misinterpretation of two important notions — “the closest connection” and “characteristic performance” — and creates a false impression that four “exceptions” from paragraph 1 are the only situations when special rules must be applied. Considering these two notions, it is possible to address Recital 21 of the Rome I Regulation, according to which:

“In the absence of choice, where the applicable law cannot be determined either on the basis of the fact that the contract can be categorised as one of the specified types or as being the law of the country of habitual residence of the party required to effect the characteristic performance of the contract, the contract should be governed by the law of the country with which it is most closely connected. In order to determine that country, account should be taken, inter alia, of whether the contract in question has a very close relationship with another contract or contracts.”

Also, it is mentioned in the Regulation that for the legal certainty in the European judicial area the conflict-of-law rules should be “highly foreseeable”. Article 1611, on the contrary, is less likely to be foreseeable and can create confusion.

There are other matters of law applicable to contractual obligations, which are not regulated by the Civil Code of Republic of Moldova and are regulated by Rome I Regulation. These include specific types of contracts, such as:

- Contracts of carriage (of goods and passengers);
- Consumer contracts;
- Insurance contracts;
- Individual employment contracts.

As Symeon C. Symeonides comments, “[t]he common denomination among these contracts... is that one party (the passenger, consumer, insured, and employee, respectively) is likely to be in a weaker bargaining position than the other party” and Recital 23 openly declares a policy of protecting the weak parties¹⁰. Individual

¹⁰ Symeonides Symeon C. Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective (October 24, 2010). CONVERGENCE AND DIVERGENCE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW — LIBER AMICORUM, pp. 513–550, K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides, eds., Eleven International Publishing, 2010. P. 522. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1697372>

employment contracts, due to the well-known economic and social problems of Republic of Moldova, are of a special importance for our country, and still they are not regulated at all. At the same time, article 8 of the Rome I Regulation stipulates that:

- “1) *An individual employment contract shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3. Such a choice of law may not, however, have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice, would have been applicable pursuant to paragraphs 2, 3 and 4 of this Article.*
- 2) *To the extent that the law applicable to the individual employment contract has not been chosen by the parties, the contract shall be governed by the law of the country in which or, failing that, from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract. The country where the work is habitually carried out shall not be deemed to have changed if he is temporarily employed in another country.*
- 3) *Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraph 2, the contract shall be governed by the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated.*
- 4) *Where it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 2 or 3, the law of that other country shall apply.”*

So, it is expressly provided that there are general rules of conflicts of law for these contracts, such as “the law chosen by the parties” (lex voluntatis, party autonomy), and special rules, such as “the law of the country in which / from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract”, “the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated” and “the law of the most closest connection”. Neither of these rules can be applied to solve a labour conflict in which a Moldavian citizen is implied, because they are not provided by our national legislation. This is also one of the spheres which must be changed in order to fulfil article 50 of the Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and the Republic of Moldova.

It must be mentioned, that the Rome I Regulation itself has been criticized. For instance, Francisco J. Garcimartin Alferez points out that the main problems of conflicts of laws in contractual sphere have not been solved, namely: “(i) the determination of the law applicable to the external aspect of agency contracts, (ii) the relationship between article 5 (consumer contracts) and the unilateral conflict-of-laws rules contained in some Directives, (iii) the effectiveness vis-à-vis third parties of an assignment of credits, (iv) or the unification of the conflict rules applicable to insurance contracts”¹¹. Xandra E. Kramer criticizes Article 7, stating that “the division over contracts covered by Article 7 and those covered by the general rules, as

11 Garcimartin Alferez Francisco J. The Rome I Regulation: Much Ado About Nothing? The European Legal Forum, 2008, nr.2, p.62. [online] <http://www.simons-law.com/library/pdf/e/884.pdf> (visited 1.04.2012)

well as the complexity of Article 7 itself, still result in a difficult and unintelligible system. Rather than removing the current divergencies, the introduction of Article 7 mainly conceals them”¹². Nevertheless, even if Rome I Regulation is not perfect, the level of legal regulation of contractual obligations with foreign element(s) is considerably higher in European Union, and Republic of Moldova has much to learn from European legal traditions, new as well as old.

So, in conclusion we must admit that at the present moment the regulation of applicable law in contractual obligations in the legislation of Republic of Moldova does not correspond to the European legal standards. Even if there are certain rules and principles that coincide, this is due to the fact that our legal system was affected by the same legal traditions that most countries of European Union were. But the lack of consistency and many mistakes in the provisions of “Book Five” of the Civil Code of Republic of Moldova show that our legislation in the sphere of law applicable to contractual obligations must be modified.

12 Kramer Xandra E. The New European Conflict of Law Rules on Insurance Contracts in Rome I: A Complex Compromise (December 15, 2008). The Icfai University Journal of Insurance Law, pp. 23–42, 2008. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1316297>

THE PRINCIPLE OF PUBLICITY IN ROMAN CIVIL PROCEDURE

V.A. KROYTOR, Professor, Candidate of law, Kharkov national university of internal affairs

Публичность римского судопроизводства обуславливалась многими обстоятельствами: местом его проведения — Римским форумом, на котором проходила общественная жизнь Рима, временем — dies fasti (в летние и зимние месяца, когда любой гражданин Рима мог присутствовать на судебном заседании), коллегиальным рассмотрением наиболее важных категорий дел (коллегиями центумвиров, децемвиров, рекуператоров), публичным провозглашением судебных решений (pronuntiatio), а также предание огласке преторских формул, согласно которых были разрешено дело.

Procedural principles and jura which were created in Ancient Rome (publicity, oral verbal communication, directness, and controversy) have been taken as far as possible by modern legal frameworks.

Publicity of Roman justicement is caused by many factors: the place where it was held — Forum Romanum, where the social life of Rome took place, the time — dies fasta (at summer and winter months when every citizen of Rome could be present at the court trial), examination of the most important cases by several judges (collegiate body of centumvirs, decemvirs and recuperators), public pronouncement of judgments (pronuntiatio) and also promulgation of praetors' claims according to which judges had to determine a case.

Introduction. During its development Roman law has created not only institutions and categories of substantive law but also has defined the basic principles of justicement on which modern civil procedure is based.

Assertion that Roman law didn't have knowledge of its division into adjectival law and substantive law has become fact of common knowledge in scientific roman literature but even a superficial survey of Roman law's sources has shown that Roman lawyers paid special attention to questions of procedure as due to formalism strict observance of procedure rules was decisive when of a civil case was tried in a court. For instance incorrect appeal to pretor with the lawsuit, making mistakes in claim drafting resulted in plaintiff's defeat even if justice was on his side. Procedural principles and jura which were created in Ancient Rome (publicity, oral verbal communication, directness, and controversy) have been taken as far as possible by modern legal frameworks. Describing the significance of Roman law O. A. Pidoprugora

stresses that Romans has managed to achieve such high level of legal culture that it also can be used by humanity nowadays¹.

Methods and used material. We must say that nowadays in law science there aren't many pieces of work which research exactly the aspects of Roman procedure. So one should recollect only two monographs: "Принципы римского гражданского и уголовного процесса" written by L. N. Zagursky (Л.Н. Загурский)² in Russian language and "Римский гражданский процесс" written by O. V. Salogubova (О. В. Салогубова)³. Among foreign scientists who research Roman civil procedure can be named E. Metzger («Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure»)⁴, H.F. Jolowicz "Case law in Roman Egypt"⁵. We also should point to primary sources: Gay's institutes, the fourth book of which gives the detailed data on Roman civil procedure⁶.

Nowadays there is lack of modern research of Roman civil procedure in Ukraine. According to perspectives of cardinal reforms in procedural legislation in our country appealing to the experience in jurisprudence of Ancient Rome is considered to be current. As Roman civil procedure is the topic which by its content can be and is the basis of monograph research so in his article we consider appropriate to confine to researching one of the most important principles of Ancient Rome procedure law — publicity.

The aim of the article is to distinguish the basic sings of the principle of publicity in Roman civil procedure that can help to research deeper the meaning of the principle of publicity in civil procedure of Ukraine.

Exposition of basic material. In the first place the conception of publicity for Roman private law is to be defined. Quoting F. N. Millar E. Metzger defines publicity as requirement of procedure to be public even for those who aren't directly interested in its results⁷. This definition of publicity should to be taken as working for its researching in Roman private law.

- 1 Підпригора О. А. Основи римського приватного права / Підпригора О. А. — К.,1997. — 336 с., с. 3-4
- 2 Загурский Л. Н. Принципы римского гражданского и уголовного процесса : [монография]. / Л. Н. Загурский. — Х. : Университетская типография, 1874. — 431 с.
- 3 Салогубова Е. В. Римский гражданский процесс. / Е. В. Салогубова. — 2-е изд. — М. : Городец-издат, 2002. — 157 с.
- 4 Metzger Ernest. Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure [Электронный ресурс] / Ernest Metzger // Law and History Review. — 2004. — Vol.22. — №.2. — Режим доступу : <http://hghltd.yandex.net/yandbtm?url=http://www.historycooperative.org/journals/lhr/22.2/metzger.html&text=jolowicz+%26quot;case+law+in+roman+egypt+%26quot;>
- 5 Jolowicz H. F. Case law in Roman Egypt [Электронный ресурс] / H. F. Jolowicz // Journal of the Society of Public Teachers of Law. -1937. — №14. — P.1-16. — Режим доступу : <http://iuscivile.com/materials/reprints/jo-1.pdf>
- 6 Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. — М. : Зерцало, 1997. — 608 с.
- 7 Metzger Ernest. Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure [Электронный ресурс] / Ernest Metzger // Law and History Review. — 2004. — Vol.22. — №.2. — Режим доступу : <http://hghltd.yandex.net/yandbtm?url=http://www.historycooperative.org/journals/lhr/22.2/metzger.html&text=jolowicz+%26quot;case+law+in+roman+egypt+%26quot;>

Admittedly the concept “civil procedure” in Ancient Rome should be considered as one of its historic types: Legislating one, Formular one and Extraordinary one. The indicated historical types (or its forms) are certain stages of a thousand-year-development of civil procedure in Ancient Rome. Publicity to a large extent is typical for the first two historical types: Legislating one and Formular one.

As E. Metzger stresses that the principle of publicity guides Formular procedure and earlier Legislating one. According to this requirement the public participating of parties restricts abusing in the procedure. The opposition to publicity isn't privacy but secrecy. E. Metzger admits that the principle of publicity wasn't broken by the fact that some legal suits were tried in private houses. Such trials also could be tried publicly⁸.

Once L. N. Zagurckij who was the professor of Harkiv imperial university at the end of his monograph that was dedicated to principles of Roman civil and criminal procedure emphasized that publicity went through all stages of procedure and there weren't any exception to this rule in Roman law: the indictment was proclaimed publicly, witnesses were subpoenaed at the pressure of other persons and even jurors rendered a judgment orally in a whisper⁹.

Legislating procedure (from Latin *legis actio* — “lawsuit bases on law”) appeared in 509 BC and had been lasting till 120 BC that is it began with the foundation of Republic in Rome. But it doesn't mean that Romans hadn't known judicial institutions before that moment. As once L. N. Zagurckij explained that king conducted a trial on certain days (*dies fasti*) at the square that is publicly¹⁰. The square where the trial was conducted was called forum.

A well-known Forum Romanum which architectural buildings have been kept till nowadays wasn't only the place where civil and criminal cases were tried and also the place for public meetings, orators' speech and settlement of a legal transaction. That is almost all events of legal importance relevant in law events in the life of ancient Romans were held at forum at the presence of people, officials (*praetors*, *quaestor*, *consuls*), witnesses. Forum Romanum was the place of social activities in Rome¹¹. It means nothing but that publicity describes not only civil procedure and also any other social activity on the whole that is inherent to ancient legal conscience.

As E. I. Temnov states ancient people appreciated their civicism, participating in state affairs, they didn't understand those who were lost in their own concerns.

8 Metzger Ernest. Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure [Электронный ресурс] / Ernest Metzger // Law and History Review. — 2004. — Vol.22. — №2. — Режим доступа : <http://hghltd.yandex.net/yandbtm?url=http://www.historycooperative.org/journals/lhr/22.2/metzger.html&text=jolowicz+\%26quot;case+law+in+roman+egypt\%26quot;>

9 Загурский Л. Н. Принципы римского гражданского и уголовного процесса : [монография]. / Л. Н. Загурский. — Х. : Университетская типография, 1874. — 431 с.

10 Ibidem

11 Биография слов синонимического ряда со значением “собрание, объединение, союз”: Лексикограф. пособие по интернационал. лексике / [под ред. Лапиной М. С.]. — Х. : Изд-во НУА, 2006. — 124 с., с. 97

The state in an ancient world was made of the life of all citizens and their contribution to it. Ordinary citizens in Athens, Rome felt that the state lived in the life of each of them. And each of them was the “part”, “the member”, “the authority” of state, its smallest part, its atom (that is from Greek — , from Latin *individuum* – indivisible)¹².

So publicity of Roman procedure is conditioned by forum — the place where civil investigation was held. Then the word forum that once had meant the place of court trial began to mean court. L. N. Zagurckij directly points to the fact that Roman competent court is called forum¹³. For instance, *forum rei* — the court defined by the place of civil defendant’s residence, *forum domicilii* — the court defined by the place of person’s dwelling, *forum delicti comissi* — the court defined by the place where the infraction was committed and *et cetera*. The original meaning of the word forum is open place, square¹⁴.

”Court” as the meaning of this word has been preserved in some modern languages. That is for instance this word among other its meanings has such definitions: from Italian *foro* — court; from Spanish *foro* — court, tribunal; from German *Forum* — jurisdiction; from English *forum* — court¹⁵.

Publicity of Roman procedure also was conditioned by the time when lawsuits could be brought. As it was earlier said lawsuit had to be brought on certain days — *dies fasti*, that were only 40 ones per year. Trials were held at summer and winter months. Praetor couldn’t make civil defendant attend court at the stage in *jus* (D. 2.12.1.) during harvest time and vintage. That is in Ancient Rome lawsuits could be tried for terms if every member of society was able to appear at the forum and see and listen to praetor.

As L. N. Zagurckij admits one of the factors that guaranteed good faith in relation to parties was precisely oral verbal communication and publicity of the procedure¹⁶. It wasn’t allowed to render a judgment by default in *Legislating* and *Formular* procedures. If the judgment was rendered by default such judgment was considered to be invalid (*sentential nullius esse momenti*). In Roman law there wasn’t a trial by default, the person was given a one-year term to appear in case when the person violated that rule. If the person didn’t appear, the crime was unpunished but the

12 Темнов Е. И. Звучащая юриспруденция : монография / Е. И. Темнов. — М. : Волтерс Клувер, 2010. — 560 с., с. 508

13 Загурский Л. Н. Принципы римского гражданского и уголовного процесса : [монография]. / Л. Н. Загурский. — Х. : Университетская типография, 1874. — 431 с., с. 323

14 Бартошек М. Римское право: понятия, термины, определения / М. Бартошек. — М. : Юрид. лит., 1989. — 448 с., с. 136

15 Биография слов синонимического ряда со значением “собрание, объединение, союз”: Лексикограф. пособие по интернационал. лексике / [под ред. Лапиной М. С.]. — Х. : Изд-во НУА, 2006. — 124 с., с. 98

16 Загурский Л. Н. Принципы римского гражданского и уголовного процесса : [монография]. / Л. Н. Загурский. — Х. : Университетская типография, 1874. — 431 с., с. 326

court didn't dare to render a judgment by default, without proof without defense¹⁷. We should admit that modern civil procedure of Ukraine allows to render the judgment by default that distorts this Roman rule.

We also should say that warrant to appear (in *jus vocatio*) had to be made publicly at the presence of witnesses (*antestatio*) whom plaintiff turned to saying such words: "memento quod tu mihi in illa causa testis eris" – "Remember that you will be the witness in this case!". The number of witnesses has the exceptional meaning for the trial. A famous Roman rule should be mentioned: "Testis unus — testis nullus" – "One witness isn't a witness". There had to be at least two witnesses, the maximum was defined differently by different laws. According to July's law about bribe (*de repetundis*) there had to be 120 witnesses. Witnesses testified publicly, they were cross questioned¹⁸.

The implementation of publicity of Roman civil procedure also was examination of cases by several judges. During the stage of Republic there was a collegiate body of decemvirs for procedures of disincarceration that consisted of 10 trial jurors. Vindication cases, inheritance cases, landowning cases, special status cases were tried by a collegiate body of centumvirs which consisted of 105 jurors (5 persons from 35 tribes). That is a collegiate body consisted of representatives from all administrative-territorial units of Roman state at that time. In order to expedite trial pretor as an exception could appoint collegiate body consisted of 3 or 5 persons from recuperators that had to render a judgment in certain time. It happened at procedures concerning disincarceration, compensation for damage under the provisions of international treaties, extortion and bribe and also among foreigners¹⁹.

In Roman procedure the judgment was called *sententia*, it was public. The *sententia* made by a judge was pronounced (this action had the name *pronuntiatio*) publicly and it became *res judicata* (a determined case) that is a law for parties concerning which one couldn't initiate any new question, it became right for parties. The judge couldn't insert amendments to a text of a pronounced publicly judgment because his power expired when the judgment was made and pronounced²⁰. That is public pronouncement of a judgment was to some extent a guarantee for parties so that any other action wouldn't be commenced with regard to their determined case. There was even a statement: "res judicata pro veritate habetur" – «Judgment is considered to be truth». It is the public pronouncement (*pronuntiatio*) that enacted a judgment in the way that made it irrevocable.

Formular procedure had been lasting from 120 BC till III AD. The essence of Formular procedure was that praetor made a written claim which contained direc-

17 Загурский Л. Н. Принципы римского гражданского и уголовного процесса : [монография]. / Л. Н. Загурский. — Х. : Университетская типография, 1874. — 431 с., с. 326

18 Idem, с. 364-366

19 Темнов Е. И. Звучащая юриспруденция : монография / Е. И. Темнов. — М. : Волтерс Клувер, 2010. — 560 с., с. 44

20 Загурский Л. Н. Принципы римского гражданского и уголовного процесса : [монография]. / Л. Н. Загурский. — Х. : Университетская типография, 1874. — 431 с., с. 404

tions to the jury concerning how to determine a case. Similar cases repeated and a claim which was made once was used as a model in other cases. In order to save labor the model of a claim was written on a special wooden board (*album*) which stood at forum for general acquaintance²¹. Soon praetors' practice made constant claims for most cases which were brought to society with the helping of edicts in the form of law blanks.

So the historical type of Formular procedure has the features of publicity due to issuing of constant claims and edicts by praetors according to which judges had to determine cases.

With the beginning of Extraordinary procedure the principle publicity lost its meaningfulness as well as quite a lot of other basic principles. As a well-known legal scholar I. O. Pokrovsky says changes in the forms of justicement and the change of Formular procedure to Extraordinary one meant a fundamental change of quite a lot of fundamental principles²². Judicial system and justicement of the Republic period significantly differs from judicial system and justicement of the Emperor period. Plaintiff's lawsuit was registered in judicial acts. Warrant to appear was made by government officials. Civil defendants were informed about plaintiff's lawsuit officially. The trial was held at the establishment "in a secret" with the limited access to courts. All stages of procedure were processed in written form²³.

It is the last form of Roman civil procedure has become a certain prototype of modern model of justicement. We may come to the conclusion that the requirement of Roman principle of publicity of civil procedure which was one of the basic principles of Legislating and Formular procedures isn't presented completely in modern civil procedure.

Conclusions. Summarizing the research of the principle of publicity in Roman civil procedure we should say that publicity of Roman justicement is caused by many factors: the place where it was held — Forum Romanum, where the social life of Rome took place, the time — *dies fasta* (at summer and winter months when every citizen of Rome could be present at the court trial), examination of the most important cases by several judges (collegiate body of *centumvirs*, *decemvirs* and *recuperators*), public pronouncement of judgments (*pronuntiatio*) and also promulgation of praetors' claims according to which judges had to determine a case.

Nowadays during performance of a great number of reforms in judicial system and procedural laws it is high time to pay the attention of the legislator to the expression of principle of publicity in Roman classical law to avoid mistakes at law-making.

21 Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима / С. А. Муромцев ; [отв. ред. А. Д. Рудоквас]. — М. : Статут, 2003. — 684 с., с. 283

22 Покровский И. А. История римского права / И. А. Покровский — Мн.: Харвест, 2002. — 528 с., с. 155

23 Эклога. Византийский законодательный свод VIII века. Византийская книга Эпарха. — Рязань: Александрия, 2006. — 592 с., с. 14

ВНЕШНИЕ ДЕЙСТВИЯ, НАПРАВЛЕННЫЕ НА НЕДОБРОСОВЕСТНОЕ ПРИОБРЕТЕНИЕ КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА (КОРПОРАТИВНЫЕ СЛИЯНИЯ И ПОГЛОЩЕНИЯ) КАК ПРИЧИНА ВОЗНИКНОВЕНИЯ КОРПОРАТИВНОГО КОНФЛИКТА

Юрий Михайлович ЖОРНОКУЙ,

доцент кафедры правового обеспечения хозяйственной деятельности
Харьковского национального университета внутренних дел, доцент, к.ю.н.

В статье сделана попытка рассмотреть внешние действия, направленные на недобросовестное приобретение корпоративного права, как причину возникновения корпоративных конфликтов в акционерных обществах. Отсутствие в законодательстве Украины, России, Молдовы и стран ЕС единого подхода к определению понятий «слияния» и «поглощения» является одним из камней преткновения в гармонизации европейской правовой системы. В результате исследования сделан вывод о том, что причиной возникновения корпоративного конфликта является действия, направленные на недружественное слияние (поглощение) общества-цели.

Ключевые слова: корпоративный конфликт, слияние, поглощение, акционерное общество, миноритарный акционер, мажоритарный акционер, корпоративное право, корпоративное управление.

EXTERNAL ACTIONS DIRECTED ON UNFAIR ACQUISITION OF CORPORATE RIGHT (CORPORATE MERGERS AND ABSORPTIONS) AS A REASON OF CORPORATE CONFLICT ORIGIN

An attempt to examine the external actions directed on unfair acquisition of corporate right as a reason of corporate conflicts origin in joint-stock companies is made in this article. The absence of a unique approach in defining the terms «merger» and «acquisition» in the legislation of Ukraine, Russia, Moldova and the EU countries is one of the stumbling blocks in the harmonization of the European legal system. The result of the research was concluded that the reason of the corporate conflict is an action directed on hostile merger (acquisition) of a company.

Key words: corporate conflict, merger, acquisition, joint-stock company, minority stockholder, majoritary stockholder, corporate right, corporate governance.

Введение. Реорганизация и изменение контроля в акционерных обществах (далее — АО) является одними из наиболее существенных изменений, влияющих на имущественное состояние акционеров. Однако уяснение их правовой сущности и в наше время вызывает определенные проблемные моменты, особенно в контексте осуществления акционерами субъективного корпоративного

права¹. Это обусловлено состоянием развития законодательства, правовым сознанием участников корпоративных отношений и разными подходами отдельных ученых к пониманию того либо другого правового явления, что порождает иногда ошибочные мнения.

В иностранной литературе не существует размежевания понятий «слияние»² и «поглощение»³. Известная и обычная аббревиатура M&A (mergers&acquisition)

1 Нами обоснована и поддерживается теория единичности субъективного корпоративного права с его составляющими — корпоративными правомочиями // Жорнокуй Ю. М. Цивилистическая основа реализации субъективного корпоративного права : моногр. / Ю. М. Жорнокуй. — Х. : Золота миля, 1012. — С. 33-39.

2 Законодательство Украины интерпретирует слияние как реорганизацию юридических лиц, во время которой права и обязанности каждого из них переходят к новообразованному юридическому лицу в соответствии с передаточным актом (ст. 104-107 ГК Украины). В отличие от законодательства Украины нормативный массив других стран, употребляя общую категорию «слияние», предусматривает две его формы:

1) поглощение и создание новой компании. Законодательство КНР под категорией «поглощение» понимает аналог украинского присоединения (ст. 182 закона «О компаниях» // Гражданское законодательство КНР. — М. : Международный центр финансово-экономического развития 1997. — С. 163.);

2) не выделяет отдельно двух понятий, а оперирует двумя видами операций — «слияние вследствие приобретения» и «слияние вследствие образования нового общества» // Третья Директива ЕС № 78/855 от 9 октября 1978 года по слиянию публичных акционерных компаний с ограниченной ответственностью // Директивы ЕС стосовно корпоративного управління. — К., 1998. — С. 26-38.

В юридической литературе также отсутствует единство мнений в толковании категории «слияние». Так И. Т. Тарасов, говоря о слиянии, оперировал категорией «фузионирование» и понимал под ним частичную ликвидацию. Он также выделял два вида слияний: процесс, по которому одна компания поглощается другой (аналог современного присоединения), и процесс, когда две компании переходят в третью (аналог современного слияния). При этом ученый определил две разновидности последнего вида, а именно: ситуацию, когда действительно создается новая компания на новых основах, и ситуацию, при которой обе компании фактически остаются в своей основе неизменными, но изменяется только их фирма и сливается управление // Тарасов И. Т. Учение об акционерных компаниях. — М. : Статут, 2000. — С. 583. Под слиянием, считает А. А. Бегаева, необходимо понимать установление контроля над активами, имуществом компании путем объединения юридических лиц, приобретение контрольного пакета акций, долей юридического лица // Бегаева А. А. Корпоративные слияния и поглощения : проблемы и перспективы правового регулирования / А. А. Бегаева ; отв. ред. Н. И. Михайлов ; Российская акад. наук, Ин-т государства и права. — М. : Инфотропик Медиа, 2010. — С. 2.

3 Европейское законодательство определяет поглощение как приобретение всех либо части ценных бумаг компании (в добровольном или обязательном порядке), что имеет целью получение контроля над этой компанией (Тринадцатая Директива ЕС) // Directive 2004/25/EC of the European Parliament and the Council of 21 April 2004 on takeover bids // Official Journal of the European Union. — 2004. — L142/12. В Великобритании поглощение признается одним из способов вертикального объединения

переводится как «слияния и поглощения». При этом под термином «mergers» понимается поглощение путем приобретения ценных бумаг либо основного капитала; слияние; объединение компаний. Под понятием «acquisition» — приобретение, завладение, поглощение компании.

Принятие Закона Украины «Об акционерных обществах» не решило всех насущных вопросов, связанных с корпоративными слияниями и поглощениями, поскольку перераспределение корпоративной собственности в Украине еще не приобрело правовых черт, обеспечивающих порядок осуществления субъективного корпоративного права. Это и обуславливает нарушение такого права через внешние действия, направленные на недобросовестное его приобретение путем применения механизмов корпоративного слияния и поглощения. Как следствие такие действия вызывают негативную реакцию со стороны участников корпоративных отношений, чьи права нарушены, и обуславливает возникновение корпоративного конфликта. В связи с этим в наше время возникла необходимость пересмотра существующего базового законодательства и материальной основы осуществления указанных процессов с целью установления аспектов нарушения субъективного корпоративного права акционеров с использованием механизмов слияний и поглощений как причины возникновения корпоративного конфликта.

бизнеса путем приобретения одной компанией контрольного пакета акций другой // Кибенко Е. Р. Корпоративное право Великобритании. Законодательство. Прецеденты. Комментарии. — К., 2003. — С. 268. Американское законодательство трактует поглощение как приобретение контрольного пакета акций общества. При этом поглощение является одним из способов перехода контроля над обществом. Двумя другими является борьба за доверенности и добровольная продажа акций контролирующими акционерами // Hamilton R. Corporation Finance. Cases and materials. — St. Paul, 2001. — P. 711. Законодательство Украины категории «поглощение» не содержит. Термин «поглощение» достаточно распространен в научной литературе. Однако он также вызывает разночтения среди ученых. Сегодня существует три подхода к определению «поглощения». Первый состоит в том, что поглощение исследуется как один из способов реорганизации юридического лица, наиболее близкий к слиянию или присоединению // Калашников Г. Слияния и поглощения акционерных обществ по праву ЕС и России : процедурные вопросы / Г. Калашников, Т. Шарипов // Слияния и поглощения. — 2005. — № 2 (24). — С. 66. Сторонники второго подхода связывают поглощение с установлением контроля над обществом // Ионцев М. Г. Корпоративные захваты: слияния, поглощения, гринмейл. — М., 2006. — С. 6-8; Рябота В. В. Захист прав акціонерів при злитті та поглинанні акціонерних товариств в Україні : моногр. — К. : Вид. дім «Киево-Могилянська акад.», 2007. — С. 76, 77, 80. Третья же группа ученых изучает поглощение как объединение двух указанных концепций // Samoylenko V. Mergers & Acquisitions in Ukraine // The Ukrainian Journal of Business Law. — 2006. — September. — P. 14. Считаю, что в правовом понимании было бы правильно вместо категории «поглощение» употреблять понятие «слияние» и «присоединение», поскольку они используются для обозначения формы одного процесса — концентрации производства путем его интеграции.

Методы и использованные материалы. С помощью метода конкретизации, т. е. увязки того или иного явления с конкретными условиями обстановки, установлено, что дружественные слияния (поглощения) не являются причиной корпоративных конфликтов. В то же время недружественные поглощения должны признаваться непосредственной причиной возникновения конфликтных ситуаций в корпоративных организациях. Применения метода анализа, т. е. расчленения целого на отдельные элементы с рассмотрением каждого из них в отдельности, позволило нам установить, что действия направленные на недружественные поглощения являются одной из причин возникновения корпоративного конфликта, а не их разновидностью как считают некоторые исследователи.

Целью статьи является изучение вопросов связанных с правовой регламентацией слияний и поглощений акционерных обществ и механизма их применения как причины возникновения корпоративного конфликта.

Изложение основного материала. Исследование понятий «слияние» и «поглощение» позволяет изучать их в нескольких значениях. Во-первых, слияние и поглощение — это определенный вид сделок, связанных с передачей корпоративного контроля. Во-вторых, в узком (юридическом) значении слияние и поглощение рассматриваются в контексте реорганизации юридического лица. В-третьих, в широком (экономическом) понимании такие процессы изучаются как способ установления контроля над обществом и его активами, совершаемый разными способами, в т. ч. путем объединения компаний, вхождением в их структуру, приобретение компании, изменение в структуре собственности компании и т. д.⁴.

Хотя встречаются случаи, когда авторы совсем вносят полную путаницу в категориальный аппарат, смешивая и объединяя исследуемые категории между собой. Так Е. А. Дубовицкая предлагает разграничивать понятия «юридического» и «фактического» слияния⁵. Юридическими предложено считать предусмотренные законодательством способы реорганизации — слияние и присоединение, а фактическими — поглощение, т. е. объединение активов обществ, в результате которого экономически они становятся единым целым, но юридически остаются самостоятельными субъектами.

Примеры первых слияний и поглощений за границей наглядно свидетельствуют о том, что они вполне реально могут быть средством устранения акционеров либо существенного нарушения их субъективного корпоративного права. В связи с этим процессы слияний и поглощений за границей были ограничены регулированием, осуществляемым по нескольким направлениям, одним из которых является их законодательное регулирование⁶.

4 Бегаева А. А. Корпоративные слияния и поглощения : проблемы и перспективы правового регулирования / А. А. Бегаева ; отв. ред. Н. И. Михайлов ; Российская акад. наук, Ин-т государства и права. — М. : Инфотропик Медиа, 2010. — С. 11.

5 Дубовицкая Е. А. Европейское корпоративное право : Свобода перемещения компаний в Европейском сообществе. — М. : Волтерс Клувер, 2004. — С. 128.

6 Данельян А. А. Корпорация и корпоративные конфликты / А. А. Данельян. — М. : Камерон, 2007. — С. 115.

В Украине очевидным есть несоответствие между законодательно оформленными в ГК Украины видами реорганизации и экономическими процессами, заложенными в категориях «слияние» и «поглощение». При этом понятие «слияние» в понимании ст. 83 Закона Украины «Об акционерных обществах» — это не то же самое, что подразумевает его толкование стран ЕС, а «поглощение» — тем более отличается от «присоединения», закрепленного в ст. 84 указанного украинского Закона⁷. Реорганизация является способом прекращения общества. Во время поглощения же такое лицо может остаться. Более того, указанные формы реорганизации не отражают всего многообразия экономических форм реструктуризации.

Определение реорганизации как сложного юридического состава является важным во время решения вопроса об ее обжаловании. Ибо реорганизация — это состав, содержащий несколько действий, даже при условии их разного юридического значения. Во время оспаривания реорганизации могут признаваться недействительными исключительно отдельные юридически значимые действия, входящие в ее состав, но не сама реорганизация в целом. Оспаривание же действий, не имеющих самостоятельного юридического (гражданско-правового) значения, и вовсе невозможно; если таковые были совершены ненадлежащим образом либо же не были совершены вовсе, есть основание рассуждать об отсутствии таких действий и, следовательно, о том, что фактический «реорганизационный» состав остался незавершенным⁸.

Для того чтобы препятствовать реорганизации АО, необходимо владеть пакетом акций, что обеспечивает $\frac{1}{4}$ часть голосов на общем собрании акционеров, на котором обсуждается соответствующий вопрос. Оставляя в стороне проблему о целесообразности такого подхода, необходимо указать, что на практике соответствующие нормы являются значительными гарантиями соблюдения интересов акционеров, препятствующих реорганизации АО. Также для защиты права акционеров законодательство устанавливает систему правил, обеспечивающих правомочие акционеров на доступ к информации о реорганизации общества, а также их право требовать у общества выкупа части либо даже всех принадлежащих им акций.

Такое правило обусловлено тем, что реорганизация в значительной степени влияет на структурное и финансовое состояние реорганизуемого общества и может повлечь существенное изменение субъективного корпоративного права акционера либо даже его прекращение. В результате этого акционер может потерять интерес к участию в обществе-предшественнике (если оно остается после реорганизации); условия же реорганизации, предусматривающие прекращение корпорации-предшественника, могут оказаться такими, что не

7 Аналогичные нормы содержит Закон Республики Молдова «Об акционерных обществах» (гл. 19), Закон Российской Федерации «Об акционерных обществах» (ст. 15-17).

8 Корпоративное право: Актуальные проблемы теории и практики / под. общ. ред. В. А. Белова. — М. : Юрайт, 2009. — С. 484-485.

вызывают интерес акционеров к новым организациям-правопреемникам. Поскольку решение о реорганизации принимается абсолютным большинством голосов, то обоснованной является норма о выкупе акций по их рыночной стоимости по требованию акционеров.

Кроме реорганизационных процедур законодательство позволяет выделить и другие способы слияний и поглощений обществ, а именно: 1) создание на основе юридического лица дочернего или зависимого общества; 2) объединение юридических лиц в форме ассоциаций и других организационных форм; 3) приобретение одним обществом активов другого общества; 4) покупка акций общества (покупка акций с оплатой в денежной форме либо оплата акций с оплатой акциями или другими ценными бумагами).

Какое-либо слияние или поглощение АО, как в Украине, так и за ее пределами, невозможно без ряда способов, с помощью которых и достигается установленная цель. Как свидетельствует корпоративная практика, существует немало способов, применяемых юридическими и физическими лицами для слияния или поглощения АО. Их анализ предоставляет возможность проведения классификации по двум критериям:

- по непосредственному объекту, на который направлены действия поглотителя⁹: 1) установление контроля над менеджментом либо лицом, представляющим интересы собственника крупного пакета акций; 2) приобретение контрольного пакета акций; 3) банкротство компании с последующим приобретением ее активов; 4) установление контроля над активами;
- по правомерности действий и приемов, применяемых физическими и юридическими лицами¹⁰, на: способы дружественного поглощения; способы недружественного поглощения и противоправные способы поглощения АО.

Именно дружественное и недружественное слияние (поглощение) представляют собой особый интерес. Это вызвано механизмами осуществления соответствующих действий. Так, во время дружественного слияния (поглощения) руководящий состав и акционеры обществ поддерживают соответствующие действия (сделки) результатом чего является улучшение эффективности корпоративного управления. Во время недружественного слияния

9 Кравчук В. М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. — К. : Істина, 2005. — С. 661; Рябота В. В. Захист прав акціонерів при злитті та поглинанні акціонерних товариств в Україні : моногр. — К. : Вид. дім «Києво-Могилянська акад.», 2007. — С. 83-84;

10 Бочарова О. Способи поглинання акціонерних товариств / О. Бочарова // Підприємництво, господарство і право. — 2009. — № 10. — С. 150; Рябота В. В. Захист прав акціонерів при злитті та поглинанні акціонерних товариств в Україні : моногр. — К. : Вид. дім «Києво-Могилянська акад.», 2007. — С. 94.

(поглощения)¹¹, у руководящего состава либо у акционеров общества возникают антагонистические позиции относительно будущей сделки на основании потери существующей у них возможности влиять на управление обществом, либо возможности уменьшения ликвидности акций общества и их рыночной стоимости. Поэтому действия направленные на недружественное слияние (поглощение) являются основанием возникновения корпоративного конфликта. Такое утверждение основано на том, что в результате действий, осуществляемых без согласования с акционерами, особенно мажоритарным, либо с

11 Категория «недружественное поглощение» воспринимается в Украине, России и в западных странах по-разному, благодаря чему очень часто возникают разногласия в ее толковании. А. Д. Осинский утверждает, что приспособившая иностранную терминологию к отечественным реалиям, мы, как правило, считаем, что насильственный захват предприятия — это поглощение, причем поглощение недружественное, а приобретение контроля над АО путем мирной покупки контрольного пакета акций — это, наверное, слияние либо же дружественное поглощение // Осинский А. Д. На баррикадах корпоративных конфликтов. Часть I. Все на продажу. — СПб. : Изд-во ДНК, 2006. — С. 23. Нами эта категория воспринимается как противоправные либо недобросовестные действия направленные на приобретение (захват) контроля над обществом. На Западе эта же категория в преимущественном большинстве случаев обозначает законную и добросовестную скупку инвестором акций, находящихся в свободном обороте, в условиях противодействия таким действиям со стороны прежде всего менеджмента общества, а иногда — собственников значительных, но не контрольных пакетов акций.

В юридической литературе отмечено, что недружественное поглощение является установлением над компанией полного контроля вопреки воли менеджмента и/или собственников // Ионцев М. Г. Корпоративные захваты: слияния, поглощения, гринмейл. — М., 2006. — С. 10. Указанная позиция получила последующее развитие, в связи с чем враждебным поглощением можно называть получение контроля над обществом, осуществленное вне воли участников (акционеров) общества либо органа, уполномоченного законом или уставом решать вопросы о согласии на поглощение, при условии, если он действовал в интересах акционеров и общества в целом // Рябота В. В. Захист прав акціонерів при злитті та поглинанні акціонерних товариств в Україні : моногр. — К. : Вид. дім «Кієво-Могилянська акад.», 2007. — С. 97; Дanel'ян А. А. Корпорация и корпоративные конфликты / А. А. Дanel'ян. — М. : Камерон, 2007. — С. 60. Под недружественным поглощением юридических лиц А. А. Бегаева предлагает понимать совершение различных гражданско-правовых и других предпринимательских сделок и процессов, осуществляемых против воли акционеров (участников) общества, руководящих органов юридического лица, направленных на перераспределение корпоративного контроля в поглощаемом обществе и (или) получение контроля над активами, основными средствами поглощаемого юридического лица // Бегаева А. А. Корпоративные слияния и поглощения : проблемы и перспективы правового регулирования / А. А. Бегаева ; отв. ред. Н. И. Михайлов ; Российская акад. наук, Ин-т государства и права. — М. : Инфотропик Медиа, 2010. — С. 166. Фактически речь ведется, при условии такого толкования, об отсутствии волеизъявления поглощаемого лица, в отношении передачи контроля над ним поглощающему лицу.

нарушением процедуры (некоторых несогласований с органами управления) могут быть нарушены их права либо законные интересы.

Технологии, применяемые во время недружественного поглощения, могут иметь как явно незаконный характер, так и создавать видимость применения законодательных норм. К таким способам, непосредственно, относят:

- 1) формирование параллельных органов управления либо незаконное проведение собрания акционеров общества и принятие решений, связанных с заменой генерального директора и наблюдательного совета поглощаемого общества, принятие решения об одобрении значительной сделки по отчуждению объектов недвижимости либо ценных бумаг, находящихся на балансе общества; внесение изменений в учредительные документы поглощаемого общества. Так, для создания параллельных органов управления в обществе захватчики проводят внеочередное общее собрание акционеров с повесткой дня, содержащей, как правило, вопрос об избрании новых органов управления общества — генерального директора и (или) наблюдательного совета. Также во время избрания новых органов управления, особенно генерального директора, захватчики дополнительно направляют письма в банки, налоговые органы, основным партнерам общества, органов регистрации, в которых уведомляют об изменении генерального директора, что, несомненно, приводит к дестабилизации деятельности общества;
- 2) создание параллельных реестров акционеров и осуществление иных манипуляций с ним, например, когда регистратор (по договоренности с захватчиком) осуществляет незаконное списание акций с лицевого счета собственника контрольного пакета, открытого в реестре акционеров;
- 3) препятствование акционеру осуществить субъективное корпоративное право, в т. ч. и правомочие на участие в управлении обществом. Для препятствования акционеру в осуществлении правомочия по голосованию на общем собрании, как правило, используются обеспечительные меры, предусмотренные гражданским и хозяйственным законодательством. Наиболее часто используемым обеспечительным способом для блокировки осуществления акционером голосования является запрет ему голосовать определенным количеством принадлежащих ему акций по отдельным вопросам повестки дня. Как правило, обеспечительный способ сопровождается наложением ареста на акции с целью недопущения возможности акционеру передать акции другому акционеру либо третьему лицу;
- 4) уменьшение доли участия акционеров в уставном капитале АО. Сущность этого способа состоит в том, что акционерами принимается решение о выпуске привилегированных акций. В соответствии с Законом Украины «Об акционерных обществах» АО имеет уставный капитал, разделен-

ный на определенное количество акций¹². Акционер, принимающий участие в общем собрании, владеет определенным количеством голосов по принципу «одна акция — один голос». Привилегированные акции по общему правилу право голоса не предоставляют, за исключением случаев предусмотренных законом. Этим и пользуются во время «размывания» пакета акций;

- 5) незаконное приобретение прав на акции общества. Для приобретения прав на акции захватчики подделывают передаточное распоряжение или фальсифицируют договор, на основании которого акционер как бы осуществил отчуждение акций в пользу третьего лица (захватчика) с последующим списанием акций со счета акционера в реестре;
- 6) использование процедуры банкротства АО;
- 7) препятствование осуществлению деятельности АО. Часто обеспечительные способы являются неотъемлемым инструментом, используемым захватчиками во время корпоративного конфликта. В литературе¹³ указывается, что обеспечительные меры — это, с одной стороны, очень эффективный способ защиты прав и интересов сторон, но с другой стороны — это и возможность злоупотребления процессуальными правами с целью причинения серьезных экономических убытков своим контрагентам;
- 8) подкуп генерального директора общества миноритарным акционером либо внешним инвестором с целью заключения с АО сделок по распродаже наиболее ценного имущества, уступке прав, выдаче гарантий и т. д.;
- 9) судебное обжалование решений, действий органов управления общества с целью возложения разных запретов. Задача захватчика состоит не в том, чтобы решить спор по существу в органах судебной власти, а для того чтобы применить «необходимые» для захватчика обеспечительные меры. Такими действиями являются: обжалование действий генерального директора, что может вызвать наложение ареста на пакет его акций в обществе; оспаривание какой-либо сделки, совершенной генеральным директором, с помощью чего можно наложить арест на активы общества, банковские счета и т. д.;
- 10) создание напряженной, дестабилизирующей ситуации в обществе среди акционеров с распространением информации о будущем банкротстве общества, о возможном поглощении общества и т. д. Указанные действия являются необходимыми для влияния на уменьшение стоимости акций общества и осуществления их скупки.

12 Аналогичные нормы содержит Закон Республики Молдова «Об акционерных обществах» (ст. 2), Закон Российской Федерации «Об акционерных обществах» (ст. 2).

13 Кухарева О. А. Значение обеспечительных мер в защите прав акционеров / О. А. Кухарева // Вестник Волжского ун-та им. В.Н. Татищева. Вып. 41. Тольяти, 2004. — С. 73.

На основании указанного возникает вопрос относительно так названного волеизъявления поглощаемого лица. При условии отнесения конкретного поглощения к классу добровольного или враждебного остается два основных вопроса: 1) какой из органов общества «дает согласие» на поглощение; и 2) какой орган решает, действительно ли поглощение состоится «во благо и по согласию собственников»¹⁴. Действительно, предложение о поглощении может поступить: 1) только руководству общества; 2) только акционерам или 3) одновременно и первым, и вторым.

Учитывая первый вариант развития событий, у руководства возникает конфликт интересов — с одной стороны, изменение контроля над обществом может негативно повлиять на его последующее трудоустройство в обществе, с другой — руководство обязано действовать в интересах общества в целом и его акционеров. То есть руководство должно не переживать за сохранность своих рабочих мест, а всесторонне рассмотреть предложение о поглощении и предоставить акционерам право решать вопрос о согласии или несогласии.

В соответствии со ст. 92 ГК Украины, юридическое лицо приобретает гражданские права и обязанности и осуществляет их через свои органы, действующие в соответствии с учредительными документами и законом¹⁵. Орган или лицо, которое в соответствии с учредительными документами или законом выступают от имени юридического лица, обязаны добросовестно и разумно действовать в его интересах и не превышать своих полномочий. Поэтому полномочия органов управления АО должны определяться его уставом. Это обозначает, что, принимая устав или избирая конкретных лиц в состав органов управления, акционеры заранее соглашаются с решениями, принятыми такими лицами в рамках их полномочий.

В соответствии с Первой Директивой ЕС, для третьих лиц полномочия коллегиального исполнительного органа ограничиваются не уставом, а общей правосубъектностью юридического лица. То есть волеизъявление исполнительного органа приравнивается к волеизъявлению общества в целом. Указанную концепцию следует воспринимать с двумя оговорками: во-первых, такая «неограниченность» компетенции исполнительного органа, тем не менее, касается только вопросов руководства текущей деятельностью общества, а во-вторых, компетенция все же является ограниченной в случаях, когда волеизъявление общества не может быть реализовано иначе, чем через другие органы управления. Например, в зависимости от способа поглощения, вопрос о целесообразности либо нецелесообразности поглощения может принадлежать к компетенции разных органов. Вопрос о принятии предложения в отношении поглощения в классическом понимании (приобретение контрольного пакета

14 Рябота В. В. Захист прав акціонерів при злитті та поглинанні акціонерних товариств в Україні : моногр. — К. : Вид. дім «Кієво-Могилянська акад.», 2007. — С. 95.

15 Аналогичные нормы содержит Гражданский кодекс Республики Молдова (ст. 61), Гражданский кодекс Российской Федерации (ст. 53).

акций) может решаться акционерами через высший орган общества (если акции должны быть выкуплены по решению общего собрания и перепроданы поглотителю) и индивидуально (если поглотитель проводит простую скупку акций «на проходной завода»). В случае же, когда акции уже есть в распоряжении общества и исполнительный орган имеет право их реализовать, размещение их поглотителю осуществляется без согласия акционеров.

При подготовке недружественного поглощения АО искусственное создание корпоративного конфликта рассматривается заинтересованными лицами как один из приемов, применение которого позволяет дестабилизировать работу субъекта хозяйствования, что используется далее для его поглощения¹⁶. В случае недружественного слияния (поглощения) объектом выступает позитивный корпоративный контроль, а предметом — юридическое объединение и реорганизация корпорации-инициатора и корпорации-цели в форме слияния или присоединения.

Агрессивная скупка акций (недружественное поглощение) — это приобретение у других акционеров контрольного пакета акций без ведома и согласия менеджмента общества. Последствиями такого поведения станут значительные изменения в составе акционеров, изменение управленческого блока компании и реформирование состава совета директоров¹⁷ (по законодательству Украины — наблюдательного совета). Неблагоприятными последствиями для акционеров, не желающих продавать свои акции в АО, являются ослабление влияния во время формирования органов управления, изменение политики выплаты дивидендов и уменьшение доходов по акциям.

Процесс слияния (поглощения) может осуществляться инвестором лично, но на практике к этой процедуре привлекаются специализированные компании - брокерские фирмы, имеющие необходимую лицензию на профессиональное осуществление деятельности на рынке ценных бумаг. В таком случае минусом для реальных акционеров является невозможность своевременно понять, кто непосредственно инициатор процесса скупки.

Наиболее жесткий способ недружественного поглощения — это прямая атака кредитора на понравившееся ему общество. В этом случае организация, нацеленная на общество, не имея с ним договорных отношений, но имея значительный бюджет, активно скупает долги общества. После того как организация-агрессор наберет достаточно большую задолженность, она подает иск в хозяйственный суд. По сути у общества-должника остается всего один месяц на погашение задолженности, поскольку в соответствии с ч. 2 ст. 12 Закона Украины «О восстановлении платежеспособности должника либо

16 Бочарова О. Способи поглинання акціонерних товариств / О. Бочарова // Підприємництво, господарство і право. — 2009. — № 10. — С. 150.

17 Андреева А. Р. Правовое регулирование корпоративных конфликтов по законодательству Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. Р. Андреева. — Российский государственный гуманитарный университет, М., 2011. — С. 99.

признании его банкротом» подготовительное заседание суда проводится не позднее четырнадцатого дня со дня вынесения определения о принятии заявления о возбуждении дела о банкротстве, а при наличии уважительных причин (осуществление уплаты денежных обязательств кредиторам и др.) — не позднее тридцатого дня. Даже при наличии действующего производства и дебиторской задолженности в такой короткий срок погасить существующую задолженность сможет не каждое общество.

Следует указать, что в соответствии со ст. 1 Закона Украины «О восстановлении платежеспособности должника либо признании его банкротом» должником признается юридическое лицо, неспособное выполнить на протяжении трех месяцев свои денежные обязательства после наступления установленного срока их выполнения, подтвержденные судебным решением, которое набрало законную силу, и постановлением об открытии исполнительного производства. В таком случае у агрессивно настроенного поглотителя возникает возможность, после открытия производства по делу о банкротстве, выступить в роли санатора, в результате чего имущественный комплекс АО переходит в его управление. Такие действия могут вызвать негативную реакцию акционеров поглощаемого общества, что, как правило, проявляется в совершении действий направленных на противодействие недружественному поглощению, что и будет основанием возникновения корпоративного конфликта.

Выводы. Отношения, существующие в процессе дружественного слияния и поглощения, не являются корпоративным конфликтом, поскольку основаны на взаимном волеизъявлении сторон. Действия же направленные на недружественное слияние либо поглощение, сопряженные с нарушением субъективного корпоративного права акционеров, их законных интересов и интересов органов управления АО, могут вызвать противодействие со стороны указанных лиц и быть причиной возникновения корпоративного конфликта.

Обращаем внимание на некоторую непоследовательность ученых¹⁸ современного периода, которые вопреки логике приводят тезис о том, что «недружественное поглощение» является только разновидностью корпоративных конфликтов. Ошибка в таком утверждении состоит в невозможности изучения «недружественного поглощения» как корпоративного конфликта, поскольку соответствующие действия могут быть признаны исключительно в качестве причины возникновения конфликтной ситуации в АО.

18 Данельян А. А. Корпорация и корпоративные конфликты / А. А. Данельян. — М. : Камерон, 2007. — С. 54.

ȘTIINȚE PENALE

CRIMINAL SCIENCES

CRIMINOLOGICAL PORTRAIT OF WOMAN — VICTIM OF DOMESTIC VIOLENCE

Oxana ROTARI, Doctor of Law, Associate Professor, ULIM

According to estimated statistics in Europe if one in five women is rampant in the family, then in the U.S. every 15 seconds a woman is beaten. More than 60 million women have died as a result of partner violence, 75% by following to be abused by him even after breaking the relationship. So if 16% complained the episode of domestic violence to the police, 15% discussed with a medical professional when only 9% have asked legal advice. By following question arises: what is domestic violence?

Keywords: *abuse, violence, family abuse, injury.*

PORTRETUL CRIMINOLOGIC AL FEMEII-VICTIMA A VIOLENȚEI DOMESTICE.

Conform datelor statistice estimate daca in Europa una din cinci femei este agresata in cadrul familiei, atunci in SUA la fiecare 15 secunde o femeie este batuta. Mai mult ca atat, circa 60 milioane de femei au decedat ca urmare a violentei partenerului, 75% urmind a fi agresate de catre acesta si dupa ruperea relatiei. Si daca 16% au reclamat epizodul de violenta domestica la politie, 15% au discutat cu un cadru medical atunci doar 9% au solicitat consultanta juridica. Prin urmare apare intrebarea: ce reprezinta violenta domestica?

Cuvinte-cheie: *maltratatare, violenta, familie, abuz, prejudiciu.*

“...Human rights must be part of global education and human dignity, and all physical or mental violence issues against human person are a violation their rights.”

EUROPEAN PARLIAMENT, resolution from 11.06.1986

The concept of domestic violence first appeared in the 70's of the last century for defining violence and abuse of male to his partner, this type of domestic violence involves various forms of aggression: physical, sexual, psychological, economic.

Roman Encyclopedic Dictionary defines violence as: “a vice of consent, which involves Mental constraint exercised by the one person to lead it into making a legal act”.

In the opinion of Stark and Flitcraft: «domestic violence represents an threat or a challenge, spent in present or in the past, a physical injury in the relationship between the social partners, regardless of their legal status or home. The physical

or sexual attack may be accompanied intimidation or verbal abuse, destruction of property belonging to the victim, isolation from friends, families and other potential sources of support, threats made to the victim other significant persons, including children, theft, control over money, personal belongings of the victim, food, displacement, phone and other sources of care and protection”.

“Declaration on the Elimination of All Forms of Violence against Women” adopted by the ONU in 1993 defines domestic violence as any act by which is caused harm: physical, sexual, psychological or suffering to women, including threats. Acts as privation of liberty, whether confinement occurs in public or private space.

According to the United Nations Conference on Human Rights which was held in Vienna in 1993, violence against women includes the following forms:

- physical, sexual and psychological produced in the family (beatings, violence linked to various forms of exploitation, sexual abuse of women, marital rape, female genital mutilation);
- physical and mental violence occurred in the community (rape, sexual abuse, sexual harassment, intimidation at work, trafficking in women and forced prostitution);
- physical, sexual and psychological committed or protected by state institutions.

We can mention that violence against women include violation of women’s rights in the context of human rights in situations of armed conflict (especially war crimes), rape, sexual slavery and coercion to remain pregnant and give birth to children, and constraint forced abortion, forced constraint of contraceptive use, child killing of woman sex and prenatal sex selection.

According to Article 2 of RM Law on domestic violence prevention and combatting if from 01.03.2007 (effective from 18.09.2008) domestic violence is any intentional action or inaction, except for self-defense or defense of shares of other persons, physically or verbally manifested through physical, sexual, psychological, spiritual, economic or by causing material or moral damage, committed by a family member against other family members, including against children and against common property or personal. In this context we distinguish:

physical violence — the intentional infliction of bodily integrity or health by hitting, pushing, tossing, hair pulling, pinching, cutting, burning, choking, biting, in any form or by any intensity, by poisoning, intoxication or other actions with similar effect;

sexual violence — means any violence with sexual or other unlawful sexual conduct in the family or other interpersonal relationships, such as marital rape, prohibiting the use of contraceptives, sexual harassment, any unwelcome sexual conduct imposed, forced prostitution; any illegal sexual conduct against a minor family member, including fondling, kissing, laying the body and other unwanted touching of a sexual nature, or any other similar actions;

psychological violence — is imposing the will or personal control by causing tension and mental suffering by offense remarks, swearing, insults, nicknames, blackmail, destruction demonstration objects, verbal threats by ostentatious display of weapons or by hitting domestic animals, neglect, involvement in personal lives, acts of jealousy, imposing isolation through detention, including the family home, isolation from family, community, friends, professional achievement, prohibiting attendance at educational institutions; dispossession of identity, deprivation of access to information, and other similar actions;

spiritual violence — underestimate or minimize the importance of meeting the moral and spiritual needs by prohibiting, ridicule, penalty aspirations of family members, by prohibiting, limiting remarks, ridicule or punishment of access to cultural, ethnic, linguistic or religious tax an unacceptable personal value system, or other similar actions with similar repercussions;

economic violence — deprivation of economic resources, including primary deprivation of livelihood such as food, medicine, basic necessities, abuse of a position of superiority to steal personal property, prohibition of the right to possess, use and dispose the common property, unfair control over goods and common resources; refusal to support the family, imposing hard labor and harmful in detriment of health, including a minor family member, other similar actions;

moral damage — the act of causing suffering to a family member, including a child, in the family or other interpersonal relationships, that leads to humiliation, fear, inability defense against physical violence, the feelings of frustration;

pecuniary damage — that can be evaluated or estimated financial / monetary resulting from any act of domestic violence, cohabiting, and costs for dealing with cases of domestic violence.

Depending on geographical Area 20 to 50 percent of women are victims of domestic violence, 10% to 25% being forced to have sex with their partner. So, marital rape is a determinant for suicide. We can mention just few examples that are given: the EU rate of women-victims of domestic violence who kill themselves is 12% in the U.S. range from 35% to 40% in Sri Lanka when it is 55% (women having age 15–25 years). Therefore countries like Australia, Austria, Barbara, Canada, Cyprus, Dominican Republic, Ecuador, France, Germany, Mexico, Russia, Spain have adopted laws against marital rape.

Family as Balzac said is the cell of the society. Certain families in which are manifestation of domestic violence becomes less transparent and open social environment immediately extended family, neighbors, friends, colegii. Are becoming obvious social isolation of these families, though gain esteem in the eyes of others, a sense of esteem and guilt that makes them isolate. The husband bans the wife to maintain social relationships in which she could confess her suffering and could possibly get help.

Domestic violence usually occurs within an intimate relationship, restricted space and private actions accompanying violence are: intimidation and manipulation,

isolation and seizing control of money and abuse of children. Defined as a behavioral act, domestic violence carries an instrumental, intentionally, learned character.

Within his instrumental behavior abuser gets from the victim what he wants, behaviors become functional if they have results. If the behavior's results do not meet expected ones for those who apply it — tends not to be repeated after a period of time when tolerated violent behavior through inaction persists and gets worse.

The intentional behavior is produced with the intention of obtain control and domination, to maintain power, usually characterized by the intention that the abuser does not recognize, but can be identified by the results they produce.

Learned is a type of behavior in which the partner is not born with it. Remember about violence that, according to the inter-psychological theory (author Gabriel Tarde) deviant behavior is imitated, so children learn by imitation representing the family model that is a learned/perceived value. As argument we use those 70% of offenders who come from families where violence was applied.

What are the specific elements that differ family violence from other forms of assault? If they had been categorized, they were:

- the permanent access of the aggressor to his victim;
- existence of a cycle of violence (repetition time, with increasing frequency and the increasing severity);
- changes in the personality of the those involved with lower efficiency in fulfilling their social function;
- emotional relations between the two partners become dormant;
- privacy, which makes the victim have less access to sources of support;
- the tend of others not to intervene, the social tolerance phenomenon;
- aspects of torture of the victims;
- lack of specialist and corresponding services ;
- usually 91% of domestic violence victims are women, so violence is rooted in gender inequality both in traditional structures and institutionalized power.

In XXI century violence was a serious threat to human rights, and to the extent in which has negative consequences on health, the right to life and the right of each individual to be treated with respect. By result in a family of persistent violence children grow up in an atmosphere where their basic needs (need for safe, orderly life, love and so on) are deeply neglected. So, the main function of the family, as raising children becomes distorted with large and dramatic consequences for the future times, a victim of violence becomes less able to provide care for the child's needs from the possible physical and social dangers.

In an atmosphere of violence a child is often neglected, making him develop behaviors that make him recognizable from among others:

- *physical problems*: unexplained illnesses exposed to accidents both at home and outside the home, slower physical development;
- *mental-emotional problems*: increased anxiety, feelings of guilt, fear of abandonment, isolation, anger, fear and death;

- *psychological problems*: self-doubt, depression, happier life comparison with colleagues;
- *behavior problems*: aggression or passivity from others aggression, problems sleeping, fighting, running away from home, pregnancies at young age, mutilation, drug and alcohol;
- *school issues*: confidence, sudden changes in school performance, lack of concentration, lack of manners school, identifying with negative heroes.

According to the study “grow up in RM” conducted by UNICEF in RM about half of the parents surveyed considered as an acceptable form of punishment spanking children, when 10% were of the opinion that there are times when physical punishment is required. In the same study 1/3 of the children surveyed confessed they are beaten in the family, 40% being slapped, threatened with physical abuse 25% and 33% were verbally abused by teachers, 13% were undergoing of a physical punishment.

In Moldova studies about children’s relationships with their parents were not undertaken, when a ONU study found that children in difficulty by public opinion are: alcoholism (71%), lack of parental responsibility (66%), family disruption (64%) are the main causes of difficulty in which live children.

Study results show that 35.42% of street children leave their family home because of violence occurred between parents, 2% due to sexual abuse, 39% of street children reported that at least one of the parents were alcoholics, 40% came from dysfunctional families.

Recent research shows that usually is associated with childhood physical violence, whether personal experience (41% of women and 59% men being abused in childhood) or as defining relationships between parents (25% of women and 26% of men witnessed parental violence in childhood).

Like an iceberg domestic violence consists of two parts: *the visible* (family disagreements, inability peaceful resolution of conflicts, poverty, alcohol and drugs) and *the less visible* (habit of using force in order to achieve their goal; consider family law matters socially taboo; lack of social protection of the victims from domestic violence; gender inequalities in society; hierarchical relationships within the society).

So on, domestic violence is a serious social problem, hidden in the same time. Violence and abuse within the family is a serious problem with adverse effects on the targeted ones. These is the reasons why domestic violence is unacceptable and we must do everything possible to prevent and combat it. For example of this we can serve Norway which launched back in November 1999 the government plan of action about violence against women.

In 2002 was established a post for coordinating family violence issues in every districtal police office in Norway, meant to support police efforts to prevent domestic violence.

In January 2004 was established the Norwegian Centre for Studies on Violence and Traumatic Stress, and later in June 2004 to be implemented the action plan against domestic violence which endorses around 30 goals, namely:

- improving the level of cooperation and knowledge in support services;
- attracting increasing attention from domestic violence and its prevention by changing the attitude;
- ensuring that victims of domestic violence receive support, protection and social support;
- interruption of domestic violence by strengthening treatment programs for perpetrators of domestic violence.

In this context we mention that in Norway operates about 50 shelters that provide protection for children and women physically abused, being allocated: 20 % of local funds and 80% of the state.

According to Law No. 45 from 01.03.2007 on preventing and combating domestic violence, the authorities and institutions responsible for preventing and combating domestic violence in Moldova are:

- a) specialized central public administration authorities (Ministry of Labour, Ministry of Social Protection and Family, Ministry of Education, Ministry of Health, Ministry of Internal Affairs, Ministry of Justice).
- b) specialized local authorities:
 - sections/departments of social assistance and family protection;
 - general education, youth and sport;
 - healthcare organizations;
 - internal affairs;
- c) commissions for social problems besides local authorities;
- d) centers/services for the rehabilitation of victims and aggressors;
- e) other organizations working in this field.

The main regional centers to support women in Moldova are:

- Honor and women's rights, Balti;
- Association of Business Women Femida, Cahul;
- Association of Gagauz women, Comrat;
- Woman-equal partner Nincesti;
- Youth Resource Center "Dacia", Soroca.

References:

- 1) Declaration of elimination of all forms of violence against women. ONU, 1993.
- 2) Law on preventing and combating violence in family. In: MO No.55-56 of 18.09.2008;
- 3) I. Creanga, C. Gurin. Rights and fundamental freedoms. Guarantee scheme. Chisinau, 2005;
- 4) I. Guceac. Basic course of constitutional law. Chisinau, 2004;
- 5) V. Zubco, M. Avram, I. Margineanu, T. Popovici, R. Botezatu. Protection of human rights in applying coercive measures. Chisinau, 2006;
- 6) N. Purda. Protection of human rights. Internal and international mechanisms. Bucuresti, 2001;
- 7) O. Rotari. Criminology. Chisinau, 2011.

UNELE ASPECTE DE ORDIN GENERAL PRIVIND ESENȚA ȘI PARTICULARITĂȚILE ACTIVITĂȚII SPECIALE DE INVESTIGAȚII

Vladimir FOȘNEA

Vitalie SÎLI, doctor în drept

Activitatea de detectare a infracțiunilor și de prevenire este una dintre cele mai principale activități ale statului, realizată de către organe competente. Datorită particularităților care caracterizează acest tip de activitate, este necesară adoptarea unor proceduri specifice, care ar putea oferi posibilități de realizare a autorității acestor organe.

Cuvinte cheie: detectare, prevenirea infracțiunilor, infracțiuni, activitatea specială de investigații, securitatea statului, drepturile omului și protecția libertății, măsuri speciale de investigare, autorizarea măsurilor speciale de anchetă.

SOME GENERAL ASPECTS OF ESSENCE AND CHARACTERISTICS OF SPECIAL INVESTIGATION ACTIVITY.

The activity of crimes detection and prevention is one of the most principle activities, which should be realized by eligible state organizations. Due to peculiarities, which characterize this type of activity it is necessary the adoption of some specific procedures, which could offer large possibility to eligible organizations to accomplish their authority. Therefore the Law of special activity of criminal investigations was adopted. The goal of this law is criminal attempts detection; crimes prevention and identification of persons, who organize and/or commit them; crimes detection and investigation; raid of missing people or those, who are lie in hiding from penal or juridical penalties; raid of people who are hiding from punishment execution, gathering information about possible events and/or actions which can cause danger to state security.

Keywords: detection, crimes prevention, crimes cut short, special investigation activity, special investigation activity persons, state security and public law protection, human rights and freedom protection, special measures of investigation, authorization of special measures of investigation, goals of special measures of investigation.

Combaterea criminalității este una din principalele sarcini ale statului, pentru realizarea practică a căreia sunt necesare organe competente abilitate cu drepturi și împuterniciri în acest sens. Activitatea criminală, în special cea intenționată, în marea majoritate a cazurilor, este desfășurată în mod clandestin, cu adoptarea unor măsuri orientate spre ascunderea indicilor care pot conduce la depistarea ei. În afară de aceasta, criminalii întreprind acțiuni de camuflare a activității ilicite sau de distrugere a urmelor infracțiunilor comise. Evident că totalitatea măsurilor întreprinse de infractori complică esențial înfăptuirea justiției, restabilirea echității sociale, prevenirea și combaterea cri-

minalității, sancționarea și reeducarea persoanei vinovate etc. Opunerea infractorilor activității legale a organelor de drept, precum și ignorarea insistentă a prevederilor legale și neacceptarea unui comportament în limitele legii, impune acordarea posibilităților de îndeplinire eficientă a atribuțiilor de către organele statale.

Totuși, existența organelor abilitate cu funcții de monitorizare, investigare și cercetare a fenomenului criminal, în diversitatea formelor sale de exteriorizare, nu este suficientă. Pentru a asigura funcționalitatea organelor menționate mai este necesară reglementarea atribuțiilor, drepturilor, îndatoririlor și obligațiilor care le revin.

De faptul cât de corect vor fi reglementate particularitățile depistării, prevenirii și combaterii criminalității depinde decisiv succesul activității respective.

La data de 29 martie 2012 Parlamentul Republicii Moldova a aprobat Legea organică nr. 59 privind activitatea specială de investigații. În cele ce urmează ne vom referi la unele considerente de ordin general ce țin de aplicarea în practică a legii nominalizate și care, sperăm, ar fi utile pentru subiecții care efectuează ASI.

În anii '60 ai secolului trecut, odată cu aprobarea codurilor penale și procesul-penal ale republicilor din fosta URSS, când la nivel legislativ pentru prima dată a fost utilizată sintagma „măsurile operative de investigații” (MOI), desfășurarea lor fiind atribuită organelor de cercetare prealabilă, a fost introdusă în uz și noțiunea „activitate operativă de investigații” (AOI). Până atunci în publicațiile de specialitate era utilizată sintagma „activitate operativă”, iar în studiile de criminalistică cea de „activitate investigativă”. Noțiunea de AOI va fi utilizată în practica activității organelor de drept pînă pe 8 decembrie 2012, când va intra în vigoare Legea privind activitatea specială de investigații.

Conform Legii nominalizate, „Activitatea specială de investigații reprezintă o procedură cu caracter secret și/sau public, efectuată de autoritățile competente, cu sau fără utilizarea echipamentelor tehnice speciale, în scopul culegerii de informații necesare pentru prevenirea și combaterea criminalității, asigurarea securității statului, ordinii publice, apărarea drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor, descoperirea și cercetarea infracțiunilor”. Din cele expuse rezultă că scopul activității speciale de investigații este formulat în lege într-o formă succintă, generalizată, constînd în:

1. culegerea de informații necesare pentru prevenirea și combaterea criminalității;
2. asigurarea securității statului și ordinii publice;
3. apărarea drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor;
4. descoperirea și cercetarea infracțiunilor.

Legiuitorul a specificat doar obiectivele principale ale apărării: persoana, proprietatea, societatea, statul și a pus accentul pe asigurarea protecției lor de atentate ilicite. În calitate de mijloc de atingere a scopului trasat legiuitorul a nominalizat două forme speciale — asigurarea și apărarea. În opinia noastră apărarea ține de persoană, cetățean și proprietate. Cu alte cuvinte, poate fi vorba de protejarea intereselor unei persoane aparte sau a unui grup de persoane. Cît privește societatea și statul, care

reprezintă un domeniu mult mai vast, la fel de important pentru societate, cetățeni și stat, este mai rezonabil de a utiliza o așa formă, ca *asigurarea*. Împreună, aceste noțiuni determină, în fond, caracterul, conținutul și liniile directorii ale activității speciale de investigații.

Generalizând, putem conchide că *scopul* activității speciale de investigații constă în *asigurarea* intereselor statului, a suveranității și integrității lui teritoriale, precum și în *apărarea* drepturilor, libertăților și intereselor legitime ale persoanelor fizice și juridice, a tuturor formelor de proprietate contra atentatelor criminale.

Din Legea nr. 59 rezultă că activitatea specială de investigații este întreprinsă în privința unor activități care pot fi calificate drept infracțiuni. Din aceste considerente accentul urmează să fie pus pe culegerea de informații despre acțiuni în care se conțin indicii unor crime. Nu poate fi considerată activitate specială de investigații apărarea obiectelor care nu sînt stipulate în Codul penal, precum și obținerea informațiilor despre indicii activităților, care constituie contravenții administrative, abateri disciplinare, delict de drept civil. Dacă în cadrul activității speciale de investigații sînt atinse asemenea scopuri, ele poartă un caracter secundar și contribuie la realizarea obiectivelor politicii de drept a țării în ansamblu. Deseori, doar în procesul activității speciale de investigații și a investigațiilor ulterioare, se poate stabili dacă este comisă o crimă sau un alt delict, se conțin sau nu în acțiunile făptuitorului elementele componente de infracțiune. De aceea, faptul infracțiunii și trăsăturile ei la etapa inițială sînt doar prezumate.

Activitatea specială de investigații poartă, de regulă, un caracter de conflict, rezultat din necorespunderea scopurilor și intereselor subiecților și obiecților acestei activități. Subiecții activității speciale de investigații tind, primordial, spre depistarea și descoperirea infracțiunilor, depistarea și identificarea persoanelor implicate în comiterea lor, iar scopul obiecților este de a se eschiva de răspundere, de a se ascunde de justiție. În aceste condiții, cînd la etapa inițială nu este clar statutul procesual al obiecților activității speciale de investigații, iar vinovăția lor nu este stabilită, conținutul acesteia include un șir de principii care sînt nemijlocit îndreptate la asigurarea drepturilor și libertăților personalității (omului și cetățeanului) în cadrul exercitării activității speciale de investigații.

Prin chiar denumirea Legii, legiuitorul a stabilit că *ASI poate fi exercitată atît în teritoriul RM, cît și în afara lui*, însă în ultimul caz conținutul acesteia este reglementat de alte acte normative sau de acorduri internaționale. Un rol esențial în determinarea granițelor teritoriale ale ASI îl au, în particular, prevederile Codului penal, care extind acțiunea lui asupra cetățenilor RM și apatrizilor stabiliți permanent în Moldova în cazul comiterii de către aceștia a unor infracțiuni în afara republicii, asupra cetățenilor străini și apatrizilor care nu locuiesc permanent în RM și care au comis infracțiuni în afara RM, dacă infracțiunea comisă de ei este îndreptată împotriva intereselor Moldovei, precum și în cazurile prevăzute de acorduri internaționale, dacă cei din urmă nu au fost condamnați în statul străin [3, art.11]. Aceste principii din Codul penal reglementează exercitarea ASI în afara Republicii

Moldova în ordinea, limitele și condițiile acordurilor respective încheiate în cadrul colaborării internaționale în domeniul investigațiilor operative.

Astfel, un șir de acorduri și convenții internaționale (Convențiile ONU privind combaterea traficului substanțelor narcotice și psihotrope (1988), privind combaterea criminalității organizate transfrontaliere (2000) și a corupției (2003), Convenția CSI privind sprijinul juridic și relațiile juridice în cadrul dosarelor civile, familiare și penale (2002)) prevăd asemenea MSI ca controlul livrărilor, presupun realizarea de către statele participante a operațiunilor comune cu implicarea colaboratorilor confidențiali [2, art.15] efectuarea cărora este imposibilă fără o conlucrare internațională și o implicare a reprezentanților mai multor țări, în teritoriul cărora este comisă o asemenea infracțiune sau livrare. Semnând acorduri bilaterale, țările țin cont de interesele suveranității naționale și prevăd efectuarea ASI în teritoriul său numai de către organele lor de drept. Acest lucru este stipulat și în Legea nr. 59, care stabilește drept unul din temeiurile pentru efectuarea ASI interpelările organizațiilor internaționale și ale autorităților de drept ale altor state în conformitate cu tratatele internaționale la care RM este parte [2, art.19].

Pentru ca o activitate să fie definită drept specială de investigații este necesară prezența tuturor indicilor stipulați în Legea nr. 59. Lipsa doar a unuia din aceștia nu permite de a defini activitatea analizată drept specială de investigații, aceasta reprezentând un alt tip de activitate, permisă sau nu de legislație, care însă nu are nimic comun cu ASI. Realizarea de către structuri, care nu fac parte din cele specializate, enumerate în art. 6 al Legii nr. 59, a unor măsuri deschise, similare celor speciale de investigații, nu poate fi apreciată drept ASI, acestea constituind un element al activității particulare de detectiv, al activității administrative etc. Astfel, în cadrul activității de serviciu, colaboratorii poliției rutiere întreprind în mod deschis chestionarea, culegerea informațiilor, cercetarea încăperilor, edificiilor, porțiunilor de teren, mijloacelor de transport, urmărirea vizuală etc., care, însă, nu constituie ASI, ci sînt măsuri pur administrative. Totodată, colaboratorii nominalizați pot participa și la MSI împreună cu ofițerii de investigații din organele abilitate prin Legea nr. 59.

Nu poate fi apreciată drept ASI nici activitatea particulară de detectiv, aceasta conținând un șir de deosebiri esențiale, și anume: ea este exercitată nu de către subiecți ai ASI ci de persoane fizice și juridice, de întreprinderi și organizații, care dispun de licențe respective eliberate de Camera de Licențiere, și se întreprinde în scopul apărării intereselor legale ale clienților săi, avînd, cu alte cuvinte, alte obiective comparativ cu ASI. Este interzis de a întreprinde în cadrul activității date careva MSI atribuite prin lege în exclusivitate organelor de stat, subiecți ai ASI [2, art.6; 4, art.20]. Totodată, în cadrul acestei activități este permisă chestionarea verbală a cetățenilor și a funcționarilor publici cu acordul lor, culegerea informațiilor, cercetarea obiectelor și actelor (cu acordul în scris al posesorilor acestora), cercetarea exterioară a clădirilor, încăperilor și altor obiective, urmărirea vizuală. Aceste măsuri sînt întreprinse în altă ordine și cu anumite interdicții, care nu sunt stipulate în Legea nr. 59 [4, art.19, art.20].

În cazul întreprinderii unor activități care nu sînt stipulate în Legea nr. 59, a unor MSI de către persoane și instituții care nu sînt subiecți ai ASI, precum și al efectuării de MSI cu încălcarea atribuțiilor legale, a ordinii stabilite și/sau în scopuri care nu sînt stipulate de lege, suntem în situația de a constata indicii unor asemenea infracțiuni ca încălcarea inviolabilității vieții personale [3, art.177], violarea dreptului la secretul corespondentei [3, art.178], violarea de domiciliu [3, art.179] etc.

Esența ASI constă în stabilirea adevărului. Cu alte cuvinte, prin intermediul ASI, utilizînd inclusiv mijloace neprocesuale dar legale, fără a încălca drepturile persoanei, prin metode acoperite sau publice, este identificată persoana reală, care a comis infracțiunea sunt identificate căile posibile de a obține probe ce țin de infracțiunea în cauză. Prin intermediul ASI, efectuînd MSI prevăzute de Legea nr. 59 și utilizînd mijloace tehnice speciale, prin diferite combinații, jocuri psihologice sau operative, persoanele bănuite sau învinuite sînt determinate să renunțe la intențiile ilicite, să se autodenunțe, să întreprindă anumite acțiuni care ar putea contribui la demascarea lor. Din aceste considerente conținutul juridic al ASI este reglementat de normele CP și CPP și este aservit realizării scopurilor influenței penale și procesual-penale cu caracter de profilaxie.

Dacă ne referim la *conținutul ASI*, acesta include efectuarea MSI, lista cărora este strict limitată de Legea nr. 59. Însă ASI nu se reduce doar la procedura de efectuare a acestora, ea include, de asemenea, măsuri organizatorice, recurgerea la procedee și acțiuni tactice, măsuri cu caracter de logistică, de atragere la efectuarea MSI a persoanelor fizice și juridice, de utilizare a mijloacelor tehnice și a substanțelor chimice speciale care, în totalitatea lor, contribuie la desfășurarea unor MSI aparte sau unui grup de măsuri. Este important de reținut că atît măsurile organizatorice, cît și cele tactice și de logistică, poartă un caracter de subordonare vis-a-vis de MSI, adesea anticipîndu-le sau fiind consecințe ale acestora și decurg logic, tehnic și metodic din aceste măsuri.

ASI se exercită în mod public și/sau secret de către subdiviziunile specializate ale organelor de stat, împuternicite pentru aceasta prin Legea nr. 59, în limita competenței lor. Cînd vorbim de *modul secret*, ne referim la faptul că MSI se întreprind pe ascuns de persoanele neimplicate în aceste măsuri și în primul rînd pe ascuns de persoane, grupuri, organizații etc. în privința cărora sînt întreprinse. Aceasta permite de a neutraliza posibila reacție a celor din urmă, de a asigura securitatea participanților la MSI, eficiența măsurilor întreprinse, de a păstra în secret însăși faptul întreprinderii MSI, mijloacele și metodele utilizate.

Caracterul secret poate rezulta atît din oportunitatea practică, cît și din imposibilitatea de a înfăptui unele MSI în mod public, de a utiliza deschis anumite mijloace, metode sau participanți la măsură. Astfel, este interzis de a face publice informațiile despre persoanele care acordă sprijin organelor care exercită ASI, despre lucrătorii criptici ai acestor organe, cu excepția cazurilor stabilite de legislație. Numai acoperite pot fi asemenea MSI ca experimentul operativ, infiltrarea operativă, achizițiile de control etc.

Caracterul public presupune înfăptuirea MSI fără a ascunde scopul, conținutul și participanții atât de obiecții măsurilor, cât și de anturaj. MSI pot avea și un *caracter mixt*. Astfel, interceptarea convorbirilor telefonice, întreprinsă în baza unei cereri sau cu acordul persoanelor interesate, poartă un caracter secret numai pentru autorii apelurilor.

ASI este destinată soluționării următoarelor *sarcini*:

- 1) relevarea atentatelor criminale, prevenirea, curmarea infracțiunilor și identificarea persoanelor care le organizează și/sau le comit;
- 2) descoperirea și cercetarea infracțiunilor;
- 3) căutarea persoanelor dispărute fără urmă ori a celor care se ascund de organele de urmărire penală sau de instanța de judecată ori se eschivează de la executarea pedepsei;
- 4) colectarea de informații despre posibile evenimente și/sau acțiuni ce ar putea pune în pericol securitatea statului [2, art.2].

În conformitate cu ierarhia valorilor (personalitatea, societatea, statul), Legea a expus sarcinile ASI într-o anumită consecutivitate logică, primară fiind investigarea infracțiunilor, depistarea și deconspirarea acestora, urmată de măsuri de căutare și, în încheiere, obținerea de informații despre evenimente și activități. O asemenea consecutivitate în formularea sarcinilor ASI ține și de necesitatea întreprinderii primordiale a ASI în privința unor infracțiuni concrete, ea fiind dictată de pericolul real existent deja pentru societate, care este generat de infracțiuni în curs de pregătire, comitere sau deja comise și de persoane care le-au comis. Cât privește dobândirea de informații, necesitatea în ea este dictată de o amenințare cu impact asupra securității naționale, care nu este încă reală ci doar iminentă.

Sarcinile ASI formulate de legiuitor sînt specifice, ele contribuind ca activitatea în cauză să se deosebească de activitatea altor autorități publice. Nici un alt tip de activitate statală nu realizează sarcinile depistării infracțiunilor, căutării persoanelor, dobîndirii informațiilor despre amenințări cu impact asupra securității naționale a RM. În plus, nici o altă activitate nu dispune de acel arsenal de forțe, mijloace și metode prin intermediul cărora ar fi posibil de soluționat eficient sarcinile menționate.

De asemenea, între sarcinile ASI există o legătură reciprocă, fiind subordonate unui scop comun și unic. Totodată, ele au și un conținut individual, pot fi soluționate prin metode specifice doar lor. Astfel, informațiile despre amenințări cu impact asupra securității naționale, pot fi dobîndite inclusiv prin metode specifice, informative și contrainformative. Mai importante sînt sarcinile privind depistarea/ cunoașterea, prevenirea și contracararea/ înlăturarea infracțiunilor, precum și depistarea și identificarea persoanelor care le-au pregătit, le comit sau le-au comis. Această afirmație rezultă, în primul rînd, din definiția juridică a ASI, care are ca obiectiv principal protecția persoanei, proprietății, asigurarea securității societății și statului de atentate ilicite.

Sarcinile în cauză sînt expuse într-o anumită succesiune logică a activităților vizate. Pe primul loc e plasată *depistarea/ cunoașterea infracțiunilor*, ceea ce determină realizarea activității în cauză sub forma colectării de informații despre manifestări

ilicite cu caracter latent, despre acțiunile infractorilor conspirate profund și care, în aparență, nu poartă un caracter criminal.

Depistarea infracțiunii constituie unul din temeiurile de intentare a procesului penal. În cadrul desfășurării MSI se creează condiții pentru a înregistra oficial delictul în calitate de infracțiune și a aproba decizia procesuală privind intentarea procesului penal și efectuarea investigațiilor.

Prevenirea infracțiunii constă în realizarea de MSI și de alte activități în temeiul informațiilor operative, prin intermediul cărora este posibil de a nu admite comiterea unor activități ilicite, de a modifica comportamentul criminal al subiectului, de a nu admite consecințe periculoase pentru societate sau de a minimaliza efectul acestora.

În dependență de etapa de derulare a activității ilegale, la care au fost obținute datele operative utilizând mijloace și metode operative de investigație, este posibil, iar uneori chiar necesar, de a întreprinde măsuri de prevenire a infracțiunii la etapa de organizare sau de comitere a ei. În acest sens pot fi realizate măsuri de convingere a persoanei să se dezică de intenția de a comite infracțiunea, să renunțe la continuarea activității ilegale sau aceasta să fie reținută pentru comiterea unui alt delict. Prevenirea infracțiunilor în cadrul ASI poate purta și un caracter general. Astfel, în bază de date operative este descoperită o parte esențială a infracțiunilor și sînt stabilite și pedepsite persoanele care le comit, ceea ce constituie o măsură de influență asupra cetățenilor care au intenții, dar nu comit delict anume din frica de a fi trași la răspundere penală.

Contracararea/ înlăturarea infracțiunilor presupune utilizarea MSI în scopul curmării activității ilegale din partea unei persoane sau a unui grup de persoane la etapa pregătirii infracțiunii sau a realizării laturii obiective a acesteia, dar îndată după ce a fost comisă. De regulă, contracararea se înlătură prin reținere în flagrant cu intentarea ulterioară a unui proces penal. Sarcinile de contracarare corespund oricăror măsuri întreprinse în baza unor date obținute pe cale operativă, în urma aplicării cărora este suprimată infracțiunea în derulare.

Cu referire la *prevenirea și contracararea infracțiunilor*, ASI are scopul de a bloca intențiile persoanelor care pun la cale și organizează activități ilicite, fiind îndreptată la prevenirea acestora, la prognozarea posibilelor manifestări ilegale. Același lucru ține și de sarcina privind culegerea informațiilor cu referire la securitatea statului și societății. Anume în aceasta constă unitatea ASI și a activității informative și contrainformative, întreprinsă de organe special abilitate, inclusiv și de SIS RM.

Sarcina *căutării și identificării* persoanelor care organizează, comit sau au comis infracțiuni constituie o parte componentă indispensabilă a procesului de depistare, prevenire și curmare a infracțiunii. Indiferent de forma de activitate: de la informație la persoană sau de la persoană la informație, necesitatea depistării a asemenea indivizi este evidentă.

Legiuitorul a specificat în calitate de sarcină aparte a ASI pe cea cu referire la *căutarea persoanelor care se ascund de organele de urmărire penală sau de judecată ori care se eschivează de la executarea pedepsei penale, precum și a celor dispărute*

fără urmă. Căutarea persoanelor dispărute fără urmă se referă la sarcina depistării infracțiunilor, în condițiile când, fără a stabili și identifica victima nu se poate decide a avut loc sau nu infracțiunea, a demonstra vinovăția sau nevinovăția unei persoane concrete.

Sarcina privind colectarea de informații despre evenimente sau acțiuni care pun în pericol securitatea statului nu se află în legătură directă cu procedura penală. Esența sarcinii în cauză nu se reduce numai la culegerea informațiilor despre evenimente și activități calificate drept infracțiuni (ecologice, cu impact asupra securității de stat, militare, publice etc.), cu toate că și acestea în ansamblu, ca orice altele, prezintă pericole pentru securitatea națională, deoarece dobândirea lor se înscrie în sarcinile de depistare, prevenire și curmare a infracțiunilor, precum și de căutare și identificare a persoanelor care le organizează, le comit sau le-au comis. Realizarea sarcinii în cauză este posibilă doar apelând la actele normative, care reglementează asigurarea securității naționale.

Securitatea națională poate fi asigurată doar prin promovarea unei politici unice de stat în domeniul dat, prin aplicarea unui sistem de măsuri cu caracter economic, politic, organizatoric etc., adecvate amenințărilor reale cu impact asupra intereselor vitale ale persoanei, societății și statului. Pentru realizarea atribuțiilor nemijlocite privind asigurarea securității naționale, în sistemul organelor executive ale statului sînt create organe de stat abilitate cu asigurarea securității naționale [2, art.1, 6], [5, art.1, 3]. Exercitarea ASI cu referire la sarcina nominalizată poartă un caracter preventiv. Aici, într-o anumită măsură, este realizată și sarcina prevenirii infracțiunilor care, însă, poartă un caracter strategic, global.

Vom analiza în continuare *unitatea și deosebirile activităților speciale de investigații, informative și contrainformative*.

În esență, *ASI este o activitate informativ-investigativă*, fiind la direct legată de penetrarea intențiilor tănuite ale infractorilor, mediului acestora pentru a obține informații cu referire la infracțiunile pregătite sau deja comise, inclusiv căutarea celor care se ascund de organele de urmărire penală ori de judecată, sau care se eschivează de la sancțiunea penală [2, art.2]. De regulă, majoritatea infracțiunilor economice, legate, spre exemplu, de corupție sau narcobusiness, sînt depistate în exclusivitate prin metode informativ-investigative. Fără a întreprinde MSI este, practic, imposibil de a curma infracțiunile la etapa de pregătire sau de tentativă, de a preveni sau descoperi, spre exemplu, unele infracțiuni împotriva orînduirii constituționale și securității naționale.

Caracterul informativ-investigativ al activității în cauză este confirmat și de regimul de lucru al organelor care exercită ASI, de protejarea informațiilor cu referire la aceste organe, de abilitarea acestora cu dreptul de a stabili relații de colaborare cu persoane care acceptă să le acorde sprijin.

Concomitent, *ASI include și elemente de activitate contrainformativă*. Prin intermediul măsurilor, mijloacelor și metodelor speciale de investigații în cadrul ASI este contracarată activitatea informativă și contrainformativă a serviciilor speciale

străine, structurilor crimei organizate, inclusiv transfrontaliere, a organizațiilor teroriste și a unor persoane aparte, care comit sau pregătesc infracțiuni, sînt anunțate în urmărire pentru anumite activități ilegale, precum și este asigurată siguranța secretului de stat și securitatea personală a subiecților ASI.

Activitatea contrainformativă este practică permanent și în volum preponderent de către SIS RM și constă în cunoașterea/ depistarea, prevenirea și înlăturarea/ amenințărilor, riscurilor și vulnerabilităților care afectează securitatea națională a RM. Totodată vom specifica că activități contrainformative practică, într-o măsură mai mare sau mai mică, toți subiecții ASI, care sînt obligați să asigure siguranța informațiilor ce constituie secret de stat, să verifice persoanele care le acordă sprijin în bază secretă și să-și asigure securitatea proprie.

ASI se bazează pe următoarele *principii* [2, art.3]: legalității; respectării drepturilor și libertăților persoanei; oportunității și inofensivității; îmbinării metodelor publice și secrete; cooperării cu alte autorități de stat; deideologizării și nepartinității. Principiul reprezintă o idee fundamentală, o regulă de bază într-o anumită activitate. Dacă sarcinile ASI stabilesc ce anume este necesar de întreprins pentru a atinge scopul acestei activități, atunci principiile, la rîndul lor, determină de ce anume este necesar de a se conduce în exercitarea ASI.

Principiile enumerate nu există ca ceva aparte, în afara unei ASI concrete. Ele îndeplinesc funcții normative, de cunoaștere, de transformare, utilizare practică în condițiile reale ale activității în cauză, reprezentînd rodul unei practici îndelungate de ASI, pe parcursul căreia acestea și-au confirmat importanța sa practică. Prin lege li s-a acordat un statut oficial, a fost consfințit rolul lor conducător. Cu alte cuvinte, legiuitorul a amplificat importanța principiilor elaborate de practică și, totodată, le-a acordat o bază juridică, obligatorie pentru toți.

În opinia noastră mai puțin se înscrie în rîndul principiilor ASI cel al inofensivității, deoarece activitatea de depistare și contracarare a unor infracțiuni apriori poartă un caracter ofensiv, de devansare, de prevenire. Pentru a soluționa sarcinile trasate de legiuitor, subiecții ASI, prin MSI întreprinse, trebuie să anticipeze cu un pas, cu o mișcare, infractorii, reali sau potențiali. Din aceste considerente ar fi mai rațional și mai eficient de a recurge în acest sens la principiul umanismului. Umanismul, ca doctrină morală, recunoaște în om valoarea supremă, se opune atît fanatismului religios violent, cît și etatismului politic, care sacrifică individul în numele rațiunii de stat, este un criteriu suprem de evaluare a realității sociale, unde omul trebuie pus în centrul preocupărilor ca valoare supremă și, totodată, ca purtător nu numai de drepturi, ci și de responsabilități și obligații.

Umanismul în ASI se manifestă, în primul rînd, prin faptul că activitatea vizată este îndreptată la apărarea vieții, sănătății, drepturilor și libertăților persoanei, proprietății, la asigurarea securității societății și statului. Înfăptuirea MSI este limitată doar la atingerea scopurilor și soluționarea sarcinilor direct stipulate în lege și nu urmărește scopul de a pricinui suferințe fizice sau psihice, de a umili cinstea și demnitatea persoanelor sau de a le discredita, de a culege și a difuza informații care

ar leza cinstea și demnitatea lor etc. Exact invers, în legislația privind desfășurarea ASI este specificat că persoanele cu funcții de răspundere din organele care exercită activitatea în cauză au obligația de a asigura respectarea drepturilor cetățeanului la inviolabilitatea vieții particulare, la taina personală, familială și la secretul corespondenței; acestora le este interzis să facă publice informațiile enumerate [2, art.4, 5, 8, 40], iar deschiderea unui dosar special [2, art.21] nu prezintă teme pentru a limita drepturile și libertățile, precum și interesele legitime ale cetățeanului.

Anume prin prisma *respectării drepturilor și libertăților persoanei* legislația în vigoare interzice utilizarea MSI pentru realizarea unor scopuri și sarcini neprevăzute de Legea nr. 59 și de alte acte legislative cu tangență la activitatea în cauză. Drepturile persoanei, de rînd cu obligațiile acesteia, constituie un element al statutului juridic al individului în societate, care caracterizează posibilitățile și revendicările lui în domeniile economic, social, politic și cultural. Din drepturile fundamentale ale persoanei fac parte dreptul la viață, la libertate și inviolabilitate personală, la deplasare liberă, la asociere, de a dispune nestingherit de capacitățile sale de muncă etc.

Cu referire la ASI, se disting trei aspecte de bază ale drepturilor persoanei:

- 1) examinarea lor în calitate de obiect principal de apărare;
- 2) restricția legală impusă a unora din ele în baza normelor Constituției [1, art. 25, 29, 30, 31] și în conformitate cu Legea nr. 59 [2, art. 4, 5];
- 3) violarea lor ilegală în cazuri aparte de către unii participanți la ASI, pasibilă de răspundere juridică, inclusiv penală [3, art.177, 178, 179].

După cum am specificat anterior, respectarea drepturilor și libertăților persoanei constituie unul din principiile ASI. Totodată, respectarea drepturilor și libertăților persoanei include un șir de reguli care decurg din Legea nr. 59 și au destinația:

- de a detalia și concretiza principiile constituționale privind respectarea drepturilor și libertăților persoanei (cu referire la ASI);
- de a reda un conținut juridic legal la asemenea principii ale ASI ca respectarea drepturilor și libertăților persoanei, legalitatea și îmbinarea metodelor publice și secrete;
- de a confirma legal drepturile și obligațiile fiecărui individ de a contesta acțiunile și deciziile ilegale ale organelor speciale de investigații și ale persoanelor cu funcții de răspundere din aceste organe.

În cazul dat respectarea drepturilor constă în abținerea organelor speciale de investigații și a persoanelor oficiale ale acestora de la comiterea unor acțiuni sau inacțiuni interzise de lege.

Din punct de vedere juridic, respectarea drepturilor și libertăților persoanei în cadrul ASI se reduce la următoarele trei momente:

- 1) organele de investigații și lucrătorii operativi, efectuînd MSI, nu sînt în drept să încalce inviolabilitatea vieții particulare, taina personală și familială a cetățenilor, inviolabilitatea locuinței și taina corespondenței;
- 2) nu se admite de a întreprinde ASI pentru a atinge obiective și a soluționa sarcini, care nu sînt stipulate în Legea nr. 59;

- 3) *organelor specializate de investigații și lucrătorilor operativi li se interzice:*
- a) să întreprindă MSI în interesul partidelor politice, organizațiilor obștești, nonguvernamentale sau religioase;
 - b) să participe în mod secret la activitatea autorităților publice centrale sau locale, precum și la activitatea partidelor politice neinterzise, organizațiilor obștești, nonguvernamentale sau religioase înregistrate în ordinea stabilită, cu scopul de a influența caracterul activității acestora;
 - c) să divulge informații în stare să lezeze inviolabilitatea vieții particulare, taina personală și familiară, cinstea și reputația cetățenilor, în care s-au inițiat pe parcursul ASI, fără acordul cetățenilor vizați, cu excepția cazurilor prevăzute de legislație.

Totodată, în cadrul exercitării ASI unele drepturi și libertăți ale persoanelor pot fi limitate temporar, dar numai în baza temeiurilor expuse în art.19 din Legea nr. 59, și anume:

- 1) circumstanțele neclare în legătură cu pornirea urmăririi penale;
- 2) informațiile, devenite cunoscute, privind:
 - a) fapta prejudiciabilă în curs de pregătire, de comitere sau comisă, precum și persoanele care o pregătesc, o comit ori au comis-o;
 - b) persoanele care se ascund de organele de urmărire penală sau de instanța de judecată ori care se eschivează de la executarea pedepsei penale;
 - c) persoanele dispărute fără urmă și necesitatea stabilirii identității cadavrelor neidentificate;
 - d) circumstanțele care pun în pericol ordinea publică, securitatea militară, economică, ecologică sau de altă natură a statului;
 - e) circumstanțele ce pun în pericol securitatea investigatorului sub acoperire sau a membrilor familiei acestuia;
- 3) actele procesuale ale ofițerului de urmărire penală, ale procurorului sau ale judecătorului de instrucție în cauzele penale aflate în procedura acestora;
- 4) interpelările organizațiilor internaționale și ale autorităților de drept ale altor state în conformitate cu tratatele internaționale la care RM este parte;
- 5) raportul ofițerului de investigații privind circumstanțele ce pun în pericol securitatea proprie, a familiei sale și a persoanelor apropiate lui.

Aceste temeiuri sînt în legătură directă cu comiterea reală sau pregătirea unei acțiuni pasibile de răspundere penală, deci a unei infracțiuni. Comiterea unor alte delictе cu impact negativ asupra societății, cum ar fi cele administrative, nu poate constitui temei pentru a leza drepturile și libertățile persoanei.

De reținut că MSI se autorizează și se înfăptuiesc în cazul cînd sînt îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

- a) realizarea scopului procesului penal este imposibilă pe altă cale ori există un pericol pentru securitatea statului; și
- b) măsura specială de investigații este proporțională cu restrîngerea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.

În baza celor expuse ținem să specificăm că este admisă nu orice limitare a drepturilor și libertăților persoanei, ci doar una proporțională, în dependență de gravitatea infracțiunii comise. Respectarea proporționalității constituie o condiție obligatorie în limitarea unor sau altor drepturi și libertăți constituționale ale persoanei. Totodată, orice informație, orice probă care au fost acumulate cu încălcarea legislației RM, drepturilor și libertăților omului sînt nule și se consideră inexistente [2, art. 4].

În Legea nr. 59 sînt prevăzute nemijlocit norme juridice, care permit a sesiza caracterul moral important al ASI, inclusiv:

- cerința fermă de a respecta drepturile și libertățile persoanei în cadrul ASI (art.4);
- stabilirea unor sarcini morale pozitive ale ASI: apărarea intereselor persoanei și proprietății, asigurarea securității societății și statului de atentate ilicite (art.1);
- stabilirea unei liste exhaustive de MSI (art.18), a unor temeuri și condiții legale de înfăptuire a acestora;
- cerința privind protecția datelor cu caracter personal în procesul exercitării ASI și interdicția accesului la dosarul special sau la materialele din dosar al altor persoane decît cele care investighează dosarul special, cu excepția conducătorului subdiviziunii specializate a organului respectiv, în limitele competenței, și a procurorului care a autorizat MSI sau a solicitat autorizarea acesteia de către judecătorul de instrucție, precum și cu excepția judecătorului de instrucție care a autorizat măsura în cauză (art.5) etc.

În ansamblu, un anumit mod de comportament din cadrul ASI va fi recunoscut posibil din punct de vedere moral numai atunci, cînd realizarea lui va duce la prejudicii morale, fizice, psihologice, materiale etc. mai mici comparativ cu cele ce ar putea surveni în cazul neîntreprinderii acestora. În ASI corespunde normelor morale acel rezultat care servește scopurilor ASI și care este realizat în mod legal, ținînd cont de principiile și normele acestei activități.

Persoana, care consideră că acțiunile organului ce desfășoară MSI au condus la lezarea drepturilor și libertăților sale, este în drept să înainteze o plîngere împotriva acestor acțiuni în organul ierarhic superior, procurorului sau judecătorului de instrucție. Pentru a asigura examinarea deplină și multilaterală a reclamației persoanei față de care au fost aplicate în mod neîntemeiat MSI, organele care le-au întreprins sînt obligate, la cererea judecătorului de instrucție sau a procurorului, să prezinte acestuia toate documentele operative de serviciu, întocmite pe tot parcursul desfășurării măsurilor contestate (atacate) în conformitate cu legislația. *Datele despre persoanele care au contribuit în mod confidențial la înfăptuirea MSI se prezintă numai la cererea Procurorului General.*

În cazul cînd organul sau persoana oficială care exercită ASI încalcă drepturile și interesele legitime ale persoanelor fizice ori juridice, organul ierarhic superior, procurorul sau judecătorul de instrucție, care au stabilit asemenea violări, sînt obligați să întreprindă, în conformitate cu legislația, măsuri în vederea restabilirii acestor drepturi și interese legitime, compensării daunei cauzate.

În context menționăm că ASI, exercitată cu încălcarea legislației în vigoare, inclusiv și a Legii nr. 59, se consideră nulă și atrage după sine răspunderea prevăzută de legislație. Și invers, atunci când MSI sînt întreprinse în conformitate cu cerințele legilor și actelor normative departamentale, elaborate în baza lor, ofițerii de investigații nu pot fi pasibili de răspundere.

Referințe

1. Constituția Republicii Moldova, adoptată la 29.07.1994//Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 1 din 12.08.1994.
2. Legea privind activitatea specială de investigații, nr.59 din 29 martie 2012//Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 113-118 din 08.06.2012.
3. Codul Penal al Republicii Moldova. Legea nr. 985-XV din 18.04.2002//Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 128-129/1012 din 13 septembrie 2002, republicat în Monitorul Oficial nr. 72-74/195 din 14 aprilie 2009.
4. Legea privind activitatea particulară de detectiv și de pază, nr. 283 din 4 iulie 2003//Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.200-203/769 din 19.09.2003.
5. Legea privind organele securității statului, nr. 619-XIII din 31.10.1995//Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 10-11/115 din 13.02.1997.

Bibliografie

1. *Constituția Republicii Moldova*, adoptată la 29.07.1994, // Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 1 din 12.08.1994.
2. *Legea privind aprobarea Concepției securității naționale a Republicii Moldova* nr. 112-XVI din 22.05.2008 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 97-98/357 din 03.06.2008.
3. *Hotărîrea Parlamentului pentru aprobarea Strategiei securității naționale a Republicii Moldova* nr.153 din 15 iulie 2011 // MO al RM 170-175/499 din 14.10.2011.
4. *Legea privind activitatea specială de investigații* nr.59 din 29 martie 2012 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 113-118 din 08.06.2012.
5. *Legea privind organele securității statului* nr. 619-XIII din 31.10.1995 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 10-11/115 din 13.02.1997.
6. *Legea privind activitatea particulară de detectiv și de pază* nr.283 din 4 iulie 2003 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.200-203/769 din 19.09.2003.
7. *Codul Penal al Republicii Moldova*, Legea nr. 985-XV din 18.04.2002, // Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 128-129/1012 din 13 septembrie 2002, republicat în Monitorul Oficial nr. 72-74/195 din 14 aprilie 2009.
8. *Codul de procedură penală al Republicii Moldova* // Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 104-110/447 din 07.06.2003.
9. Rusnac A. *Aspecte ale teoriei securității*. Chișinău, Fundația „Draghiștea”, 2005.
10. Maior George Cristian / *Un război al minții. Intelligence, servicii de informații și cunoaștere strategică în secolul XXI*. București, Editura RAO, 2010.
11. Шумилов А.Ю. *Курс основ оперативно-розыскной деятельности*. Учебник для вузов. 2 издание, дополненное и переработанное. Москва. Издательский дом Шумиловой И.И., 2007.
12. *Основы оперативно-розыскной деятельности*. Учебник для юридических вузов. / Под общей редакцией В.Б.Рушайло. Санкт-Петербург, 2000.
13. [www. SIS.md](http://www.SIS.md).

UNELE ASPECTE GENERALE PRIVIND MĂSURILE SPECIALE DE INVESTIGAȚII

Vitalie SÎLI, doctor în drept
Ruslana BULIBA

Evoluția fenomenului infracțional include necesitatea de implementare a unor măsuri speciale, care vor permite organelor de ocrotire a normelor de drept și serviciilor speciale să răspunde adecvat provocările și amenințările cu care se confruntă. Lupta eficientă cu criminalitatea este imposibilă fără utilizarea de măsuri și metode care sunt dincolo de acțiunile procesului penal, având, de obicei, caracter ascuns.

Cuvinte cheie: *detectare, prevenirea infracțiunilor, infracțiuni, activitatea specială de investigații, securitatea statului, drepturile omului și protecția libertății, măsuri speciale de investigare, autorizarea măsurilor speciale de anchetă.*

SOME GENERAL ASPECTS ABOUT SPECIAL INVESTIGATIVE MEASURES.

Crime phenomenon evolution includes necessity of some special measures implementation, which will permit human rights protection organizations and special services to answer adequately provocations and threats they are faced. Efficient struggle with crimes is impossible without usage of special measures and methods which are beyond criminal process actions, usually having hidden character. Peculiarity of measures, methods and special ways consists in fact that they limit human rights and constitution liberty. But without their implementation it is inefficient to struggle with crimes, especially with heavy types of different crimes. The law according special investigation activity regulates special measures of investigation, their modification in presentations as well as control of their legacy. Actually special measures of investigation can be effective only in special investigation activity realized by eligible legal organizations according the law.

Key words: *special investigation activity, human rights and freedom protection, special measures of investigation, authorization of special measures of investigation, criminality detection and prevention, special measures of investigation classification, special measures of investigation challenge, special measures of investigation determination.*

Activitatea criminală, în diversitatea sa, se exteriorizează prin diferite forme, care rezultă din caracterul infracțiunilor și gradul prejudiciabil al acestora. Comiterea infracțiunilor, în special celor grave, deosebit de grave și excepțional de grave, este un proces îndelungat care parcurge mai multe etape care constau în elaborarea planului infracțiunii, realizarea acțiunilor pregătitoare, asigurarea posibilităților de ascundere și distrugere a urmelor infracțiunii și de plecare a făptuitorilor de la locul faptei. În asemenea situație este evidentă necesitatea adoptării unui cadru juridic

adecvat, orientat spre apărarea intereselor statului, a securității și integrității teritoriale a acestuia, a tuturor formelor de proprietate și pentru asigurarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului de orice atitudine criminală.

Cadrul juridic menționat trebuie să reglementeze minuțios particularitățile activității orientate nemijlocit spre depistarea, prevenirea și combaterea criminalității. Activitatea respectivă constă în utilizarea unor metode, mijloace și forțe specifice, prin aplicarea cărora, în anumite condiții, are loc o imixtiune în viața privată a persoanelor. Totuși, remarcăm că această imixtiune este o necesitate obiectivă, dictată de câțiva factori, și anume: specificul criminalității grave, deosebit de grave și excepțional de grave și imposibilitatea sau gradul sporit de dificultate al investigării categoriilor respective de infracțiuni fără aplicarea unor măsuri speciale.

În altă ordine de idei, evoluția fenomenului criminal implică necesitatea adoptării unor măsuri speciale care ar permite organelor de ocrotire a dreptului și serviciilor speciale să răspundă adecvat provocărilor și amenințărilor cărora sunt expuse valorile și relațiile sociale ocrotite de lege, precum și atentatelor asupra acestora. Combaterea eficientă a criminalității este imposibilă fără utilizarea de către autoritățile abilitate a unui arsenal de măsuri, mijloace și metode speciale, aflate în afara limitelor procesului penal și care poartă, de regulă, caracter ascuns. Specificul măsurilor, mijloacelor și metodelor speciale constă în faptul că acestea limitează drepturile și libertățile constituționale, dar fără aplicarea lor depistarea, prevenirea și contracararea criminalității, în special a celei grave, deosebit de grave și excepțional de gravă ar deveni cu mult mai puțin eficientă.

Este evident că ca activitate practică, activitatea specială de investigații, prin utilizarea metodelor, mijloacelor și forțelor sale contribuie nemijlocit la prevenirea și descoperirea infracțiunilor, asigurarea restituirii prejudiciului cauzat în urma infracțiunii, căutarea persoanelor care se ascund de organele de urmărire penală, de instanța de judecată sau se sustrag de la sancțiunea penală și a celor dispăruți fără urmă. Practica acumulată în domeniul prevenirii și combaterii criminalității și asigurării ordinii de drept demonstrează că anume prin realizarea măsurilor investigative speciale este posibilă relevarea oportună a intențiilor infracționale, a acțiunilor de pregătire a infracțiunii, precum și a tentativelor de infracțiuni. Totodată activitatea specială de investigații permite nu numai depistarea infracțiunilor în curs de pregătire, dar și asigură un cadru legal adecvat pentru a realiza măsurile speciale necesare în vederea curmării și prevenirii comiterii lor. De asemenea, prin intermediul activității speciale de investigații, devine posibilă constatarea deplină a circumstanțelor infracțiunii, motivelor care au condus la săvârșirea ei, precum și obținerea unor date de valoare probatorie, care ar asigura probarea vinovăției făptuitorilor potrivit participației la comiterea faptei.¹

1 A se vedea: Cușnir V. Regimul juridic al măsurilor operative de investigații: abordări conceptuale și pluridisciplinare. // Materialele Conferinței științifico-practice „Procuratura Republicii Moldova la 20 de ani. Rolul și locul Procuraturii într-un stat de drept”, Chișinău, 27 ianuarie 2012, p. 134–135.

În baza celor menționate susținem că activitatea specială de investigații este din start o activitate ofensivă, deoarece are ca scop depistarea, prevenirea și combaterea criminalității, adică constă dintr-un set de măsuri active îndreptate spre anihilarea criminalității. Remarcăm acest fapt chiar și în situația în care Legea privind activitatea specială de investigații prevede printre principiile ASI principiul inofensivității. Considerăm că redarea activității speciale de investigații a unui caracter inofensiv, dacă e să o privim din punctul de vedere al esenței activității respective, este o eroare. Chiar și în cazul în care admitem că autorii Legii privind ASI, prin includerea principiului inofensivității, s-au ghidat de necesitatea neadmiterii încălcării nejustificate a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, considerăm că acest fapt nu reflectă specificul activității speciale de investigații realizate de către subiecții autorizați ai statului.

Mai mult ca atât, respectarea drepturilor și libertăților omului este garantată prin instituirea procedurii de autorizare a măsurilor speciale de investigații, prin controlul legalității exercitării acestora și prin includerea în Lege a articolelor 4 și 5, în cadrul cărora sunt reglementate particularitățile protejării drepturilor omului și al protecției datelor cu caracter personal.

Deși, conform particularităților, activitatea specială de investigații constă în realizarea unui spectru larg de măsuri orientate inclusiv spre depistarea indicilor activității criminale, Legea privind ASI plasează accentul principal pe efectuarea măsurilor speciale de investigații în cadrul procesului penal. Astfel, din 20 de măsuri speciale de investigații, prevăzute în art. 18 al Legii privind ASI, 11 pot fi efectuate numai în cadrul unui proces penal, 6 — atât în cadrul unui proces penal, cât și în afara acestuia și doar 3 — în afara procesului penal.

Din cele 11 măsuri speciale de investigații efectuate doar în cadrul unui proces penal, 8 măsuri pot fi desfășurate numai cu autorizarea judecătorului de instrucție, la demersul procurorului, iar 3 măsuri — cu autorizarea procurorului. La măsurile efectuate numai cu autorizarea judecătorului de instrucție, la demersul procurorului se referă:

- 1) cercetarea domiciliului și/sau instalarea în el a aparatelor ce asigură supravegherea și înregistrarea audio și video, a celor de fotografiat și de filmat;
- 2) supravegherea domiciliului prin utilizarea mijloacelor tehnice ce asigură înregistrarea;
- 3) interceptarea și înregistrarea comunicărilor și imaginilor;
- 4) reținerea, cercetarea, predarea, percheziționarea sau ridicarea trimerilor poștale;
- 5) monitorizarea conexiunilor comunicațiilor telegrafice și electronice;
- 6) monitorizarea sau controlul tranzacțiilor financiare și accesul la informația financiară;
- 7) documentarea cu ajutorul metodelor și mijloacelor tehnice, precum și localizarea sau urmărirea prin sistem de poziționare globală (GPS) ori prin alte mijloace tehnice;
- 8) colectarea informației de la furnizorii de servicii de comunicații electronice.

Cu autorizarea procurorului, în cadrul procesului penal, pot fi efectuate următoarele măsuri speciale de investigații:

- 1) controlul transmiterii banilor sau a altor valori materiale extorcate;
- 2) supravegherea transfrontalieră;
- 3) livrarea controlată.

De asemenea, cu autorizarea procurorului, dar atît în cadrul procesului penal, cît și în afara acestuia, pot fi efectuate următoarele măsuri speciale de investigații:

- 1) identificarea abonatului, proprietarului sau a utilizatorului unui sistem de comunicații electronice ori al unui punct de acces la un sistem informatic;
- 2) urmărirea vizuală;
- 3) investigația sub acoperire;
- 4) colectarea mostrelor pentru cercetarea comparată;
- 5) cercetarea obiectelor și documentelor;
- 6) achiziția de control.

Legea limitează cercul subiecților competenți de a efectua anumite măsuri speciale de investigații. Astfel, controlul transmiterii banilor sau a altor valori materiale extorcate, poate fi efectuat numai de către subdiviziunile specializate ale Ministerului Afacerilor Interne și ale Centrului Național Anticorupție.

Numai în afara procesului penal, cu autorizarea conducătorului subdiviziunii specializate, pot fi efectuate următoarele măsuri speciale de investigații:

- 1) chestionarea;
- 2) culegerea informației despre persoane și fapte;
- 3) identificarea persoanei.

După cum observăm, numărul măsurilor speciale de investigații care pot fi efectuate cu autorizarea conducătorului subdiviziunii specializate a fost limitat esențial. Considerăm că acest fapt poate complica activitatea de depistare și prevenire a criminalității, în special de către autoritățile care nu dispun de organul de urmărire penală. În context, remarcăm că ar deveni foarte complicată realizarea sarcinii prevăzute la lit. d) din art. 2 al Legii privind activitatea specială de investigații, și anume — colectarea de informații despre posibile evenimente și/sau acțiuni ce ar putea pune în pericol securitatea statului. Mai mult ca atît, printre temeiurile pentru efectuarea măsurilor speciale de investigații nu sunt remarcate direct evenimentele, circumstanțele care pot pune în pericol securitatea statului.

Din acest motiv considerăm că ar fi fost binevenită extinderea posibilităților conducătorului subdiviziunii specializate. Astfel, din moment ce măsurile speciale de investigații autorizate de către procuror se efectuează atît în cadrul unui proces penal, cît și în afara acestuia, este posibilă delimitarea acestora în dependență de etapa la care sunt autorizate. În asemenea situație, dacă măsura specială de investigație urmează a fi efectuată în cadrul unui proces penal, atunci ea trebuie autorizată de către procuror, iar dacă se efectuează pînă la pornirea procesului penal, atunci să poată fi autorizată de către conducătorul subdiviziunii specializate, cu atît mai mult că acesta este responsabil de întreaga activitate a organului care îl conduce și legalitatea măsurilor realizate.

Potrivit art. 19 din Legea privind activitatea specială de investigații, temeiurile pentru efectuarea măsurilor speciale de investigații sînt:

- 1) circumstanțele neclare în legătură cu pornirea urmăririi penale;
- 2) informațiile, devenite cunoscute, privind:
 - a) fapta prejudiciabilă în curs de pregătire, de comitere sau comisă, precum și persoanele care o pregătesc, o comit ori au comis-o;
 - b) persoanele care se ascund de organele de urmărire penală sau de instanța de judecată ori care se eschivează de la executarea pedepsei penale;
 - c) persoanele dispărute fără urmă și necesitatea stabilirii identității cadavrelor neidentificate;
 - d) circumstanțele care pun în pericol ordinea publică, securitatea militară, economică, ecologică sau de altă natură a statului;
 - e) circumstanțele ce pun în pericol securitatea investigatorului sub acoperire sau a membrilor familiei acestuia;
- 3) actele procesuale ale ofițerului de urmărire penală, ale procurorului sau ale judecătorului de instrucție în cauzele penale aflate în procedura acestora;
- 4) interpelările organizațiilor internaționale și ale autorităților de drept ale altor state în conformitate cu tratatele internaționale la care Republica Moldova este parte;
- 5) raportul ofițerului de investigații privind circumstanțele ce pun în pericol securitatea proprie, a familiei sale și a persoanelor apropiate lui.

Conform alin 2) al aceluiași articol măsurile speciale de investigații se autorizează și se îndeplinesc în cazul cînd sînt îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

- a) realizarea scopului procesului penal este imposibilă pe altă cale ori există un pericol pentru securitatea statului; și
- b) măsura specială de investigații este proporțională cu restrîngerea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.

Legea privind activitatea specială de investigații reglementează măsurile speciale de investigații, modalitatea de dispunere și de efectuare a acestora, precum și de realizare a controlului asupra legalității lor (alin.2, art. 1). De fapt, măsurile speciale de investigații pot fi efectuate doar în cadrul activității speciale de investigații, de către organele împuternicite de lege și cu respectarea cerințelor expres indicate în lege.

Măsurile speciale de investigații sunt parte componentă a activității speciale de investigații, care constă din totalitatea acțiunilor orientate spre soluționarea unor sarcini tactice concrete. Măsurile speciale de investigații au caracter investigativ—de căutare fiind îndreptate spre obținerea informațiilor despre persoanele care pun la cale, pregătesc sau comit o infracțiune, despre depistarea indiciilor activității criminale, despre locul aflării persoanelor care se ascund de anchetă și judecată, precum și a persoanelor dispărute.

În majoritatea statelor UE instituția măsurilor speciale de investigații este catalogată drept tehnici speciale de investigare. Astfel, în conformitate cu prevederile Recomandării 10 (2005) a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei, prin

tehnici speciale de investigare se înțeleg mijloacele speciale, inclusiv interceptarea comunicațiilor și accesul la traficul de comunicații și datele de localizare, urmărirea clandestină și supravegherea audio și video electronică a locurilor publice și încăperilor private, cercetarea clandestină a localurilor private, livrarea controlată, infiltrarea agenților sub acoperire și utilizarea informatorilor, supravegherea clandestină a tranzacțiilor financiare și alte măsuri clandestine aplicate de organele abilitate în cadrul anchetelor penale, în scopul depistării sau investigării unor infracțiuni penale grave. Tehnicile speciale de investigare, pe de o parte, constituie mijloace vitale și eficiente de combatere a infracțiunilor grave, iar pe de altă parte presupun prin modul de operare, ingerințe în drepturile persoanei ocrotite prin lege. O trăsătură esențială a tehnicilor speciale de investigare rezidă în instituirea unor condiții normative mai stricte pentru aplicarea acestora, deoarece potrivit esenței tehnicile de investigare respective aduc atingere drepturilor persoanei ocrotite prin lege.

Reieșind din prevederile Legii privind activitatea specială de investigații, pot fi deduse trăsăturile specifice măsurilor speciale de investigații, și anume:

- măsurile speciale de investigații sunt strict determinate de lege. Lista măsurilor speciale de investigații este expres prevăzută în art. 18 din legea nominalizată, în alin. 2 al aceluiași articol remarcându-se că această listă este una exhaustivă și poate fi modificată sau completată numai prin lege;
- măsurile speciale de investigații pot fi efectuate doar de către subiecții prevăzuți direct în art. 6 din lege;
- măsurile speciale de investigații se efectuează numai în vederea realizării scopului și sarcinilor activității speciale de investigații;
- măsurile speciale de investigații se desfășoară numai în conformitate cu legislația și numai în cazul când pe altă cale este imposibil de a asigura realizarea sarcinilor prevăzute în art. 2 al Legii;
- confidențialitatea și conspirativitatea organizării, tacticii și metodelor de desfășurare a măsurilor speciale de investigații.²

Pentru a se încadra în prevederile legale măsurile speciale de investigații urmează să fie autorizate în condițiile procedurii instituite. Astfel, măsurile speciale de investigații care pot fi autorizate de către judecătorul de instrucție la demersul procurorului se autorizează în condițiile Codului de procedură penală al Republicii Moldova. Măsurile speciale de investigații care pot fi autorizate de către procuror, se autorizează de către procuror din oficiu sau la demersul ofițerului de urmărire penală, al ofițerului de investigații sau al conducătorului subdiviziunii specializate în cadrul unui dosar special format și înregistrat. În ordonanța procurorului trebuie să se indice:

- a) măsura concretă autorizată;
- b) perioada pentru care a fost autorizată măsura;

2 A se vedea: Cușnir V. Regimul juridic al măsurilor operative de investigații: abordări conceptuale și pluridisciplinare. // Materialele Conferinței științifico-practice „Procuratura Republicii Moldova la 20 de ani. Rolul și locul Procuraturii într-un stat de drept”, Chișinău, 27 ianuarie 2012, p. 145–146.

- c) identitatea atribuită investigatorului sub acoperire, precum și activitățile pe care acesta le va desfășura;
- d) numele, prenumele, numărul de identificare al persoanei supuse măsurii speciale de investigații sau datele de identificare ale acesteia, dacă sînt cunoscute;
- e) motivul efectuării măsurii speciale de investigații;
- f) informația cu privire la aparatele tehnice necesare pentru efectuarea măsurii speciale de investigații.

Măsurile speciale de investigații care pot fi autorizate de către conducătorul subdiviziunii specializate se dispun prin rezoluție de către conducătorul subdiviziunii specializate din oficiu, precum și la solicitarea ofițerului de investigații, ofițerului de urmărire penală sau a procurorului.

Atenție deosebită legiuitorul a atras termenului de desfășurare a măsurilor speciale de investigații. Astfel, conform alin. 7 al art. 20 din Legea privind activitatea specială de investigații măsura specială de investigații se dispune pe o perioadă de 30 de zile, cu posibilitatea prelungirii întemeiate pînă la 6 luni. Fiecare prelungire a duratei măsurii speciale de investigații nu poate depăși termenul de 30 de zile. În cazul în care termenul de autorizare a efectuării măsurii speciale de investigații a fost prelungit pînă la 6 luni, se interzice autorizarea repetată a măsurii speciale de investigații pe același temei și asupra aceluiași subiect, cu excepția cazurilor de utilizare a investigatorilor sub acoperire sau de apariție a circumstanțelor noi, precum și a cazurilor de cercetare a faptelor legate de investigarea crimelor organizate și a finanțării terorismului.

Măsurile speciale de investigații autorizate trebuie să înceapă la data indicată în actul de dispunere sau cel tîrziu la data expirării termenului pentru care a fost autorizată.

În cazul în care au dispărut temeiurile și motivele ce au justificat autorizarea măsurii speciale de investigații înainte de expirarea termenului pentru care aceasta a fost autorizată procurorul sau, după caz, conducătorul subdiviziunii specializate va dispune încetarea imediată a acesteia.

Dacă însă nu mai există temeiuri pentru efectuarea măsurilor speciale de investigații, ofițerul de investigații solicită procurorului sau, după caz, conducătorului subdiviziunii specializate încetarea imediată a acestor măsuri.

Pentru asigurarea realizării controlului asupra desfășurării măsurii speciale de investigații, ofițerul de investigații care efectuează măsurile speciale de investigații, în termen de o lună de la data dispunerii măsurilor sau în termenul stabilit în actul de dispunere, va informa printr-un raport procurorul sau, după caz, conducătorul subdiviziunii specializate care a autorizat măsura specială de investigații despre rezultatele obținute la implementarea măsurilor speciale de investigații. Dacă, în cadrul examinării raportului, procurorul sau conducătorul subdiviziunii specializate constată că nu sînt respectate condițiile de efectuare a măsurii speciale de investigații sau că, prin măsura dispusă, se încalcă disproporționat ori în mod vădit drepturile și interesele legitime ale persoanelor, el dispune încetarea acesteia.

Rezultatele obținute în urma desfășurării măsurilor speciale de investigații se consemnează de către ofițerul de investigații care efectuează măsura specială de in-

vestigații prin întocmirea unui proces-verbal pentru fiecare măsură autorizată de judecătorul de instrucție sau de procuror, iar în cazul măsurilor speciale de investigații autorizate de către conducătorul subdiviziunii specializate — printr-un raport care se prezintă acestuia.

Rezultatele măsurilor speciale de investigații pot servi drept temei pentru efectuarea altor măsuri speciale de investigații în scopul prevenirii criminalității și asigurării securității statului, ordinii publice, precum și în calitate de probe dacă au fost efectuate în cadrul unei cauze penale.

În continuare vom supune analizei măsurile speciale de investigații care pot fi efectuate cu autorizarea conducătorului subdiviziunii specializate, deoarece categoria respectivă de măsuri speciale se distinge prin anumite particularități sub aspectul autorizării, realizării, controlului asupra legalității și finalității acestora.

Astfel, în conformitate cu prevederile Legii privind activitatea specială de investigații,³ cu autorizarea conducătorului subdiviziunii specializate pot fi efectuate următoarele MSI:

1. Chestionarea;
2. Culegerea informației despre persoane și fapte;
3. Identificarea persoanei.

Chestionarea, ca măsură specială de investigații, constă comunicarea nemijlocită a ofițerului de investigații și a altor persoane împuternicite de către acesta cu persoanele care posedă sau care dispun de informații despre fapte, evenimente, circumstanțe sau persoane care prezintă interes.

În esență, scopul chestionării constă în acumularea informației prin intermediul comunicării verbale interpersonale (discuție) cu persoana care cunoaște datele (circumstanțe, evenimente, fapte, persoane) ce prezintă interes pentru ofițerul de investigații.

O astfel de discuție poate avea loc atât deschis, cât și confidențial, prin contact vizual personal sau prin intermediul mijloacelor tehnice de legătură (telefon).

Legiuitorul nu a prevăzut pentru chestionare o astfel de condiție cum ar fi acordul persoanei chestionate. Totuși, lipsa acordului ar face imposibilă discuția. Din acest motiv, prin acordul benevol trebuie subînțelesă comunicarea dintre obiectul și subiectul MSI fără impunere, fără aplicarea constrîngerii, exteriorizate prin utilizarea amenințărilor sau a altei influențe. Însuși faptul participării persoanei chestionate la discuție și răspunsul acesteia la întrebări reprezintă manifestarea acordului de a discuta, indiferent de faptul dacă a fost solicitat acceptul preventiv de a efectua chestionarea sau dacă a fost anunțat subiectul MSI despre scopul, conținutul discuției ce urmează să aibă loc.

Legiuitorul nu înaintază careva cerințe și nu stabilește restricții față de procedura de efectuare a chestionării. Astfel, conform unor opinii,⁴ vîrsta, sexul, starea fizică

3 Alin. 3, art.18 al Legii privind activitatea specială de investigații nr. 59 din 29.03.2012 / Monitorul Oficial nr. 113–118/373 din 08.06.2012.

4 Комментарий к Федеральному закону „Об оперативно–розыскной деятельности». / Вступ. ст. В. Д. Зорькина. Москва, Норма. 2006. с. 99–101.

sau psihică a persoanei chestionate nu pot împiedica efectuarea chestionării. Unicele limite care pot exista țin de normele moralei și eticii. Spre exemplu, chestionarea minorului nu necesită prezența părinților sau a pedagogului, este posibilă chestionarea persoanei bolnave, a victimei infracțiunii, dacă starea acestuia permite o astfel de discuție. Chestionarea femeii, inclusiv despre circumstanțele infracțiunii cu caracter intim, poate fi efectuată nu numai de o altă femeie, dar și de un bărbat.

Timpul, locul efectuării chestionării deseori rezultă din circumstanțele de facto, din acest motiv ea poate fi efectuată atât în localul de serviciu care desfășoară activitatea specială de investigații, cât și în orice alt loc în care se află persoana chestionată, inclusiv în stradă, transport, la locul de serviciu sau de trai, la locul faptei etc.

Nu contravine legislației efectuarea chestionării cu respectarea regulilor conspirației, prin nedivulgarea de către subiect a identității sale, a statutului său, sau participarea la discuție cu prezentarea unei alte calități. Acest fapt rezultă din drepturile organelor care efectuează activitatea specială de investigații. În special, dreptul de a utiliza în scopul conspirației documentele care cifrează identitatea persoanelor, ceea ce permite prezentarea conform calității care se conține în documentul corespunzător (alin. 1, lit. c), art. 7 din Legea privind activitatea specială de investigații).

În procesul chestionării ar putea fi utilizate aparatele de înregistrare audio, video sau de alt ordin, atât deschis, cât și în secret față de persoana chestionată. Utilizarea aparatelor tehnice în procesul chestionării este posibilă din cauza că acest fapt nu se răsfrânge asupra esenței chestionării, servind doar drept mijloc de fixare a informației. Din acest motiv considerăm că în asemenea situație nu este necesar acordul pentru utilizarea tehnicii respective în procesul chestionării. Drept excepție este chestionarea cu utilizarea unui astfel de mijloc tehnic cum este detectorul comportamentului simulat (poligraful). În cazul efectuării chestionării cu aplicarea poligrafului, chiar și în cadrul activității speciale de investigații, este necesar acordul scris al persoanei chestionate.⁵

Anumite particularități la efectuarea chestionării apar în situațiile specifice ce rezultă din statutul procesual deosebit al persoanei chestionate, adică dacă persoana este bănuită sau învinuită în săvârșirea infracțiunii. Prin întărirea dreptului bănuitului, învinuitului de a nu-și demonstra nevinovăția și de a nu mărturisi împotriva sa, precum și asigurarea învinuitului cu dreptul de a fi asistat de avocat din momentul intentării dosarului penal, al reținerii, arestării sau punerii sub învinuire, legiuitorul reiese din statutul deosebit al acestui subiect al relațiilor procesual penale și din necesitatea stabilirii unor garanții suplimentare pentru apărarea intereselor acestuia.

Deoarece normele legislației cu caracter general, nu pot fi aplicate în privința bănuitului, învinuitului fără a lua în calcul particularitățile statutului său juridic, inclusiv care rezultă din prevederile Constituției RM și al Codului de procedură penală, chestionarea bănuitului, învinuitului la indicația ofițerului de urmărire penală poate fi efectuată doar cu respectarea dispozițiilor Codului de procedură penală, prin care

5 Art. 12 și lit. a) art. 13 din Legea privind aplicarea testării la detectorul comportamentului simulat nr. 269–XVI din 12.12.2008 / Monitorul Oficial nr. 57–58/161 din 20.03.2009.

sunt întărite garanțiile drepturilor acestui participant deosebit la procesul penal.

Rezultatele chestionării ca măsură specială de investigație se întocmesc sub formă raport, în cazul când a fost efectuată de către ofițerul de investigații. Totuși, din moment ce chestionarea poate fi efectuată și de către alte persoane, împuternicite de către ofițerul de investigații, considerăm că rezultatele acesteia ar putea fi reflectate în astfel de documente cum ar fi explicația, comunicarea, declarația. Conform altor opinii astfel de documente pot fi și procesul-verbal de recunoaștere a vinovăției, cererea, certificatul, sau alt document de serviciu.⁶ Tipul documentului depinde de timpul, condițiile, circumstanțele, forma, obiectul și subiectul chestionării. Astfel, chestionarea la locul faptei a mai multor persoane care cunosc în măsură diferită evenimentele ce prezintă interes, poate fi prezentată sub formă de raport sau notă. Dacă chestionarea a avut loc cu condiția respectării confidențialității asupra faptului și conținutului, atunci rezultatele sale pot fi reflectate doar în documente cu acces limitat, fără indicarea datelor de identitate a persoanei chestionate.

Culegerea informației despre persoane și fapte este măsura specială de investigații care constă în dobândirea informației despre persoane fizice și juridice, despre faptele, evenimentele, circumstanțele care prezintă interes prin studierea nemijlocită a documentelor, a materialelor, a bazelor de date, prin întocmirea de solicitări adresate persoanelor fizice și juridice care posedă sau care dispun de informația nominalizată.

Așadar, după cum rezultă din cele expuse, informația despre persoane și fapte poate fi culeasă de la întreprinderi, organizații, instituții, persoane cu funcții de răspundere sau persoane fizice, care dispun de surse oficiale (purtători, materiale, documente, baze de date etc.), atât prin interpelări oficiale, cât și cu utilizarea procedeeleor tactice și a măsurilor de conspirație.

Dobândirea informației, care se exteriorizează prin primirea sau adunarea de informație, reprezintă un proces de solicitare a documentelor oficiale, de întocmire a interpelărilor și obținere a informației necesare pentru soluționarea sarcinilor activității speciale de investigații, precum și a verificării anumitor informații conform datelor acumulate în baze de date, sau acumulării informației din aceste baze de date etc.

Drept obiect al solicitării poate fi informația de diferit gen, dar necesară pentru soluționarea unor sarcini concrete, inclusiv pentru asigurarea desfășurării altor măsuri speciale de investigații, stabilirea direcțiilor de activitate, căutarea infractorului care se ascunde sau a persoanei dispărute fără urmă, verificării informației inițiale primite etc. În special, pot fi solicitate date privind eliberarea persoanei a documentelor oficiale, prezența mijloacelor de transport, a armei, privind antecedentele penale, numărul de telefon, cercul legăturilor în locurile de detenție și alte date necesare.

Solicitarea privind accesul al informație poate fi atât în formă scrisă, cât și verbală, în dependență de statutul informației și necesitatea asigurării posibilității de studiere a conținutului surselor în care se conține.

6 Коментарий к Федеральному закону „Об оперативно-розыскной деятельности». / Вступ. ст. В. Д. Зорькина. Москва, Норма. 2006. с.101.

Informațiile cu caracter confidențial pot fi solicitate doar pe cale oficială și numai în forma scrisă. La asemenea date se referă informațiile care constituie secret al anchetei, informațiile cu caracter de serviciu, accesul la care este limitat (secret de serviciu), datele ce țin de activitatea profesională, accesul la care este limitat în conformitate cu Constituția și legile RM (secretul medical, notarial, avocaților, a comunicărilor telefonice, trimiterilor poștale, telegrafice și altor comunicări etc.), datele privind secretul comercial etc.

Luînd în considerare că activitatea specială de investigații poate fi efectuată atât public, cât și în secret, precum și datorită orientării investigative a acestei activități și necesității respectării regulilor conspirației la culegerea de informații este posibilă, sau ar trebui asigurată posibilitatea primirii neoficiale a datelor cu caracter confidențial.

Culegerea de informații poate fi efectuată nemijlocit de către ofițerul de investigații sau cu ajutorul persoanelor care acordă suport, inclusiv în mod confidențial. Obținerea informației din sursele aflate la persoane fizice poate avea loc prin xerocopiarea lor sau extragerea documentelor cu acordul acestor persoane. Efectuarea acestei măsuri speciale de investigații se poate îmbina cu efectuarea chestionării, urmărirea vizuală, colectarea mostrelor pentru cercetare comparată etc.

Rezultatele culegerii informației despre persoane și fapte urmează a fi reflectate prin raport, chiar și în cazul implicării în această măsură a persoanelor care acordă ajutor ofițerului de investigații.

Informația obținută oficial, în urma culegerii de informații poate fi anexată la materialele dosarului penal în modul prevăzut de Codul de procedură penală.

Identificarea persoanei este măsura specială de investigații care constă în stabilirea persoanei după semnalmentele statice (amprente digitale, componența singelui și a salivei, urme de miros și urme lăsate la locul infracțiunii) și dinamice (mers, gesticulare, mimică etc.), precum și prin intermediul fotorobotului și al altor metode ce dau posibilitate de a stabili persoana cu o probabilitate sporită.

De fapt, măsura respectivă constă în identificarea neprocesuală a persoanei după modelul existent în memoria persoanei care identifică (martor, victimă).

Măsura respectivă presupune aplicarea metodelor criminalistice de identificare, fără fixarea procesual-penală corespunzătoare. În special, identificarea persoanei este posibilă prin intermediul semnalmentelor statice și a celor dinamice. La semnalmentele statice se atribuie amprente digitale, grupa sangvină, expertiza părului, a salivei, a urmelor de miros și altor urme lăsate la locul infracțiunii, precum și în baza altor trăsături sau calități ale persoanei, cum ar fi unele trăsături specifice (cicatrice, tatuaje, neajunsuri fizice). Semnalmentele dinamice, la rîndul său, caracterizează persoana conform trăsăturilor de exteriorizare a anumitor deprinderi, cum ar fi specificul mersului, gesturi caracteristice, mimica caracteristică persoanei, vocea persoanei, defecte ale vorbirii etc.

Identificarea poate fi efectuată în baza totalității semnelor generale și individuale ale obiectului. Asemenea identificare poate fi realizată pe cale analitică. Persoana care identifică în mod imaginar evidențiază unele trăsături caracteristice ale obiectului,

după care, pe baza lor formează chipul general al identificatului. Identificarea este posibilă și conform chipului general al obiectului, fără analiza trăsăturilor sale, cu indicarea ulterioară a trăsăturilor conform cărora a fost identificată. Identificarea poate fi efectuată atât pe cale percepției vizuale nemijlocite cât și după fotografie, fotorobot, imagini video, fonograme etc.

În calitate de obiect al identificării pot fi nu numai persoanele concrete suspectate de comiterea unei infracțiuni, aflate în căutare, dar și subiecții care se aseamănă după exterior (trăsături) cu persoanele care prezintă interes operativ.⁷

Măsura respectivă poate fi efectuată atât de către ofițerii de investigații, cât și de persoanele atrase la identificarea persoanei, care dispun de informații despre persoana identificată, precum și persoanelor care acordă ajutor ofițerului de investigații sau specialiștii. Astfel, pentru a efectua măsura respectivă pot fi implicați chinologii, în cazul utilizării câinilor la identificarea persoanei după urmele de miros, ridicate de la locul faptei.

Identificarea persoanei poate fi efectuată și de persoana care nemijlocit nu a perceput trăsăturile obiectului (inclusiv video sa foto), dar dispune de informație cu caracter descriptiv despre trăsăturile individuale ale persoanei (portretul vorbit).

Timpul, locul, metoda de desfășurare a măsurii respective se determină în dependență de prezența informației despre persoana identificată, participarea persoanelor implicate în identificare. Astfel, identificarea poate fi efectuată în încăperea organului activității speciale de investigații, în localul unde se află specialistul implicat în măsură sau în locul posibilei apariții a persoanei identificate.

Rezultatele identificării se întocmesc în dependență de metoda identificării, condițiile efectuării sau componența participanților la măsură. Astfel de documente pot fi raportul ofițerului de investigații, explicația celui ce identifică, certificatul specialistului implicat în măsura de identificare. În context, remarcăm că Legea privind activitatea specială de investigații nu a diversificat lista documentelor în care urmează a fi reflectate rezultatele măsurilor speciale de investigații, deși acest fapt se impune prin specificul subiecților care întocmesc documentul corespunzător.

Generalizînd prezentul studiu considerăm necesar a menționa importanța deosebită care revine măsurilor speciale de investigații în activitatea de prevenire, descoperire și combatere a criminalității. În general, activitatea specială de investigații, în cazul în care prioritate în activitatea de combatere a criminalității se pune pe prevenirea infracțiunilor, trebuie să conțină suficiente posibilități de a se realiza cu eficiență maximă. Lipsa unor reglementări corecte și minuțioase poate contribui la activizarea criminalilor și, implicit, la creșterea nivelului criminalității în ansamblu. Din acest motiv, organele de ocrotire a normelor de drept și serviciile speciale trebuie să dispună de un arsenal destul de larg de posibilități pentru prevenirea, descoperirea și combaterea criminalității.

7 Коментарий к Федеральному закону „Об оперативно–розыскной деятельности“. / Вступ. ст. В. Д. Зорькина. Москва, Норма. 2006. с.101.

TRIBUNA DOCTORANDULUI
RESEARCHER'S TRIBUNE

NOȚIUNEA DE INSOLVENȚĂ ȘI BANCROTĂ ÎN LEGISLAȚIA ROMÂNĂ

Lică Florin ILIE, doctorand, Ofițer de poliție MAI

Conceptul de insolvență implică o situație comercială dificilă sau o criză a unui comerciant care presupune depășirea pasivelor și, implicit, imposibilitatea de a efectua plaa dataorilor exigibile. Prezentul articol este dedicat conceptelor fundamentale ale tipurilor de insolvență și bancrută în sistemul de drept românesc.

Cuvinte-cheie: insolvență, bacrută, activitate bancară, sistem bancar.

THE CONCEPT OF INSOLVENCY AND BANKRUPTCY IN ROMANIAN LAW.

The concept of insolvency involves a difficult wealthy merchant or a crisis that surpasses asset liability, causing the chance of operator time and good conditions of liabilities assumed. Under the law, „is that state insolvency of the debtor that is characterized by lack of funds available for certain debt, liquid and matured“.

Key words: insolvency, bankruptcy, banking

Legea privind procedura insolvenței nr. 85/2006 — publicată în M.Of. nr. 359/21.04.2006 a intrat în vigoare la 20.06.2006 într-un cadru unitar. Anterior acestei legi, procedura reunește prevederile legale în materie falimentului a fost reglementată de Legea nr 64/1995 cu numeroase modificări.

Noțiunea de insolvență implică o situație patrimonială dificilă sau de criză a unui comerciant în care pasivul depășeste activul, determinând imposibilitatea îndeplinirii de către comerciant la termen și în bune conditii a obligațiilor de plată asumate. Conform legii, „insolventa este acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide si exigibile“.

Potrivit art.3 pct.1 din Legea 85/2006, insolvența este acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor exigibile. Legea face distincție între două tipuri de insolvență, cea vădită și respectiv cea iminentă.

Principala deosebire dintre cele două stări de insolvență o reprezintă exigibilitatea datoriilor. În timp ce insolvența vădită presupune depășirea scadenței cu un termen de cel puțin 30 de zile, insolvența iminentă se apreciază anterior scadenței, fiind practic o prezumție de insolvență anticipată.

Insolvența iminentă presupune dovedirea împrejurării că la scadență datoriile exigibile nu vor putea fi plătite, din lipsa fondurilor bănești. Sub aspect probatoriu pot fi folosite toate mijloacele de probă reglementate de art.46 Cod comercial, completate cu cele prevăzute de dreptul procesual comun. Norma legală condiționează insolvența iminentă exclusiv de lipsa fondurilor bănești, astfel că nu are relevanță o eventuală insolvabilitate a debitorului, dacă acesta dispune de resurse financiare suficiente pentru plata la scadență a creanțelor, cu toate că în multe cazuri, insolvabilitatea este întâlnită alături de insolvență. Este posibilă și ipoteza ca debitorul să aibă în patrimoniu bunuri care întrec valoric scadențele în viitor, dar cu toate acestea efectuării plății, cerințele insolvenței iminente sunt îndeplinite.

Noțiunea de insolvență nu trebuie confundată cu noțiunea de insolvabilitate, deoarece aceasta din urmă este acea stare juridică a patrimoniului unei persoane caracterizată prin aceea că, elementele pasive depășesc numeric elementele active. Existența stării de insolvabilitate nu are în sine relevanță în ceea ce privește inițierea procedurii insolvenței, pentru numai insolvența atrage aplicarea procedurii speciale, nu și insolvabilitatea¹.

Procedura insolvenței este, în temeiul noii legi, o simplă fază, și probabil ultima, în existența unui subiect de drept care derulează activități economice.

Insolvența este, de cele mai multe ori, determinată de cauze imputabile unor persoane fizice, care pot constitui datoriță modului în care au fost comise, a mijloacelor folosite și a scopului urmărit atât delictive civile, cât și fapte prevăzute de legea penală. Pentru desemnarea faptelor de natură penală care produc incapacitatea de plată a unui agent economic, în legislația noastră se folosește expresia bancrută, făcându-se distincție între bancruta simplă și bancruta frauduloasă. La baza opțiunii legiuitorului privitoare la stabilirea caracterului ilicit, se ține cont de mai multe criterii, prioritare fiind gravitatea faptelor ce determină starea de insolvență și gradul de pericol social a acestor fapte.

Bancruta este definită, în general, ca fiind starea de insolvență comercială însoțită de nereguli în dauna creditorilor².

Falimentul este considerat fraudulos numai dacă a fost determinat de anumite cauze imputabile sub forma intenției. Dar alături de falimentul fraudulos, legislația sancționează și anumite fapte imputabile, sub forma culpei. Se are în vedere incriminarea faptei de bancrută simplă și răspunderea civilă a administratorilor, cenzorilor, directorilor și a altor persoane care au determinat starea de insolvență a debitorului.

Cu toate că, într-o accepțiune largă s-ar putea pune semnul egalității între noțiunea de bancrută și cea de insolvență, deoarece în esență bancruta este și ea o

1 A se vedea: St.D. Cârpeanu, *Drept comercial român*, ed. A VI-a, p.627; I. Țurcu, op. cit., p.20, N. Costin, A. Miff, op. cit., p.33; N. Țândăreanu, op. cit., p.35; I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p.81

2 V. Pașca, *Bancruta frauduloasă*, ed.II-a, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p.9; V.Bercheșan, N. Grofu, *Investigarea criminalistică a infracțiunilor de evaziune fiscală și bancrută frauduloasă*, Ed. Little Star, București, 2003, p.133

stare de încetare a plăților determinată de lipsa lichidităților, totuși, în sens propriu, bancruta este condiționată de existența unei nereguli, care să cauzeze imposibilitatea plății datorilor scadente. În schimb, în cazul insolvenței, condiția ce trebuie îndeplinită este imposibilitatea în care se află debitorul de a achita datoriile scadente cu lichidități disponibile.

La fel ca și Codul comercial, care face distincție între bancruta simplă și cea frauduloasă, noua lege a insolvenței face delimitarea între cele două tipuri de bancrută-simplă, prevăzută de art.143 alin.1 și frauduloasă, prevăzută de art.143 alin.2. Însă, alături de cele două forme infracționale, care în afara oricărei discuții sunt fapte ilicite de natură penală, care se pot comite doar cu o formă de vinovăție a intenției, în practică pot fi întâlnite și alte activități ilicite, comise cu vinovăție, comise de debitorii insolvabili sau reprezentanții acestora, dar nu sunt încriminate de lege. Cu toate acestea, comportamentele ilicite pot fi încadrate în conținutul constitutiv al noțiunii de bancrută, întrucât aceasta este o insolvență cauzată de nereguli, iar faptele de natură penală constituie doar o parte din sfera extinsă a activităților ilicite, aspect ce ne conduce la concluzia că bancruta cuprinde în conținutul său orice fapte ilicite comise cu vinovăție. Indiferent că este de natură civilă sau penală, pentru a fi întrunite elementele constitutive ale infracțiunii de bancrută, se impune existența pe lângă săvârșirea unei fapte ilicite să fie comisă cu vinovăție, și a cerinței ca prin acțiunea sau inacțiunea debitorului, să se fi determinat, în totul sau în parte, ajungerea lui în stare de insolvență. Dacă nu a cauzat imposibilitatea debitorului de a face față datorilor exigibile cu sumele de bani disponibile, fapta ilicită nu-și pierde în toate cazurile acest caracter, deoarece ea poate fi sancționată ca o altă formă de ilicit.

Prin urmare, în cazul bancrutei, nu are relevanță atât existența unei fapte ilicite imputabile unei persoane fizice sau juridice, cât legătura fapte ilicite cu starea de insolvență a unui debitor, relație în lipsa căreia se poate discuta, eventual, de altă formă de ilicit și nu de bancrută simplă sau frauduloasă.

În categoria faptelor ce pot fi considerate bancrute intră, atât cele prevăzute de art.143 din Legea 85/2006, respectiv bancruta simplă și frauduloasă, cât și faptele ce pot angaja răspunderea membrilor organelor de conducere sau de supraveghere ale debitorilor insolvenți și a altor persoane care au determinat starea de insolvență, descrise la art.138 din Legea 85/2006, situație în care, la cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului, judecătorul-sindic poate dispune ca o parte a pasivului debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvență, să fie suportată de membrii organelor de supraveghere din cadrul societății sau de conducere, precum și orice altă persoană care a cauzat starea de insolvență a debitorului³, precum și la art.79-80 din Legea 85/2006. Aceste articole prevăd că în perioada premergătoare deschiderii procedurii insolvenței, debitorul aflat în dificultate economico-financiară poate încheia anumite acte prejudiciabile pentru creditori, iar aceștia se văd ajunși în situația de a nu-și mai putea recupera, în totul sau în parte creanțele, în totul sau

3 A se vedea: St.D. Cârpeanu, Drept comercial român, ed. A VI-a, p.697-701.

în parte. Art.79 se ocupă de regimul juridic a unora dintre acele acte frauduloase încheiate între debitor în dauna drepturilor creditorilor întocmite în ultimii trei ani ce au premers deschiderii procedurii insolvenței și care pot fi anulate de judecătorul sindic la cererea lichidatorului, în timp ce art.80, se ocupă de actele prezumate a fi încheiate în fraudă, care pot deasemenea fi anulate de judecătorul sindic la cererea administratorului judiciar, sau, după caz a lichidatorului.

În concluzie, în cazul actelor prevăzute de art.80, fraudă este prezumată, iar în ipoteza actelor menționate în art.79 fraudă trebuie dovedită⁴.

4 A se vedea: V. Pașca, Falimentul fraudulos, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p.11.

DIAGNOSTICAREA MODIFICĂRILOR PRODUSE ÎN CONȚINUTUL INIȚIAL AL DOCUMENTELOR

Ion VACARU, doctorand, ULIM

Recenzent: Gheorghe GOLUBENCO, doctor, conferențiar universitar

În lucrare se expun modalitățile de falsificare a documentelor prin adăugire de text, înlăturare mecanică sau chimică a conținutului preexistent, precum și indicii ce denotă asemenea modificări, metodele de evidențiere a falsului. În finalul articolului se propune un algoritm de examinare a textului documentului în cazul existenței unei bănueli că acesta a fost falsificat prin adăugire de text.

Cuvinte cheie: document, ștergere de text, corodare, adăugire de text, algoritm de cercetare.

THE DIAGNOSTIC OF CHANGES MADE IN THE CONTENT OF THE DOCUMENT.

The paper exposes the ways of document falsification through new text adding, mechanical or chemical removal of the existing text as well as the signs that denote such modifications and the methods of highlighting the falsification. At the end of the article the author suggests an algorithm of examination of the text of the document in the case of suspected falsification through text adding.

Key words: document, mechanical and chemical removal of the text, text adding, research algorithm.

Situația expertuală, la baza căreia este pusă versiunea privind posibila modificare parțială a documentului necesită efectuarea expertizei tehnico-criminalistice a documentelor pentru a soluționa întrebarea dacă în conținutul inițial al actului sunt sau nu introduse careva modificări. Astfel de documente, conținutul cărora este parțial modificat prezintă destul de frecvent obiectul cercetărilor criminalistice. Modificări se operează în texte, impresiuni de ștampilă (sigilii), se înlocuiesc fotografiile, se schimbă unele file din documente etc. În aceste scopuri se recurge la diverse ștersături, adăugiri, corodări, spălări de text etc.

Sarcinile care stau în fața expertului în cercetarea a astfel de documente pot fi divizate în două grupe: **a)** detectarea modificărilor în conținutul inițial al documentului; **b)** relevarea conținutului preexistent. Aceste sarcini sunt, de regulă, strâns legate între ele și încercarea de a le despărți nu totdeauna reușește. Spre exemplu, detectarea corodării sau spălării de text presupune iminent descoperirea unor fragmente de grafisme ale textului inițial.

În cele ce urmează vom încerca să abordăm unele particularități problematice ale metodicii diagnosticării a astfel de modificări, dar și a posibilităților relevării conținutului preexistent al documentului.

Prin **ștersătură** majoritatea savanților ruși (Cосенушкина М.Н., Белкин Р.С. ș.a.) înțeleg, pe drept, doar înlăturarea mecanică a semnelor sau a oricaror altor inscripții în scopul modificării conținutului inițial al acestuia¹. Criminaliștii români semnificația acestui termen o înțeleg mai larg — ca „intervenție de natură mecanică sau chimică asupra documentului, îndreptate spre înlăturarea sau decolorarea scrisului”². Totuși, precizările făcute de cercetătorul român D. Sandu scot în evidență unele deosebiri între aceste modalități, și anume că, ștergerea mecanică constă în radiere și răsuire, iar ștergerea chimică în corodare și spălare.

Prin radiere se formează indicii de influență mecanică asupra documentului și semne ale textului inițial rămase pe acesta. De regulă, la înlăturarea scrisului prin radiere mecanică se folosește guma, miezului de pâine ș.a., iar răzuirea presupune înlăturarea scrisului cu lama și alte obiecte ascuțite de acest fel.

Întrebările tipice care se formulează în fața expertului sunt: — dacă documentul incriminat a fost sau nu supus unor ștersături?; — care este conținutul inițial al documentului?

Acțiunea mecanică asupra actului poate fi pusă în evidență prin mai multe elemente: — deterioararea structurii stratului superior al hârtiei (distrugerea încleerii fibrelor de hârtie, ceea ce duce la scămoșarea lor, pierderea luciului hârtiei și aspectul mat în zona respectivă comparativ cu satinajul normal al porțiunilor învecinate); — subțierea hârtiei în locul afectat, gradul diminuării fiind în funcție de calitatea hârtiei (grosimea hârtiilor de calitate inferioară este neuniformă, subțierea lor va fi mai pronunțată); — afectarea liniaturii imprimate a hârtiei, a desenului de protecție, a unor semne și a grafismelor textului învecinat; — difuzia mare a cernelii în locurile unde a fost alterată hârtia³; — apariția unor zone de altă culoare sau a unor zone, în locurile unde s-a încercat refacerea satinajului.

Semnele unor rămășițe de text care s-au păstrat în masa hârtiei documentului: — particule de colorant sau trasee grafice, incomplet înlăturate sau răzuite; — urme de presare lăsate pe document de instrumentul scriptural⁴; — alterarea documentului după configurația unor semne de scriere (subțierea grosimii hârtiei, scămoșarea stratului superior al hârtiei); — existența unor fluorescențe accentuate, de nuanțe diferite comparativ cu fondul general de fluorescență a documentului incriminat.

Fiecare dintre aceste semne pot fi scoase în evidență cu ajutorul unui complex de metode: fizice, fizico-chimice, fotografice sau altor procedee de examinare. Astfel, scămoșarea hârtiei poate fi depistată în lumină incidentă sub un unghi ascuțit. Um-

1 Особенности исследования некоторых объектов традиционной криминалистической экспертизы: Уч. Пособие./ Под ред. В.А.Снеткова. М.: ЭКЦ МВД России, 1993. 251 с., с. 189

2 Sandu D. Falsul în acte. Descoperire și combatere prin mijloace criminalistice. București:Lumina Lex, 1994. 222 p., p. 64

3 Bercheșan V., Ruiu M. Tratat de tehnică criminalistică. București: Little Star, 2004. 752 p., p. 561

4 Технично-криминалистическое экспертиза документов. Учебник / Под ред.Р.С.Белкина и А.Н. Самончика. Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1978. 203 с., с. 116

bra căzută de la fibrele ridicate delimitează porțiunea atacată. Micșorarea grosimii hârtiei poate fi depistată examinând actul în transparență, fixând rezultatele prin fotografiere în lumină de trecere și uniformă. Întinderea cernelurilor în grafismele din locul ștersăturilor ușor pot fi observate cu lupa sau la microscop. Aceste simptome sunt determinate de starea suprafeței hârtiei și de înclieirea ei.

Pentru a depista înlăturarea mecanică a înscrisurilor pe hârtie de înaltă calitate, în cazuri aparte pot fi recomandate procedee de tratare cu vapori de iod sau prelucrarea suprafețelor cu prafuri dactiloscopice⁵. Pe suprafețele afectate de ștersături vaporii de iod și particulele de praf sedimentează mai intens de cât pe rezultatul documentului. În aceste scopuri uneori se folosesc și preparate clorzinciod, care colorează porțiunile de suprafețe șterse în nuanță cafenie.

Pentru relevarea înscrisurilor inițiale pot fi utilizate un complex de metode fizico-chimice, care permit a amplifica contrastul dintre fundalul documentului (suprafața hârtiei) și resturile slabvizibile ale înscrisurilor, provoacă luminiscenta inscripțiilor inițiale atât vizibilă cât și cea invizibilă din zona spectrului infraroșu, utilizarea diverselor însușiri fizico-chimice ale coloranților textului inițial sau a celui nou aplicat pe document, după cum urmează: — fotografia în raze oblice și lumină penetrantă; — fotografia separatoare de culori (pentru relevarea grafismelor colorate); — fotografia în raze reflectate din zona spectrului ultraviolet și infraroșu (pentru refacerea inscripțiilor executate cu cerneală, creioane cu mină de grafit, a textelor dactilografiate prin lentă specială sau hârtie copiativă indigo etc.); — fotografia în curenți de înaltă frecvență ce permite a reface textul înlăturat după urmele de presiune pe document; — relevarea scrisului prin întărirea electronică a contrastului⁶; — examinarea în radiații infraroșii (pentru relevarea textelor executate cu vopsea tipografică de culoare neagră, tuși negru, a textelor dactilografiate prin lentă specială sau hârtie copiativă); — metoda difuzo-copiativă (pentru relevarea textelor, executate cu cerneluri cu anilină, creioane chimice preparate cu albastru sau violet de metil, pasta tocului cu bilă); — metoda absorbției luminiscentei (refacerea textelor scrise cu pasta tocului cu bilă, tuși negru, vopsea tipografică) ș.a.

Metodele de relevare a conținutului inscripțiilor șterse și condițiile de aplicare se selectează în funcție de simptomele scoase în evidență — particule de colorant, urme de presiune etc., precum și de însușirile substanțelor grafismelor înlăturate, prezența sau lipsa inscripțiilor ulterioare în locul alterat.

O altă metodă de relevare a urmelor de presiune o constituie ridicarea urmelor de presiune cu ajutorul mulajului executat cu pasta „K”. Tot în aceste scopuri poate fi folosită și fotografia în curenți de înaltă frecvență.

Sunt cunoscute și alte metode de localizare a ștersăturii și anume prin aplicarea hârtiei de turnesol și prin măsurarea conductibilității electrice. Cu hârtia de turnesol se va depista nu doar falsul în act ci și materialul folosit la corodare sau spălare.

5 Поташник Д.П. Техничко-криминалистическая экспертиза документов и ее роль в судебном доказывании. М.: ЛексЭст, 2004. 143 с., с. 85

6 Bercheșan V., Ruiu M. op. cit., p. 567

Dacă hârtia se va colora în roz, înseamnă că s-a folosit o substanță acidă, iar dacă va căpăta o culoare albastră, înseamnă că s-a folosit o substanță bazică.

Radiațiile UV sunt utilizate atât pentru producerea fluorescenței și detectarea locului ștergerii, cât și pentru evidențierea scrisului preexistent, aceasta datorită însușirii ce o au de a fi absorbite și reflectate în alt mod decât radiațiile spectrului vizual. Acestea ajută, în primul rând, la relevarea scrisurilor spălate sau corodate, fiind mai puțin eficiente pentru relevarea scrisului alterat prin ștersături mecanice. Rezultate bune se obțin în cazul cernelurilor care conțin coloranți organici, al tușurilor și creioanelor de culoare roșie, galbenă și verde. În ipoteza folosirii radiațiilor UV, textul se mai poate reface prin metoda stingerii fluoriscentei, situație în care se folosește o substanță de tipul eosinei, ce își pierde fluorescența în porțiunile textului înlăturat⁷.

Aplicarea radiațiilor infraroșii (700-1200 nm) pentru relevarea scrisului îndepărtat prin ștersături este folosită pentru identificarea traseelor, substanța cărora nu este transparentă în această zonă a spectrului, așa cum se vede din foto de mai jos (trăsăturile de creion, tuși negru, vopsea tipografică neagră, panglica mașinii de dactilografiat ș.a.)⁸.

Metoda difuzo-copiativă poate contribui la evidențierea inscripțiilor înlăturate, dacă acestea au fost executate cu coloranți organici. Această metodă se bazează pe efectul de sensibilizare și desensibilizare optică a materialelor fotografice. Punând în contact actul modificat cu o placă sau o hârtie fotografică, urmele scrisului șters pot provoca un proces fotochimic de natură să modifice starea halogenurii de argint din emulsie și să releve astfel imaginea inițială a scrisului. Metoda se caracterizează printr-o mare sensibilitate, ea se aplică de regulă pentru relevarea scrisurilor înlăturate pe cale mecanică⁹. La cele colorate sau spălate, colorantul este distrus sau se întinde pe o suprafață mai mare a hârtiei, ceea ce influențează negativ asupra relevării; rezultatele pozitive se pot obține doar atunci când intervenția chimică s-a limitat numai la trăsăturile ce alcătuiesc scrisul.

Prin această metodă pot fi relevate, în primul rând, înscrisurile executate cu materiale care conțin coloranți organici solubili în apă¹⁰. Este posibilă, de asemenea, relevarea urmelor materiale de scriere care conțin coloranți anorganici. În astfel de cazuri, tehnica de lucru parcurge fazele copierii, prelucrării materialului fotografic și reproducerii imaginii.

Metoda separatoare de culori se folosește la relevarea resturilor de înscrisuri slabvizibile. Cercetările se realizează în zona spectrului vizibil, deoarece diferența de

7 Stancu E. *Tratat de Criminalistică*. Ediția a II-a, revăzută și adăugită. București: Universul juridic, 2002. 703 p., p. 279

8 Suci C. *Criminalistica*. București: Editura Didactică și Pedagogică, 1972. 579 p., p. 116

9 Chiriac Ed. *Aplicarea metodei difuzo-copiative în studiul și expertizarea documentelor*. În: *Probleme de medicină legală și judiciară*. Vol. V. București: Editura Medicală, 1966, p.161-162.

10 Suci C. *op. cit.*, p. 474

intensitate dintre grafisme și fond este maximă. Contrastul se amplifică cu ajutorul filtrelor de lumină și a fotomaterialelor contrastante.

Corodarea prezintă o altă modalitate de îndepărtare a scrisului preexistent pe cale chimică care constă în decolorarea (distrugerea) traseelor textului cu acizi diluați sau substanțe alcaline. **Spălarea** — constituie o procedură de dizolvare a colorantului grafismelor cu apă, spirt, alți diluanți și agenți chimici cu acțiune combinată ca, spre exemplu, prafuri sintetice de spălat ș.a.

În fața expertului, de regulă, se formulează următoarele întrebări: **a)** Dacă documentul a fost supus corodării sau spălării?; **b)** Care este conținutul preexistent al documentului?

În cadrul expertizei documentelor, modificate prin astfel de procedee, mai întâi se stabilește însuși faptul corodării sau spălării, mai apoi se scot în evidență grafismele inscripțiilor înlăturate.

Corodarea se particularizează printr-o serie de elemente, de natură să releve modificarea actelor în acest mod. Solvenții minerali sau organici folosiți la ștergere au influență nu numai asupra scrisului, dar și asupra hârtiei, asupra semnelor grafice învecinate și asupra interpretării grafice executate ulterior în porțiunea alterată.

Ca repere concrete de detectare a unor asemenea intervenții menționăm mai întâi prezența zonelor mate, a petelor gălbui sau albicioase. Înclearea hârtiei în aceste zone este alterată, ea devenind porozitară, higroscopică. Un alt indiciu de alterare a actului prin mijloace chimice îl constituie creșterea fragilității hârtiei, fisurile fiind ușor observate în transparență. De asemenea, se poate constata întinderea trăsăturilor de cerneală executate în porțiunea atacată și schimbarea nuanței de culoare a acestora¹¹, mai ales hârtia cu conținut mare de masă lemnoasă.

În porțiunile alterate se va atesta diferență de luminiscentă comparativ cu fondul documentului. Aici însă trebuie avut în vedere că luminiscentă poate apărea peste un anumit timp (3–5 minute) după începutul luminării documentului cu radiații UV. Pe de altă parte și iluminarea îndelungată a documentului este contraindicată, întrucât razele UV alterează de asemenea substanța colorantă a grafismelor. La fel, trebuie luat în calcul și faptul că petele luminiscente pe suprafața documentului pot fi și rezultatul unor impurificări a hârtiei ce luminesc sub acțiunea acestor raze¹².

Din indici menționați mai sus, specific pentru corodare sunt doar fragilitatea hârtiei, modificarea rețelei de protecție, a liniaturii, a inscripțiilor învecinate și a noilor înscrisuri. Celelalte caracteristici sunt valabile atât pentru corodare cât și pentru spălarea documentelor.

Pentru detectarea înlăturărilor pe cale chimică se folosesc aceleași metode ca la depistarea răzuirilor și radierilor dar mai pot fi aplicate și alte metode adăugătoare. Sunt și metode specifice înlăturărilor chimice. Oricum, cele mai indicate metode

11 Sandu D. Falsul în acte. Descoperire și combatere prin mijloace criminalistice. București: Lumina Lex, 1994. 222 p., p. 67

12 Техничко-криминалистическое экспертиза документов. Учебник / Под ред. Р.С. Белкина и А.Н. Самончика. Волгоград: ВСИ МВД СССР, 1978. 203 с., с. 121

sunt: — fotografierea în raze UV reflectate; — fotografierea luminiscentei vizibile; — fotografierea luminiscentei în raze IR; metoda difuzo-copiativă; — amplificarea contrastului.

Metoda difuzo-copiativă enunțată mai sus poate fi aplicată doar dacă corodarea s-a realizat pe grafisme. În astfel de cazuri, hârtia fotografică se umectează și la lumina roșie a laboratorului se presează pe zona alterată a documentului pentru o perioadă de 40-60 sec. după care hârtia se luminează cu lumină albă timp de 2-3 sec. În rezultatul prelucrării hârtiei în soluțiile de revelator și fixator fotografic, pe fondul întunecat al ei pot fi observate trasee albe ale înscrisurilor relevante.

Simptomele principale care indică folosirea metodei de spălare în cazul înlăturării textului, pe lângă alterarea înclerării hârtiei, diferențe în luminiscenta zonei atacate și fondul documentului, luminiscenta unor grafisme ce nu se atarnă la textul vizibil, conduce la crearea petelor legate de difuzia coloranților incipienților preexistente. Pentru relevarea textelor spălate se aplică aceleași metode ca și în cazul textelor corodate cu excepția metodei difuzo-copiativă din motivele de difuzie a substanței colorante.

Adăugirea de text ca metodă de modificare a conținutului preexistent prezintă refacerea înscrisurilor inițiale pe calea adăugirii sau desenării în spațiul liber al documentului autentic a unor grafisme, cifre, litere, cuvinte sau fragmente de text. Desenarea în astfel de situații înseamnă alipirea sau anexarea unor grafisme ce modifică cifrele sau literele anterioare, spre exemplu, „3“ în „8“; „1“ în „4“; „o“ în „b“ ș.a.m.d. Dacă astfel de modificare a textului preexistent nu este stipulată și certificată conform regulilor de redactare a documentelor, ea poate servi drept lucru stabilit în activitatea de probare a falsului documentului. Însuși faptul introducerii schimbărilor în conținutul inițial al documentului prin adăugire se determină de către expert, întrucât adăugirea ca atare nu constituie element de drept, dar de fapt și ca modalitate de fals ea se folosește de rând cu alte materiale de probă.

Înscrisurile pot fi schimbate la începutul, mijlocul sau sfârșitul cuvintelor și cifrelor, precum și prin incorporarea lor între rânduri. Pentru ca să mascheze adăugarea, plastografii se străduie să imiteze executorul inscripțiilor preexistente folosind același instrument scriptural, aceeași nuanțe de culoare a cernelurilor. Inscripțiile noi se plasează astfel ca acestea să nu se evidențieze, uneori repasându-se traseele anterioare și cele ulterioare. Cu toate acestea, chiar dacă indicii adăugirilor se camuflează destul de minuțios, în marea majoritate a cazurilor aceștia pot fi depistați¹³.

Un prim element ce trebuie avut în vedere atunci când există bănuiele că actul este modificat prin adăugiri îl reprezintă continuitatea logică a textului. Neîncadrarea firească în context a unui cuvânt sau a unei fraze, prezența unor contradicții între denumirea instituției, impresiunea de ștampilă, semnătura, data actului, alte mențiuni pe ambele părți ale documentului, dovedește intercalarea, intervenția de modificare a actului.

13 Технично-криминалистическое экспертиза документов. Учебник / Под ред. Р.С. Белкина и А.Н. Самончика. Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1978. 203 с., с. 125

Un alt element evident de adăugire îl constituie scrierea unor mențiuni pe act de către altă persoană decât aceea care a scris restul textului. Stabilirea adăugirii este posibilă și în cazurile când ea se face de către aceeași persoană care a scris textul inițial. Datorită executării sale în alt moment și în alte condiții, scrisul adăugat poate prezenta deseori față de cel anterior, în privința valorilor dimensionale, poziția semnelor grafice față de axa verticală, spațiile dintre ele, calibrul trasăturilor, gradului de presiune, ș.a.¹⁴ Așezarea actului în momentul scrierii inițiale și adăugirii pe suporturi diferite, imprimă trasăturilor aspecte care, de multe ori, sunt edificatoare ale singure pentru demonstrarea neconcomitenței întocmirii sale. Fenomenul apare îndeosebi când se scrie cu creionul ori cu stiloul cu bilă și când unul din suporturi nu are suprafața perfect netedă.

Instrumentul de scriere furnizează și el importante elemente de ordin grafic, ce pot fi luate în considerare pentru stabilirea adăugirii. Atunci când trasăturile adăugate se execută cu un alt tip de instrument scriptural, sarcina dovedirii modificării este simplă. Când însă s-a scris cu un instrument de același fel este necesar să se observe dacă corespund particularitățile morfologice ale trasăturilor. Astfel, trasăturile de creion se pot diferenția după grosimea lor, după cantitatea de grafit depozitat, după eventualele zgârieturi produse pe hârtie.

Stiloul cu bilă formează pe hârtie trasături care diferă de cele executate cu pe-nița. Deosebirea dintre acestea nu constituie o sarcină dificilă, mai greu este să se diferențieze între ele trasăturile executate cu pixuri diferite sau cu același pix dar în momente și condiții de scris diferite. Distanța se poate face deoarece în multe cazuri diferă grosimea și intensitatea trasăturii și, mai ales, aspectul striatiilor determinat de iregularități ale bilei și impresiuni de sertizare a acesteia¹⁵.

Modificarea actului este adesea relevată de plasamentul anormal al mențiunilor cifrice ori literelor adăugate, astfel se pot întâlni rânduri convexe ori concave, comprimări sau răsfirări de litere, prescurtări neobișnuite de cuvinte, etc. Intercalarea este atestată de absența unei continuități logice a textului și de neintegrarea scrisului adăugat în coordonatele celui inițial.

Textele adăugate și cele preexistente se pot deosebi prin impuritățile ce le conțin materialele de scriere: culoarea și nuanța de culoare, capacitatea de a reflecta și a absorbi radiații IR și UV, capacitatea de a absorbi razele Roentghen (în cazul, în care în componența materialelor de scriere există elemente cu numărul atomic mai mare ca 24), capacitatea de copiere (grafismele de cerneală de toate culorile se copie pe hârtie umezită cu apă, pe când trasăturile de pastă — pe materiale policlorvinil, prelucrate cu diluanți organici)¹⁶. După capacitatea de copiere pot fi diferențiate nu numai grafismele scrise cu diferite ca compoziție materiale dar și cele ce dețin aceleași constituente însă executate în diferite perioade de timp.

14 Bidian L., Vicol I. Îndrumarul specialistului în grafoscopie. București: Institutul de criminalistică al Ministerului de Interne, 1970. 178 p., p. 49-50

15 Bobos L. Stabilirea falsului prin adăugiri în acte. În: 20 de ani de experiență criminalistică. Culegere. București: Ministerul Justiției, 1978, p.140-149., p. 140

16 Поташник Д.П. Цит. соч., с. 143

Din cele susmenționate se observă că, pe lângă examinarea caracteristicilor grafice și topografiei spațierii lor, un alt pas în continuarea investigațiilor ar fi criteriile fizico-chimice de stabilire a adăugirilor: diferențierea cromatică, comportarea față de radiațiile invizibile, examinarea microscopică, copiabilitatea materialelor de scriere, comportarea față de reactivi, analiza cromatografică ș.a.

Elementele de ordin grafic nu oferă în toate cazurile posibilitatea stabilirii adăugirilor. Uneori ele nu sunt suficient de edificatoare pentru o concluzie certă de fals, fapt ce impune ca adăugirea să fie dovedită pe alte căi. Un rol important în acest sens îl au examinările privind însușirile fizico-chimice ale materialelor de scriere care, atunci când diferă, constituie dovada elocventă a alterării actului. Situațiile sunt simple când adăugarea se face cu un material de scriere de altă natură sau culoare decât aceea folosită la examinarea grafismului inițial. Dificultățile intervin în momentul când adăugarea se face cu materiale de scriere de aceeași natură sau de aceeași culoare.

Metodele de analiză a materialelor de scriere în vederea diferențierii lor sunt diverse. Se vor aplica cu prioritate metodele fizice de examinare care să nu afecteze în vreun fel actul. Specifice stabilirii adăugirilor sunt procedeele de diferențiere cromatică, examinarea comportării față de radiațiile invizibile a materialelor de scriere, examinarea microscopică a acestora, metoda copierii, examinarea comportării materialelor de scriere față de feluriți reactivi și analiza cromatografică.

În încheiere, sintetizând cele spuse, menționăm că, în fond, examinarea documentelor în scopul stabilirii adăugirilor trebuie realizată, după cum reese și din cele relatate, într-o anumită consecutivitate care prezintă în sine un **algoritm** de soluționare a acestei sarcini și care cuprinde următoarele elemente:

ALGORITMUL ***examinării documentului în scopul stabilirii adăugirilor***

I. Stadia prealabilă

1.1. Studiarea ordonanței (încheierii) și a altor materiale și obiecte ale dosarului în scopul clarificării sarcinilor ce stau în fața expertizei

1.2. Determinarea plenitudinii și suficienței materialelor prezentate. În caz că apare necesitatea de materiale suplimentare, informații privind circumstanțele confecționării sau păstrării documentelor se alcătuieste și se expediază un astfel de demers argumentat.

1.3. Formarea unei imagini generale privind documentele în ansamblu, prezentate la expertiză și a înscrisurilor contestate. În aceste scopuri se analizează denumirea documentului, data executării lui, culoarea, factura, aspectul exterior, dacă e originalul sau copia lui, prezența unor eventuale deteriorări, șifonări, impurificări etc. Se cercetează și înscrisurile incriminate (caracterul lor-grafism, semn sau inscripție textuală), locul spațierii ei, dacă există sau nu diferențe vizibile dintre acestea și restul textului după culoare a materialelor de scriere sau modul de executare.

1.4. Elaborarea ipotezelor de lucru și planificarea investigațiilor de expertiză. Se are în vedere versiuni de lucru după care este posibil stabilirea faptului adăugirii. Versiunile pot privi caracteristicile și însușirile după care poate fi determinat faptul adăugirii de text, soluțiile și metodele de cercetare, baza tehnico-materială necesară ghidurile informaționale necesare, consecutivitatea aplicării metodelor, cooptarea altor specialiști din domeniile adiacente.

2. Stadia analitică

2.1. Studiarea structurii logice a conținutului documentului, adică verificarea dacă există sau nu contradicții logice între părțile documentului.

2.2. Determinarea modului de executare și a genului materialelor folosite în fragmentele de înscrisuri confruntate. Aici pot fi aplicate metode microscopice sau de determinare a solubilității materialului de scriere (în cazul unui volum mai mare), adică comportarea față de reactivi.

2.3. Cercetarea prin metoda vizuală a particularităților topografice de amplasament a înscrisurilor contestate în document pentru a stabili dacă există spațiere neobișnuită a unor fragmente de text relativ la alte înscrisuri sau liniatură, margini ale documentului etc.

2.4. Examinarea caracteristicilor grafice ale scrisului pentru a preciza dacă există diferențe numai între cele generale sau se deosebest atât cele generale cât și cele de ordin particular.

2.5. Examinarea culorii și nuanței de culoare a materialelor de scriere prin metoda separatoare de culori, spectrofotometria microscopică și altor metode de amplificare a contrastului.

2.6. Cercetarea particularităților morfologice ale grafismelor înscrisului incriminat prin metode microscopice.

2.7. Examinarea reliefului grafismelor în raze incidente sub un unghi ascuțit, în câmpi de curenți de înaltă frecvență ș.a.

2.8. Examinarea grosimii grafismelor prin metode instrumentale de măsurare, statistice de probabilitate etc.

2.9. Examinarea capacității materialelor de scriere de a pătrunde în masa hârtiei prin metode vizuale, microscopice a versoului documentului.

2.10. Examinarea însușirilor optice a materialelor de scriere în zona IR prin mai multe metode: aparate opticoelectronice, fotografia în radiații IR, termografia ș.a.

2.11. Examinarea proprietăților optice a materialelor de scriere în zona UV (observarea cu aparate opticoelectronice, teletehnica, fotografia în raze UV).

2.12. Testarea capacității de luminiscentă a materialelor de scriere în zona vizibilă a spectrului (când documentul este luminat cu raze UV) prin metoda vizuală, cu ajutorul microscoapelor speciale, înregistrarea cu aparatele fotografice și opticoelectronice.

2.13. Testarea capacității de luminiscentă în zona roșie și IR a spectrului cu ajutorul microscoapelor speciale, înregistrarea cu aparatele fotografice și opticoelectronice

2.14. Studiarea comportării materialelor de scriere în cadrul aplicării metodei difuzo-copiative.

2.15. Analiza capacității de copiere a materialelor de scriere prin metoda copierii umede pe peliculă policlorvinil, prelucrată cu solvenți organici (în cazul suficienței volumului de materiale).

2.16. Examinarea conținutului și a impurităților materialelor de scriere promovată de specialiști în domeniul substanțologiei criminalistice în baza unei metodici complexe.

2.17. Stabilirea consecutivității cronologice a trăsăturilor intersectate prin aplicarea unei metodici complexe.

2.18. Determinarea succesiunii cronologice a traseelor ce nu se intersectează prin metode de examinare a însușirilor materialelor determinate de modificari sub acțiunea timpului.

3. Stadia de sintetizare a cercetărilor

3.1. Aprecierea în ansamblu a totalității de caracteristici scoase în evidență, după cum urmează: **a)** ca elemente determinate de prezența adăugirii de text; **b)** ca totalitate de caracteristici ce mărturisesc lipsa oricăror adăugiri; **c)** caracteristicile nu pot fi interpretate univoc, adică acestea pot mărturisi că modificarea textului pe calea adăugirii nu s-a efectuat sau că ea a fost făcută de aceeași persoană cu folosirea acelorași instrumente și materiale de scriere în spațiul liber al documentului; **d)** simptomele scoase în evidență sunt determinate de executarea fragmentelor de text în condiții neobișnuite, însă insuficiente pentru a conchde categoric că suntem în prezența unei adăugiri.

3.2. Formularea concluziei: **a)** categorice pozitive (faptul modificării conținutului înscrisurilor pe calea adăugirii este stabilit); **b)** categorice negative (înscrisul contestat nu a fost modificat prin adăugire); **c)** de soluționat problema dacă a avut loc faptul adăugirii de text nu a fost posibil

4. Alcătuirea raportului de expertiză, în care se reflectă mersul și rezultatele investigațiilor, se trec în revistă metodele aplicate, condițiile de utilizare și rezultatele obținute. Stabilirea faptului adăugirii sau lipsa acestuia poate fi acceptată ca fapt probant în sistemul de probe despre falsificarea parțială a documentului ca varietate de fals material al documentelor.

BASIC ELEMENTS OF CIVIL SOCIETY SYSTEM

Carolina GALBEN, doctorandă ULIM

Civil society is not only a comprehensive concept that includes all political organizations, foundations, leagues, unions and non-governmental organizations that act within this framework. For a better understanding of civil society, it is necessary to analyze its components and their characteristics.

Keywords: Civil Society, NGOs, social organizations, family, civil society components.

ELEMENTELE COMPONENTE ALE SISTEMULUI SOCIETĂȚII CIVILE

Societatea civilă nu este decât o noțiune globală politică ce cuprinde toate organizațiile de la asociații, fundații, ligi, syndicate și până la organizații neguvernamentale ce acționează în acest cadru. Pentru a înțelege mai bine societatea civilă, atât națională, cât și europeană este necesară analiza componentelor sale și ale caracteristicilor lor. Structura reprezintă edificiul intern al societății, care reflectă varietatea și interacțiunea componentelor ei, ce asigură integritatea și dinamismul dezvoltării.

Cuvinte cheie: Societate civilă, organizații nonguvernamentale, organizații sociale, familia, elementele componente ale societății civile.

Civil society is a global and political notion that includes all types of organizations such as associations, funds, leagues, trade unions and nongovernmental organizations carrying out their activities in this area. In order to understand better the civil society both national and European it is necessary to analyze its elements with their distinguishing features. The structure represents the internal edifice of the society reflecting the variety and the interaction of its elements that assure the integrity and the dynamic development.

The human being with his natural needs and interests expressed through juridical rights and duties is the main element of the system, a factor of intellectual and voluntary energy of the society. The elements of the structure are composed of different communities and associations of people and mutual relations between them¹.

There are a lot of varied social organizations and their organizational degree is also different. Thus, there are organizations with many spontaneous elements and more stable organizations with a constitution and working system set up by a legal status that fixes the members' rights and duties.²

1 Алексеев С.С., Архипов С.И. Теория государства и права. Москва: Норма, 2005. с. 87 din 496 c.

2 Avornic Gh. Teoria generală a Dreptului. Chișinău: Cartier juridic, 2004. p.224 din 656p.

The distinguishing feature of the civil society is the political pluralism. It is viable when its members have a high level of intellectual and social development, are free inside and able to act independently in the framework of any institute of public life. The civil society generates the developed consciousness and the ability to objective self realization.

Thus, the civil society cannot be defined as a system of any apolitical and public relations and institutions. The genesis of such a society is formed of an enough coherent system of economical, social and political, religious, spiritual — moral, domestic, cultural and other public relations which through the means of determining the policy of the state express the citizens' wish. Within this system different social organizations, movements, political parties (excepting those governing), religious organizations, economical associations and communities work, and finally the man himself as a personality with his domestic, professional, entertainment and other different needs.³

The area of civil society organizations has been described as a varied, heterogeneous domain that brings together organizations which goals, structure and motivations vary considerably.

Hence, it is difficult to find a common definition to the civil society organization.⁴

The civil society:

- a) Is included in a public space within the society;
- b) Is situated between the state, the market and the family;
- c) Doesn't represent a homogeneous group nor a mass of isolated citizens;
- d) Materializes through associations of citizens depending on their interests, so that it is possible to follow common objectives and mutual interaction.⁵

It is important to take into account three aspects when analyzing the structure of the civil society.

Firstly, the aforementioned structural parts that reflect the spheres of the vital activity of the society are closely tied and interpenetrated. The unifying factor, the epicenter of the various relations between them is the man (citizen) as the entirety of all the social relations and the measurement of all the things.⁶

The organizations of the civil society are, first of all, associations of legal order that voluntarily gather citizens following their own interests. As the members of this organizations deliberate and realize in common their objectives and tasks that are stipulated through associating statutes, these ones can dispose of a high special-

3 А.Н. Головистикова, Ю.А. Дмитриев. Проблемы теории государства и права: Учебник. — Москва: ЭКСМО, 2005, с. 554 — 649 с

4 Mureşan M., Duţu P. Societatea civilă — actor nonstatal major. Bucureşti: Editura Universităţii Naţionale de Apărare „Carol I”, 2006. p.27

5 Cvetek N., Daiber F. Qu'est-ce que la societe civile? Antananarivo, 2009 <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/madagaskar/06890.pdf> p.9

6 Алексеев С.С., Архипов С.И. Теория государства и права. Москва: Норма, 2005. с. 89 din 496 с.

ized competence. The organizations of civil society are institutionalized structures independent of the State and its institutions including political parties.⁷

Secondly, when analyzing the social and economic system as relatively independent phenomena one shouldn't underestimate other structural elements (such as ideas, norms, traditions).

Thirdly, we must understand that the factor that tie, put in order the structure and the vital activity process of the public organization is the law with its common humanistic nature maintained by a progressive and democratic legislation and that the logic of the development of the civil society imply inevitably the idea of a based on law state, a law democratic society.⁸

The civil society has a very complicated own internal structure. One of its features is the presence of horizontal relations and the existence of some levels and stages.⁹

The organizations of the civil society working within the national framework are juridical subjects that are members of a national juridical order. Generally, the juridical order that exist in the majority of the European states claim to these organizations their recognition as juridical subjects of democratic structures, like the elected members' offices by the majority of the members and certification commission.

The organizations of the regional and/or international civil society working in a cross-border manner in their quality of juridical subjects are subjected to the specific jurisdiction of the state in which they have their headquarters. In the majority of cases, the international organizations that join a federation like OSC don't dispose of juridical personality if not having received such a quality from the behalf of the country where their headquarters are situated.¹⁰

The structure of a modern civil society can be presented in the form of 5 basic systems which reflect the spheres corresponding to its vital activities. These systems are: social (in the narrow sense), economic, political, spiritual-cultural and informational.

The social system represents the totality of objectively formed communities of human beings and of the relations between them. It is the primary and basic layer (class) of the civil society that influences the vital activity of other subsystems.

First of all, we have to mention the block of relations tied to the mankind continuation, reproduction, life prolongation and children's education. These are family's institutions and relations conditioned by their existence that assure the unification of the basic biological and social principles in the society.

7 Mureșan M., Duțu P. *Societatea civilă — actor nonstatal major*. București: Editura Universității Naționale de Apărare „Carol I”, 2006. p.28

8 Алексеев С.С., Архипов С.И. *Теория государства и права*. Москва: Норма, 2005. с. 90 din 496 с.

9 А.Н. Головистикова, Ю.А. Дмитриев. *Проблемы теории государства и права: Учебник*. — Москва: ЭКСМО, 2005, с. 554 — 649 с

10 Mureșan M., Duțu P. *Societatea civilă — actor nonstatal major*. București: Editura Universității Naționale de Apărare „Carol I”, 2006. p.28

The second block is formed by law relations reflecting a strictly social essence of the human being. These are tangible relations human to human both direct and in diverse communities (groups, layers, classes, nations, races).¹¹

The economic system represents the totality of the institutes and economic relations established by people in the process of the realization of property, production, distribution, exchange and consumption relations of the social product. The first layer is constituted by property relations which penetrate the whole canvas of economic relations and all the production cycle and public consumption.¹²

The state and municipal property are recognized and protected in the Republic of Moldova. Property is the supreme expression of the access to possession, use and disposal of goods. Before being a right, the property is a social and economic reality.

The acceptance of master quality of a thing at his disposal in order to satisfy his own needs, the affirmation of these prerogatives towards the third party were born before law.¹³

Being regulated by the state, the private property is integral part of the holder and becomes as it is shown in the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, the most sacred right.¹⁴

The founding principles of the civil society consist in economic relations based on diverse forms of property respecting the interests of the person and of the society in general. The economic pluralism creates essential premises in order to exceed the alienation of the human from the production means. The civil society demonstrates its viability when its members possess tangible goods or have the right to use and dispose of these goods. They produce the social product according to their own conviction. The right to property can be private and public on the condition that every participant of the public property — kolkhoz, co-operative, enterprise, etc — is different. The right to dispose of a good is a basic condition for the freedom of the person in every society.¹⁵

The relations of material or non material goods production represent the second structural layer, the most important one. The creative labour of the members of a society is on the basis of the production, labour relations being an indispensable part of economic relations. The production relations present a more indirect and abstract characteristic despite of their particularity; they become more independent towards

11 Алексеев С.С., Архипов С.И. Теория государства и права. Москва: Норма, 2005. с. 87 din 496 с.

12 Алексеев С.С., Архипов С.И. Теория государства и права. Москва: Норма, 2005. с. 88 din 496 с.

13 Gișca V, Drept civil, drepturile reale. Chișinău: Elena -VI, 2009, p. 41

14 Manoliu J., Durac Gh., Drept civil, dreptul de proprietate și dezmembrămăntele sale, Iași: Sanvialy, 1996, p. 36.

15 А.Н. Головистикова, Ю.А. Дмитриев. Проблемы теории государства и права: Учебник. — Москва: ЭКСМО, 2005, с. 554 — 649 с

the will and consciousness of a real man. The structural elements of the economic system are private, municipal enterprises, co-operatives, and farmers' home administration, citizens' individual private enterprises.

Distribution, exchange, consumption relations of the social product represents a compound part of economic system however they function in a special measure and in the framework of another system — the social one.¹⁶

Property can be defined under two aspects:

- a) Of economic category,
- b) Of juridical category.¹⁷

Property generates assurance in the man's complicity towards the goods and phenomena and through this he is forced to work in order to preserve and rationally use the things.¹⁸

Thus, the organizations of the civil society:

- a) Are independent of the state and economic organizations
- b) Don't work for profit
- c) Try to attract attention to their interests
- d) Work in accordance with the established goals, serving "the public interest"
- e) Don't follow governing function, but are interested in the participation in the independent politics.¹⁹

The basic self-regulatory elements constitute the political system — the state, political parties, social-political movements, associations and the relations between them. From a political point of view, the individual functions as a citizen, a MP, a member of a party or organization.

The profound and essential layer is set up by the authority relationships that penetrate the political system in all its spheres, at every stage of its development. Authority relationships are various: relations between the state and other structural elements, between the state bodies and institutions, etc. The relations bound to political parties' activity have a privileged place; their final aim is always the political (state) authority.²⁰

Some organizations comprise a limited number of persons, while others can count thousands of sympathizers and hundreds of members. At the functional level, the organizations of the civil society can deploy operational or defense activities in someone's interests. The organizations of the operational civil society

16 Алексеев С.С., Архипов С.И. Теория государства и права. Москва: Норма, 2005. с. 88 din 496 с.

17 Baieş S., Roşca N., Drept civil. Partea generală. Drepturi reale. Teoria generală a obligațiilor (Scheme), Chişinău, 2001, p. 111.

18 Райзберг Б.А. Курс экономики, Москва: ИНФР-М, 1997, p. 97. din 720p

19 Cvetek N., Daiber F. Qu'est-ce que la société civile? Antananarivo, 2009 <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/madagascar/06890.pdf> p.9

20 Алексеев С.С., Архипов С.И. Теория государства и права. Москва: Норма, 2005. с. 88 din 496 с.

contribute to supply social security services, while their first objective defending certain interests is to influence the public authorities' politics and the public opinion in general.²¹

The superior layer of the civil society consists in the relations tied up to individual choice, political and cultural preferences, and valuable orientations. These are diverse groups of interests, political parties (which don't govern), movements, clubs, influence groups, etc.

Thus, a cultural -political pluralism is assured presuming the denial of ideological stereotypes and the assurance of free self-determination of every citizen. This layer of the civil society includes the most social-active institutes, which are tied up to the state-political system.²²

At the same time, the mere existence of the civil society in any of its possible manifestations, is not enough and good to fulfill the functions. Only the presence of "certain intensity, distributions and types of civil society positively contributes to the consolidation and at a later stage to the persistence) of democracy,"²³ speaking even about a democratic civil society²⁴, and more, about "the paradox of the civil society"²⁵ and the duality of its effects, on the one side about the associative framework with positive effects on the government and on the other side about the associative framework and a form of resistance towards the government.²⁶

Besides the strictly authoritative relations, there is a wide range of political relations including problems of citizens' adherence to social-political organizations, freedom of the word, guaranties of the citizens' electoral rights, functioning of the forms of direct democracy, etc.²⁷

It is evident that the citizens follow their own interests when they join associations to which they adhere in order to deliberate needs, to realize and to maintain associative and democratic life. In general, citizens realize voluntarily their interests inside their associations. Usually, the organizations of the civil society bring together a high competence, highlighted by associative life being characterized by their mem-

21 Mureșan M., Duțu P. *Societatea civilă — actor nonstatal major*. București: Editura Universității Naționale de Apărare „Carol I”, 2006. p.27

22 А.Н. Головистикова, Ю.А. Дмитриев. *Проблемы теории государства и права: Учебник*. — Москва: ЭКСМО, 2005, с. 554 — 649 с

23 Schmitter, C. P. *Civil Society East and West*. În Larry Diamond (Ed.) *Consolidating the Third Wave Democracies*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1997. p. 246. p. 239-263.

24 Diamond L. *Rethinking Civil Society: Toward Democratic Consolidation*,“ *Journal of Democracy* 5, no. 3, July 1994,p.11 din pp. 4-17.

25 Foley, M. W., Edwards B. *The Paradox of Ciivl Society*. În *Journal of Democracy*. No. 3 Iulie. 1996. p. 38-52.

26 Foley, M. W., Edwards B. *The Paradox of Ciivl Society*. În *Journal of Democracy*. No. 3 Iulie. 1996. p. 38.

27 Алексеев С.С., Архипов С.И. *Теория государства и права*. Москва: Норма, 2005. с. 88 din 496 с.

bers' interests and needs. These organizations offer individual participative methods and forms to the citizens, — especially after they had adhered to an association — in order to realize goals and tasks set up by the statute.²⁸

They aim to actively participate in the public life, in general, concerning the populations' general interest, the interest of certain groups or of society as a whole. They don't defend the commercial or professional interests of its members.²⁹

The spiritual-cultural system comprises the relations between people, their associations, state and society regarding the spiritual-cultural goods and institutes — the materialized institutions (educational, scientific, cultural, religious ones) through the intermediary of which are realized these relations.³⁰

The civil society relies on a diverse and vast social structure that reflects all the richness and diversity of the interests of many groups or social layers and their representatives. Furthermore, this variety is objectively oriented towards different changes, is dynamic creating and interrupting vertical and horizontal relations.³¹

The basic block in this sphere is constituted by the relations concerning the education. Education represents the fundamentals of the development of human personality. Its state is a clue to the development of society perspectives. Without education neither the spiritual-cultural sphere nor the public system can function.

The relations conditioning the emergence and the development of science, culture, religion are vital for the man and the society. The constitution ways of these relations are diverse, and the impact on the person is unambiguous, but the consolidation factors are oriented towards the upholding of historical experience, general humanistic traditions, the accumulation and the development of scientific, moral-spiritual and cultural values.³²

In this context, the way in which the structures of the civil society follow coherently and consciously the cultivation of such civic attitudes that could have important effects on the success of the democratic transformational process of one nation, and implicitly of the changing process on its social level, it becomes very important the study of the modality in which this social changing is generated and modeled by the civil society and the identification of the mechanisms that lay on the basis of the direction choice, the action of the structures of the civil society having effects at an individual (concerning the interpersonal relations and

28 Mureșan M., Duțu P. *Societatea civilă — actor nonstatal major*. București: Editura Universității Naționale de Apărare „Carol I”, 2006. p.21

29 Mureșan M., Duțu P. *Societatea civilă — actor nonstatal major*. București: Editura Universității Naționale de Apărare „Carol I”, 2006. p.27

30 Алексеев С.С., Архипов С.И. *Теория государства и права*. Москва: Норма, 2005. с. 88 din 496 с.

31 А.Н. Головистикова, Ю.А. Дмитриев. *Проблемы теории государства и права: Учебник*. — Москва: ЭКСМО, 2005, с. 554-649 с

32 Алексеев С.С., Архипов С.И. *Теория государства и права*. Москва: Норма, 2005. с. 88 din 496 с.

the individual's relations with the institutions and social mechanisms) and social level, with consequences for the socialization process and for the economic and political spheres.³³

The informational system results from the direct communication between people and through means of mass information. Its structural elements can be organizations, institutions, public, municipal and private enterprises which realize the production and the broadcasting means of mass information. The informational relationship is pervasive penetrating all the civil society spheres.³⁴

The associations and the organizations defined to the sphere of the civil society have proved their efficiency in "affirming the autonomy of those who wanted to act as they were free" during the authoritarian regime.³⁵ The mobilization of the civil society as means of abuse exposure and submission of the legitimacy of authoritarian regimes propelled this social structure in front of the theories about democracy in the last centuries.³⁶ Communication between citizens being facilitated by the active associations and organizations within the civil society has contributed to the emergence of an interpersonal confidence stage among the participants to this structure; this confidence determines them to follow the game rules.³⁷ Within the framework of the register of life associative effects on the society is incorporated their contribution to the generation and cultivation of the social capital, understood as "those features of the social organizations like network, norms and social confidence that facilitate the coordination and cooperation for the common good,"; these features are considered to have significant influences on development efforts and/or changing of a community.³⁸

However, the lexical group "the organizations of the civil society" can be used to describe a range of organizations that have in common the following distinctive features:

- aren't created to realize personal profits. Yet they can have employees and run activities that produce profit, they don't spread any benefit to their members or authority;

33 Nicolescu C. Societatea civilă ca agent de schimbare socială în România http://www.policy.hu/cnicolescu/MTCS/proiect_cercetare_model.pdf 7p.

34 Алексеев С.С., Архипов С.И. Теория государства и права. Москва: Норма, 2005. с. 88 din 496 c.

35 Linz, J.J., Stepan A. Problems of Democratic Transition and Consolidation Southern Europe, South America and Post-Communist Europe. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1996, p. 7. din 497p.

36 Diamond L. Rethinking Civil Society: Toward Democratic Consolidation, " Journal of Democracy 5, no. 3, July 1994,p.5 din pp. 4-17.

37 Reisinger, W. R. "Establishing and Strengthening Democracy" în Robert Grey (Ed.) Democratic Theory and Post-Communist Change. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1997. p. 56. p. 53-74.

38 Nicolescu C. Societatea civilă ca agent de schimbare socială în România http://www.policy.hu/cnicolescu/MTCS/proiect_cercetare_model.pdf p.3.

- are voluntary, that is they are created on the persons' wish and there is, generally, a voluntary participative element within the organization;
- are different from informal groups or ad-hoc constituted groups by a certain degree of formal or institutional existence. Generally the organizations of the civil society are officially institutionalized structures having a strictly defined mission, objectives and an action field. They are responsible towards their members and donors;
- are independent, especially from governments and public powers in general, from the political parties or trade organizations,
- are impartial regarding their objectives and values which they defend.³⁹

Some authors consider that the range of the elements of the civil society is somehow wider. The system of the civil society is different through a developed structure. The following basic elements are part of this structure: 1) humanitarian (the human element of the society — free individuals); 2) social (social division of the society in social groups, classes, layers); 3) economic (economic organization of the society — property, production, exchange, consumption forms and relations); 4) spiritual (science, teaching, culture, religion, etc); 5) informational (means and forms of mass information and public opinion); 6) territorial — administrative (local self government); 7) organizational (diverse forms of group formations).⁴⁰

39 Mureșan M., Duțu P. *Societatea civilă — actor nonstatal major*. București: Editura Universității Naționale de Apărare „Carol I”, 2006. p.27

40 Нерсесянц В. С. *Общая теория права и государства*. Москва: ИНФРА — М, 1999. с. 286

ÎN MEMORIAM: PROFESORUL GHEORGHE GUZUN: „PATRIARHUL” TEORIEI GENERALE A STATULUI ȘI DREPTULUI ÎN REPUBLICA MOLDOVA

Profesorul Gheorghe Guzun s-a născut la 18 august 1935, în s. Drăsliceni, județul Lăpușna. De-a lungul vieții sale, care n-a fost ușoară, Gheorghe Guzun și-a valorificat din plin calitățile cu care l-a înzestrat natura.

A muncit temeinic și cu ardoare. În 1944—1951 a studiat la școala medie din satul natal Drăsliceni. În condiții materiale grele, a absolvit Școala Pedagogică din Orhei, cu rezultate remarcabile (1951—1955).

În 1968 a absolvit Facultatea de Drept (USM, 1964—1968), iar în 1971 doctoratul (USM 1968—1971). În anul 1975 obține gradul de doctor în drept (Odesa).

În 1968 a devenit lector asistent al Universității de stat din Moldova, apoi treptat lector universitar, lector superior și conferențiar universitar (USM, 1968—1985). A activat în Institutul de Cercetări Științifice în domeniul Pedagogiei (colaborator științific superior, 1985—1991), Institutul de Filozofie, Sociologie și Drept al Academiei de Științe a Republicii Moldova (1991—1993), Universitatea Liberă Internațională din Moldova (1993—2003). Astfel, și-a dăruit viața celor însetați de cunoaștere, precum și științei juridice, aflată în deplină afirmare și prin contribuția semnificativă a dlui Guzun.

A avut un domeniu științific de activitate foarte vast: probleme generale ale statului și dreptului. S-a consacrat problemelor sociale și juridice ale familiei contemporane.

Este autorul unui număr impunător de lucrări științifice, cărți de autor, articole fundamentale: (în total) — peste 60, Monografii — 3, Broșuri — 6, Articole — 49, Lucrări științifico-didactice — 4, Numărul lucrărilor publicate: în ziare — 30, în reviste de publicistică — 19, în reviste de specialitate — 7.

Dintre care *menționam*:

- Problemele perfecționării legislației familiale a Republicii Moldova (1998);
- Izvoarele istorice ale dreptului (2001);
- Răspunderea juridică și constrângerea de stat (2001);
- Cauzele care înlătură răspunderea juridică (2001);
- Conceptul și principiile legalității (2002);
- Interpretarea dreptului (2002);
- Caracteristica și structura normei juridice (2003);
- Sistemul juridic al societății (2003);
- Teoria generală a statului și dreptului (*manual*, 2009, *coautor*)

A elaborat cursurile universitare:

- Teoria generală a statului și dreptului (din 1971);
- Probleme ale teoriei generale a statului și dreptului (din 1971);
- Sistemul politic al societății (1976—1981);
- Bazele statului și dreptului (1976—1987).

A fost redactor științific la lucrările științifice:

- Legea fundamentală a vieții noastre;
- Educația juridică a elevilor;
- Culegere de probleme și însărcinări la cursul „Bazele jurisprudenței“.

A fost un participant activ la diferite conferințe, simpozioane naționale și internaționale, specializări și cursuri de perfecționare. A iubit să lucreze cu oamenii și ei îi răspundeau cu reciprocitate.

Profesorul Gheorghe Guzun s-a afirmat ca un pedagog de excepție, ca un „intellectual de rasă, un extraordinar interlocutor și povățuitor“.

Lecțiile sale bazate pe vasta sa erudiție profesională, pe vocația sa de profesor erau clare, riguroase și atractive, captau interesul tinerilor pentru o știință abstractă, dar splendidă. Așa se face că seriile de absolvenți formate de profesorul Gheorghe Guzun au atins performanțe în formarea viitorului lor în jurisprudența și știința moldovenească.

Iar prezentul memoriu reprezintă omagiul adresat memoriei celui care a fost Profesorul Gheorghe Guzun.

**Conf. univ., dr. Vitalie GAMURARI,
conf. univ., dr. Serghei ȚURCAN**

RECENZIE LA MONOGRAFIA „CONCEPTUL INFRAȚIUNII MILITARE ÎN DREPTUL PENAL”, AUTOR ULIANOVSKI XENOFON, DR., CONF. UNIV.

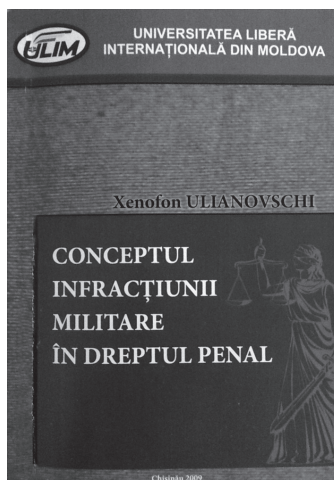
Lucrarea reflectă o temă destul de actuală, domeniu ce are tangență nu doar cu dreptul penal, dar într-o măsură și cu dreptul internațional umanitar și dreptul internațional penal. Obiectul monografiei în cauză constituie studiul asupra unui segment îngust — dreptul militar. Așa cum menționează și autorul, dreptul militar se atribuie la ramurile de drept complexe. Caracterul complex al dreptului militar ca ramură de drept este determinat de specificul obiectivelor de reglementare juridico-militară. Lucrarea promovează conceptul conform căruia dreptul militar are unele trăsături specifice care-l deosebesc de toate celelalte ramuri de drept.

Atenționăm, că cercetarea conceptului de infracțiune militară nu este impusă sub aspectul faptului că aceste infracțiuni poartă un caracter nou, ci reieșind din valoarea socială supusă protecției prin intermediul acestor incriminări penale și evaluarea relațiilor sociale care formează categoria obiectului acestor infracțiuni.

Obiectivul principal al monografiei în cauză este analiza și interpretarea esenței și conținutului normativ al infracțiunilor militare prin prisma reglementărilor internaționale și naționale în materie, accentul fiind pus în special pe posibilitățile și necesitățile de incriminare și dezincriminare a unor infracțiuni militare, pe posibilitățile și realitățile de penalizare și depenalizare a unor asemenea fapte.

Structura și conținutul lucrării permite celor interesați să conștientizeze esența conceptului infracțiunii militare, inclusiv prin prisma reglementărilor teoretice și a practicii judiciare. Autorul a utilizat surse bibliografice ce caracterizează cele mai diverse școli doctrinare, dar în egală măsură a utilizat practica judiciară, în special cea națională, fapt ce ia permis să aibă o poziție clară și bine argumentată în interpretarea conceptului infracțiunii militare în dreptul penal. Prezintă interes și recomandările făcute de autor, inclusiv sub aspect teoretic și practic.

Monografia „Conceptul infracțiunii militare în dreptul penal” reprezintă un studiu fundamental în domeniu și vine să confirme nivelul înalt al școlii autohtone de drept penal. Lucrarea va fi utilă atât teoreticienilor, cât și practicienilor din Republica Moldova. În opinia autorului, studiul realizat poate fi utilizat în calitate de ghid de către judecători, procurori, ofițeri de urmărire penală, avocați. În egală măsură lucrarea va fi utilă pentru studenți în cazul implicării în gama de probleme legate de interpretarea și încadrarea juridică a faptelor ilegale comise de către militari, dar și pentru legiuitor în vederea operării unor modificări în legislația penală.



Vitalie GAMURARI, dr., conf. univ.

DATE DESPRE AUTORI

- **Alexandr ZADOROJNÎ** — dr. hab., prof. univ., Șef Catedră Drept Internațional, Institutul de Relații Internaționale, Universitatea Națională „Taras Shevchenko“, Kiev, Ucraina.
- **Alexandr CAUIA** — dr., secretar științific ICDPDO, ULIM.
- **Andrei CUCULESCU** — doctorand la Catedra Drept Public, ULIM.
- **Andrei SMOCHINĂ** — dr. hab., prof. univ., Catedra Drept Public, ULIM.
- **Carolina GALBEN** — doctorandă la Catedra Drept Public, ULIM.
- **Dumitru BALTAG** — dr. hab., prof. univ., ULIM.
- **Evghenii IARMAC** — doctorand la Catedra Teoria și Istoria Statului și Dreptului, Universitatea Internațională din Kiev, Ucraina.
- **Igor IANAC** — doctorand la Catedra Teoria și Istoria Statului și Dreptului, Universitatea Internațională din Kiev, Ucraina.
- **Ion POSTU** — dr., conf. univ., Catedra Drept Public, ULIM.
- **Ion VACARU** — doctorand la Catedra Drept Public, ULIM.
- **Iurii JORNOKUI** — dr., conf. univ., Catedra Asigurare Juridică a Activității Comerciale, Universitatea Națională a Afacerilor Interne, Harkov, Ucraina.
- **L. MISKIV** — traduceti din engleză din text.
- **Lică Florin ILIE** — doctorand la Catedra Drept Public, ULIM, România.
- **Lilia NEVARA** — doctorandă la Catedra Drept Internațional, Institutul de Relații Internaționale, Universitatea Națională „Taras Shevchenko“, Kiev, Ucraina.
- **Natalia OSOIANU** — dr., Director ICDPDO, ULIM.
- **Oxana ROTARI** — dr., conf. univ., Catedra Drept Public, ULIM.
- **Serghei ȚURCAN** — dr., conf. univ., Șef Catedră Drept Public, ULIM.
- **Sergiu ARMAȘU** — dr. în drept
- **V. KROYTOR** — dr., conf. univ., Universitatea Națională a Afacerilor Interne, Harkov, Ucraina
- **Vitalie GAMURARI** — dr., conf. univ., Decan Facultatea Drept, ULIM.
- **Vitalie SÎLI** — dr. în drept

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

- **Alexandr ZADOROJNÎ** — doctor habilitatus, university professor, chief of the chair of International law, the Institute of International Relations, National University “Taras Shevchenko”, Kiev, Ukraine.
- **Alexandr CAUIA** — PhD in law, scientific secretary of ICDPDO, ULIM.
- **Andrei CUCULESCU** — post-graduate student, Chair of Public Law, ULIM.
- **Andrei SMOCHINĂ** — doctor habilitatus, university professor, Chair of Public Law, ULIM.
- **Carolina GALBEN** — post-graduate student, Chair of Public Law, ULIM.
- **Dumitru BALTAG** – doctor habilitatus, university professor, ULIM.
- **Evgheii IARMAC** — post-graduate student at the chair of Theory and History of State and Law, International University of Kiev, Ukraine.
- **Igor IANAC** — post-graduate student at the chair of Theory and History of State and Law, International University of Kiev, Ukraine.
- **Ion POSTU** — PhD in law, assistant professor, Chair of Public Law, ULIM.
- **Ion VACARU** — post-graduate student, Chair of Public Law, ULIM.
- **Iurii JORNOKUI** — PhD, assistant professor, chair of Legal Provision of Commercial Activity, National University of Internal Affairs, Kharkov, Ukraine.
- **L. MISKIV** — Candidate of Law Science, Associate Professor of the Department of International Law and Comparative Jurisprudence Kyiv International University.
- **Lică Florin ILIE** — post-graduate student, Chair of Public Law, ULIM, Romania.
- **Lilia NEVARA** — post-graduate student at the chair of International law, the Institute of International Relations, National University “Taras Shevchenko”, Kiev, Ukraine.
- **Natalia OSOIANU** — PhD in law, Director of ICDPDO, ULIM.
- **Oxana ROTARI** — PhD in law, assistant professor, Chair of Public Law, ULIM.
- **Serghei ȚURCAN** — PhD in law, assistant professor, Chief of the Chair of Public Law, ULIM.
- **Sergiu ARMAȘU** — PhD in law.
- **V. KROYTOR** — professor, candidate of law, Kharkov national university of internal affairs, Ukraine
- **Vitalie GAMURARI** — PhD in law, assistant professor, Dean of Law Faculty, ULIM.
- **Vitalie SÎLI** — PhD in law

CERINȚE FAȚĂ DE MANUSCRISE

Stimați colegi!

Redacția „STUDII JURIDICE UNIVERSITARE“ preia pentru examinare lucrările științifice ale autorilor în limbile române, rusă, engleză sau franceză, imprimate pe o parte format A4 și înscrisă pe CD în format electronic (opțional, puteți expedia varianta electronică a articolelor la revistasju@gmail.com). Pe manuscris se indică data prezentării (revizuirii) articolului. Manuscrisul în mod obligatoriu trebuie să fie semnat de autor (coautori).

Textul: Word, Times New Roman; Font size — 12; Space — 1,5.

Parametrii paginii: sus — 2 cm; dreapta — 1 cm; stânga — 3 cm; jos — 2 cm.

Paginile urmează a fi numerotate.

Autorul (coautorii) vor prezenta redacției datele personale (numele, prenumele, locul de muncă, funcția, gradul științific, telefonul de contact, e-mail).

Volumul textului poate varia între 0,5—1,0 c.a. Concomitent cu textul articolului este necesar de a prezenta adnotarea (în jur de cinci propoziții — 500 semne) în limba română și engleză sau franceză.

Trimiterile la sursele utilizate vor fi făcute în subsol. Atenționăm autorii despre necesitatea oformării corecte a trimiterilor la sursele normative și literatură. Numerarea trimiterilor va fi unica pentru întregul articol. La trimiterea la document este necesar de a prezenta rechizitele complete și locul publicării.

Lucrarea trebuie să fie însoțită de un extras din procesul verbal al ședinței catedrei (secțiilor, sectoarelor instituțiilor academice) cu recomandarea spre publicare. Lucrările doctoranzilor trebuie să fie însoțite de o recenzie cu recomandarea spre publicare semnată de un specialist cu grad științific de doctor/doctor habilitat în domeniul respectiv.

Manuscrisele nu se recenzează și nu se restituie, excepție constituind cazurile, în care colegiul de redacție constată necesară perfectarea lucrării. Redacția este în drept să redacteze, să reducă materialele primite, precum și să modifice denumirea articolelor, cu aprobarea ulterioară a autorului.

Atenționăm autorilor, cointeresați în publicarea articolelor sale în revista noastră, că articolele trebuie să cuprindă următoarele elemente:

- generalizarea problemei și legătura ei cu sarcinile teoretice și practice;
- analiza ultimelor cercetări și publicații, în cadrul cărora a fost pornită studiarea problemei în cauză, pe care se bazează autorul, enunțarea elementelor nesoluționate ale problemei cărei este adresat articolul;
- formularea obiectivelor propuse de articol;
- expunerea materialului principal cu argumentarea rezultatelor științifice la care s-a ajuns;
- concluziile la studiul efectuat și perspectivele ulterioare la acest capitol.

REQUIREMENTS FOR MANUSCRIPTS

Dear colleagues!

The editors' office "STUDII JURIDICE UNIVERSITARE" ("The University Legal Studies") accepts for the examination the scientific works in Romanian, Russian, English or French, typed on one side of A4 paper sheets accompanied with electronic form (revistasju@gmail.com). On the manuscript there should be indicated the date of article's presentation (revision). The manuscript has to be signed by the author (co-authors) obligatory.

Text: Word, Times New Roman; Font size — 12; Space — 1.5 lines.

Page parameters: up — 2 cm; right — 1 cm; left — 3 cm; down — 2 cm.

The pages have to be numbered.

The author (co-authors) has to submit to the editors' office the personal information (name, family name, place of employment, function, scientific grade, contact phone number, e-mail).

The volume of the text may vary from 0,5 to 1,0 author's sheet. Together with the text of the article it is necessary to submit an annotation (approximately five phrases — 500 signs) in Romanian and in English or French.

The notes have to be placed at the bottom of a page. We remind the authors that the footnotes need to contain the correct description of literature and legal acts. The numeration of the notes should be continuous for the whole article. Every indication of a legal document must contain all of its essential elements, including the place of publication.

The article has to be accompanied by an extract from a protocol of chair's meeting (also of academic institutions' sectors and sections) with a recommendation for publication. The works of post-graduate student has to be accompanied by a review with a recommendation for publication signed by a specialist with a PhD grade or higher in the corresponding sphere.

The manuscripts are not reviewed and are not returned, except in the cases when the editorial board concludes that the article must be revised. The editors' office has the right to edit and abridge the materials, as well as the right to modify the title of the article, which should be later approved by the author.

We remind authors interested in publication of their article in our magazine that their articles should include the following elements:

- General description of the problem and its connection with practical and theoretical goals;
- The analysis of recent publications and researches that concern the problem in case, serving as a basis for the author; the extraction of unsolved elements of the problem to which the article itself is addressed;
- The formulation of objectives put down by the article;
- The presentation of the principle material with the argumentation of scientific results that have been achieved;
- Conclusions to the study and future perspectives in the domain.