

„JURNALUL JURIDIC NAȚIONAL:
TEORIE ȘI PRACTICĂ” S.R.L.

Publicație științifico-practică de drept

„НАЦИОНАЛЬНЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ:
ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА” O.O.O.

Научно-практическое правовое издание

„NATIONAL LAW JOURNAL:
THEORY AND PRACTICE” L.L.C.

Scientific and practical Publication in law

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

ISSN 2345-1130

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

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

Tipul C

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

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

Fondatori:

Instituția Privată de Învățământ

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

Se editează din martie 2013

Nr. 5 (39) 2019

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

Redactor științific O. Bejan, doctor în drept

Colegiul de redacție:

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

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

E-mail: jurnaljuridic@mail.ru

Pagina Web: jurnaljuridic.md

SUMAR

Eugen BUTUCEA. Efectul actelor justiției constituționale.....	4
Alexandru MOGÎLDEA. Originea și evoluția istorică a parlamentarismului.....	9
Vasile DOBÎNDA. Unele considerații privind coraportul răspunderii juridice cu răspunderea socială în teoria generală a dreptului	14
Victor DONOS. Valoarea și semnificația răspunderii ca fundament juridic al statului de drept	19
Людмила ШЕСТОПАЛОВА. Юридико-лінгвістична компетентність правника	24
Lilia PÎSLARU, Alexandru MARIȚ. Protecția juridică internațională a genomului uman	30
Герман ГАЛУЩЕНКО. Альтернативні підходи у питанні вибору іноземного права ...	35
Sergiy DENYSENKO, Oleksandr ILCHENKO. International and legal aspects of simplification and harmonization of customs procedures in the field of international trade in the european union.....	40
Valentin CHIRIȚA, Alexandru GAINA. Delimitarea infracțiunii de divulgare a secretului de stat de spionaj.....	47
Dragoș CHIOTICI. Considerații procesual-organizatorice generale privind participarea specialistului criminalist în activitatea de cercetare la fața locului	52
Vitalie JITARIUC. Rolul structurilor polițienești internaționale în prevenirea și combaterea traficului de ființe umane	58
Ruslan MUZÎCANT. Problemele corelației dintre formele unității legale și pluralitatea de infracțiuni.....	65
Vladimir PUICA. Elemente de drept penal comparat privind infracțiunea de exces de putere sau depășire a atribuțiilor de serviciu	68
Віра ГАЛУНЬКО. Діяльність адвоката при проведенні приватного розслідування в Україні.....	73
Vera LUPAȘCO. Reflecții privind avantajele și pericolele fuziunii prin absorbție - formă de reorganizare a societăților comerciale.....	77
Валентина СЛОМА. Участь третіх осіб у забезпеченні виконання цивільно-правового зобов'язання	82
Владимир ВАТРАС. К вопросу о признаках источников семейного права.....	87
Наталія ЗАДИРАКА. Межі діяльності публічної адміністрації у відносинах щодо використання публічного майна: тенденції судової практики	93

Drept constituțional

CZU: 342.565.2(478)

EFECTUL ACTELOR JUSTIȚIEI CONSTITUȚIONALE

Eugen BUTUCEA,

doctorand, Institutul de Cercetări Juridice, Politice și Sociologice

Articolul este consacrat unei probleme importante de drept constituțional – efectul actelor justiției constituționale. Pornind de la prevederile legislației în vigoare și a ideilor expuse în doctrină, autorul analizează principalul efect al actelor justiției constituționale prin care se constată neconstituționalitatea actului normativ – lipsirea de forță juridică a acestuia. Totodată, autorul aduce argumente importante prin care combate posibilitatea sancționării neconstituționalității prin nulitate.

Cuvinte-cheie: justiție constituțională, actul justiției constituționale, act normativ, nulitate, lipsirea de forță juridică.

THE EFFECT OF THE ACTS OF CONSTITUTIONAL JUSTICE

The article is devoted to an important problem of constitutional law - the effect of the acts of constitutional justice. Starting from the provisions of the legislation in force and of the ideas attested in the doctrine, the author analyzes the main effect of the acts of constitutional justice which establishes the unconstitutionality of the normative act - its lack of legal force. At the same time, the author brings important arguments against the possibility of sanctioning unconstitutionality through nullity.

Keywords: constitutional justice, constitutional justice act, normative act, invalidity, lack of legal force.

Introducere. Ca orice autoritate statală și Curtea Constituțională își exercită atribuțiile prin emiteria de acte juridice [10, p. 1419]. În cazul Republicii Moldova (și nu numai, similară situația fiind și în România), după cum am constatat cu ocazia unui alt demers științific [3, p. 4-5], în procesul exercitării justiției constituționale, Curtea Constituțională este competentă de a adopta *hotărâri* (în cazul în care soluționează în fond sesizarea) și *decizii* (atunci când nu soluționează în fond sesizarea), precum și de a emite *avize*. Evident, fiecare dintre acestea își are propriul specific și produce efecte juridice distincte.

În doctrină, *hotărârile* au fost apreciate ca fiind actele de bază ale Curții Constituționale [8, p. 563], întrucât, potrivit art. 62 din *Codul jurisdicției constituționale* nr. 52/1995 [6]: „Prin hotărâre, Curtea: a) se pronunță asupra constituționalității legilor, regulamentelor și hotărârilor Parlamentului, decretelor Președintelui Republicii Moldova, hotărârilor și dispozițiilor Guvernului, precum și a tratatelor internaționale la care Republica Moldova este parte; b) interpretează Constituția; c) confirmă rezultatele referendumurilor republicane; d) confirmă rezultatele alegerii Parlamentului și a Președintelui Republicii Moldova; e) rezolvă excepțiile de neconstituționalitate a actelor juridice, sesizate de Curtea Supremă de Justiție; f) se pronunță asupra altor cazuri de competența sa. Deci, Curtea își exercită cele mai importante competențe prin intermediul adoptării de hotărâri. Pe cale de

consecință, sub aspect teoretic, dar și practic, apare întrebarea care este natura juridică a acestor acte și care este efectul lor juridic, efect ce materializează în cea mai mare parte finalitatea controlului de constituționalitate.

Scopul studiului. Dat fiind faptul că în literatura de specialitate autohtonă un astfel de subiect nu este abordat suficient, în cele ce urmează ne propunem să reflectăm, în baza ideilor expuse în doctrină și a legislației în domeniu, asupra problemei efectului actelor justiției constituționale, care, în opinia noastră, este unul extrem de important mai ales din perspectiva calității acestora de a fi izvor de drept în sistemul nostru.

Rezultate obținute și discuții. Vom demara studiul cu invocarea normelor juridice care consacră expres efectul juridic principal al actelor justiției constituționale. Este vorba, în primul rând, despre *Constituția Republicii Moldova* [7], care în art. 140 prevede: „(1) Legile și alte acte normative sau unele părți ale acestora devin nule, din momentul adoptării hotărârii corespunzătoare a Curții Constituționale. (2) Hotărârile Curții Constituționale sunt definitive și nu pot fi atacate.”

La rândul său, *Legea cu privire la Curtea Constituțională* nr. 317/1994 [13] stabilește:

- în art. 26 – „(5) Actele Curții Constituționale nu sunt supuse niciunei căi de atac, sunt definitive și intră în vigoare la data adoptării. La decizia Curții, une-

le acte intră în vigoare la data publicării sau la data indicată în ele. (7) Hotărârile Curții Constituționale produc efect numai pentru viitor.”

- în art. 28 – „(2) Actele normative sau unele părți ale acestora declarate neconstituționale devin nule și nu se aplică din momentul adoptării hotărârii respective a Curții Constituționale. (3) Consecințele juridice ale actului normativ sau ale unor părți ale acestuia declarate neconstituționale sunt înlăturate conform legislației în vigoare.”

În același timp, *Codul jurisdicției constituționale* [6], în art. 71, la fel, consacră caracterul irevocabil al hotărârilor și avizelor Curții, după cum urmează: „Hotărârea și avizul Curții Constituționale sunt definitive și nu pot fi atacate”.

Așadar, se poate observa că legislația în vigoare stipulează expres trei momente importante:

- *actele justiției constituționale sunt irevocabile* (acestea sunt definitive și irevocabile);

- *actele justiției constituționale produc efect doar pentru viitor;*

- *actele justiției constituționale determină nulitatea și neaplicarea actelor normative declarate neconstituționale.*

Fără a diminua semnificația tuturor acestor momente, în cele ce urmează ne vom axa, în special, doar pe problema *nulității și neaplicării actelor normative declarate neconstituționale*, ca efect al actelor justiției constituționale, întrucât considerăm că este afectată de unele carențe de esență.

Așadar, acest efect este prevăzut atât în normele constituționale (art. 140 alin. (1) din *Constituția Republicii Moldova*), cât și în *Legea cu privire la Curtea Constituțională* nr. 317/1994 (art. 28 alin. 2). Înainte de a ne expune asupra corectitudinii normelor în cauză, considerăm necesar a preciza succint esența însăși a *nulității* ca instituție juridică, proprie, în special, dreptului privat, dar recunoscută și aplicată și în materia dreptului public.

În dreptul privat, *nulitatea* a fost definită ca: „sanctiunea care intervine, după înfrângerea dispoziției legale, lipsind actul juridic de efectele în vederea căruia el a fost încheiat” [11, p. 105]; „sanctiunea care intervine după încălcarea normei de drept, lipsind actul juridic de efectele urmărite la încheierea lui” [16, p. 178-179]; „sanctiunea care lipsește actul juridic de efectele contrare normelor juridice edictate pentru încheierea sa valabilă” [2, p. 172; 14, p. 232; 18, p. 74]; „sanctiune civilă care desființează actul juridic în cazul în care acesta a fost încheiat cu nerespectarea condițiilor de validitate cerute de lege” [1, p. 186] etc.

Pornind de la aceste definiții, în doctrină, au fost conturate câteva trăsături ale *nulității* [18, p. 74-78], dintre care cele mai relevante le considerăm a fi ur-

mătoarele: nulitatea este o sancțiune de drept civil; nulitatea intervine atunci când sunt încălcate normele juridice care reglementează condițiile de validitate ale actului juridic civil; nulitatea constă în desființarea actului juridic ce nu respectă condițiile de validitate (desființare ce are caracter retroactiv – *ex tunc*); momentul în care se apreciază conformitatea actului juridic cu legea este acela al încheierii lui; nulitatea îmbracă două forme distincte: *nulitatea absolută* și *nulitatea relativă* (detaliat reglementate de *Codul civil* [5, art. 327-346]) etc.

Prezintă importanță în context și *efectele nulității*, înțelese ca fiind „consecințele pe care le are declararea/constatarea nulității actului juridic” [1, p. 197]. Printre cele mai importante, doctrina atestă: *încetarea* actului juridic cu efect retroactiv din momentul încheierii acestuia și *restituția bilaterală*. În acest sens, *Codul civil al Republicii Moldova* (republicat), în art. 331 stabilește: „(1) Actul juridic nul se consideră, cu efect retroactiv, că nu a produs niciun efect juridic din momentul încheierii. (2) Actul juridic anulabil este valabil până la declararea acestei nulități de către instanța de judecată, însă, odată anulat, se consideră, cu efect retroactiv, că nu a produs niciun efect juridic din momentul încheierii. (3) Drepturile reale dobândite în temeiul actului juridic nul sau anulat se consideră că nu au fost dobândite pe acest temei. (...). (5) Prestațiile executate în temeiul actului juridic nul sau anulat, precum și alte îmbogățiri obținute din acele prestații se supun restituirii conform dispozițiilor legale privind îmbogățirea nejustificată.”

În linii generale, aceste momente conturează esența *nulității* ca sancțiune de drept civil, care se deosebește de instituția similară recunoscută și aplicată în raporturile de drept public, în special, de drept administrativ.

La acest capitol, în doctrina administrativă din România [17, p. 89], se menționează că în funcție de deosebirile juridice ce există între consecințele nerespectării condițiilor de validitate pot fi identificate următoarele sancțiuni: a) *anulabilitatea* actului; b) *nulitatea* actului și c) *inexistența* actului. În cazul nostru prezintă importanță primele două sancțiuni. Astfel, *anulabilitatea* este considerată ca fiind cea formă a nulității actelor administrative de autoritate care se aplică, atunci când legea o prevede, actelor administrative adoptate sau emise cu nerespectarea legii. Legea o poate prevedea expres prin formula: *sunt anulabile* sau *pot fi anulate*. La rândul său, *nulitatea* actelor administrative constă în adoptarea sau emiterea unor asemenea acte cu nerespectarea condițiilor de validitate, indiferent de faptul dacă această sancțiune – consecință a nerespectării condițiilor de validitate – este sau nu prevăzută de lege. Nulitatea se

pronunță de instanțele de contencios administrativ la cererea celor care se consideră vătămați într-un drept al lor recunoscut de lege sau la cererea autorităților publice (în cadrul contenciosului obiectiv). Atunci când legea o prevede, nulitatea actelor administrative poate fi constatată și de către organele ierarhic superioare ale celui care l-a emis.

Într-o altă opinie, se menționează că orice ilegalitate trebuie să aibă o sursă. În funcție de tipul normei încălcate prin emiterea actului administrativ sunt determinate „viciile” concrete de ilegalitate: vom fi în prezența incompetenței, dacă sunt încălcate normele de competență; a viciului de formă ori de procedură, dacă este ignorată o normă procedurală; sau vom fi în prezența unor vicii de fond (legate de obiectul sau cauza actului administrativ), dacă actul în cauză este în contradicție cu litera sau spiritul legii pe care o pune în aplicare. În concluzie, viciile de ilegalitate/nelegalitate reprezintă cauza pentru care se aplică sancțiunea stabilită de lege: *nulitatea* sau *inexistența* actului administrativ [15, p. 379-380].

Odată ce actul administrativ ilegal a fost „sancționat”, logic este ca el să iasă din vigoare. Și, întrucât această scoatere din vigoare trebuie să fie opera unei voințe, se impune ca actul să fie *revocat* ori *anulat* efectiv. În consecință, dacă sancțiunea reprezintă *efectul* existenței viciului de ilegalitate, *revocarea* sau *anularea* nu sunt altceva decât *modalitățile* efective de aplicare a acestei sancțiuni, de reducere la neant a actului administrativ ilegal [15, p. 380].

Astfel, nulitatea, ca sancțiune care afectează actul administrativ, poate fi constatată mai întâi de administrație, fie din oficiu, fie la sesizarea particularului interesat, fiind aplicată prin intermediul *revocării*. În cazul în care administrația nu reacționează astfel, nulitatea va opera ca o sancțiune judiciară: instanța de contencios administrativ, sesizată de persoana lezată în dreptul său, aplicând-o prin *anularea* actului în cauză.

Referitor la formele *nulității* (identificate în baza interesului apărut), în doctrina administrativă românească nu există uniformitate. În timp ce unii savanți recunosc existența ambelor forme ale acesteia (absolută și relativă) [19, p. 86], alții susțin că distincția tradițională civilistă nu este aplicabilă în dreptul administrativ. În acest sens, din punctul de vedere al subiecților care pot invoca nulitatea unui act administrativ, nulitatea este un concept unitar, apropiat de nulitatea absolută de drept civil. Mai mult, în dreptul administrativ nu există nulitate relativă (în sensul civilist al termenului), decât într-o singură ipoteză: aceea a contractelor administrative, când se încalcă o normă care protejează interesul privat al celui care a contractat cu administrația [15, p. 286-391].

Doctrina autohtonă nu s-a expus pe marginea acestor probleme. Mai mult, până nu demult, Legea-cadru în domeniu (*Legea contenciosului administrativ* nr. 723/2000 – abrogată la moment) nu a prevăzut nulitatea ca o sancțiune a ilegalității actului administrativ.

În prezent, *Codul administrativ al Republicii Moldova* reglementează expres instituția nulității actului administrativ și temeiurile acesteia. Astfel, potrivit art. 141 din Cod [4]: „(1) Un act administrativ individual este nul dacă conține un viciu deosebit de grav și acest lucru este evident în cadrul aprecierii concludente a tuturor circumstanțelor care se iau în considerare. (2) Un act administrativ individual este, de asemenea, nul: a) dacă executarea lui cere săvârșirea unei fapte ilegale, care constituie o componentă de contravenție sau de faptă penală; b) dacă din motive reale nimeni nu-l poate executa; c) dacă contravine bunelor moravuri; d) dacă la emiterea lui a contribuit o persoană care nu are dreptul să participe în procedură administrativă conform art. 49 alin. (1); e) dacă a fost emis în scris, dar nu poate fi identificată autoritatea publică emitentă; f) în alte cazuri prevăzute de lege. (3) În cazul nulității parțiale a unui act administrativ individual, acesta este nul în totalitate, dacă autoritatea publică nu ar fi emis actul administrativ respectiv fără partea lovită de nulitate. (4) Autoritatea publică poate constata nulitatea oricând din oficiu. La cerere, nulitatea se constată în măsura în care solicitantul are un interes îndreptățit pentru a o solicita.” Este de observat că legea nu face nicio deosebire între nulitatea absolută și cea relativă a actului administrativ, ci doar precizează, în art. 139 alin. (5), că: „Un act administrativ individual nul nu produce efecte juridice.”

Totodată, prezintă importanță faptul că *Codul administrativ* trasează o distincție netă între *anularea actului administrativ* și *constatarea nulității acestuia*. În acest sens, în art. 206 din Cod, sunt prevăzute felurile acțiunilor în contencios administrativ, printre care: *acțiunea în contestare* (anularea în tot sau în parte a unui act administrativ individual) și *acțiunea în constatare* (constatarea existenței sau inexistenței unui raport juridic ori nulității unui act administrativ individual sau a unui contract administrativ). La rândul său, în baza art. 234 din Cod, instanța de judecată, examinând acțiunea în contencios administrativ în fond, poate adopta una dintre următoarele hotărâri: „a) în baza unei acțiuni în contestare, anulează în tot sau în parte actul administrativ individual, precum și o eventuală decizie de soluționare a cererii prealabile, dacă acestea sunt ilegale și prin ele reclamantul este vătămat în drepturile sale; d) în baza unei acțiuni în constatare, constată existența sau inexistența unui raport juridic ori nulitatea unui act administrativ individual sau a unui contract administrativ, dacă ra-

portul juridic există sau, respectiv, nu există ori actul administrativ individual sau contractul administrativ este nul; (...) (2) Dacă la momentul anulării actului administrativ individual de către instanță acesta este deja executat, instanța dispune, la cerere, întoarcerea executării, în măsura în care ea este real posibilă.”

În baza celor menționate constatăm că există mari diferențe atât între nulitatea din dreptul privat și nulitatea în dreptul public, cât și între nulitatea din dreptul public românesc și cea din dreptul public moldovenesc. Cel mai important este că legea-cadru din Republica Moldova, reglementând instituția nulității actelor administrative, pune accentual, în special, pe nulitatea actelor individuale, fără a face vreo precizare expresă în ce măsură aceasta poate să se extindă asupra actelor administrative normative, extindere pe care o admite expres în art. 234 alin. 1) lit. e), potrivit căruia instanța poate „în baza unei acțiuni de control normativ, să anuleze în tot sau în parte actul administrativ normativ, dacă acesta este ilegal sau să constate nulitatea acestuia, dacă acesta este nul”.

În context, considerăm necesar a reitera prevederile art. 74 alin. (1) din *Legea cu privire la actele normative* nr. 100/2017[12], potrivit căruia: „Acțiunea actului normativ încetează dacă: a) actul este abrogat; b) actul este declarat neconstituțional sau, după caz, ilegal prin hotărâre definitivă a instanței competente; c) termenul de aplicare a actului a expirat; d) actul s-a consumat; e) actul a devenit desuet.” În opinia noastră, pornind de la faptul că *Codul administrativ* este un act juridic posterior, dispozițiile art. 74 alin. (1) din *Legea* precitată pot fi completate după cum urmează – acțiunea actului normative încetează dacă: b) actul este declarat neconstituțional sau, după caz, ilegal **ori nul** prin hotărâre definitivă a instanței competente.

Pe de altă parte, atragem atenția că niciuna din legile analizate anterior nu fac nicio legătură dintre nulitatea actelor normative și neconstituționalitatea acestora (altfel spus nu prevăd *nulitatea* ca efect al neconstituționalității), ceea ce inevitabil ne determină să ne întrebăm cât de optimă și corectă este norma cuprinsă în art. 140 alin. (1) din *Constituția Republicii Moldova* și art. 28 alin. (2) din *Legea cu privire la Curtea Constituțională* nr. 317/1994, care reamintim prevede: „Actele normative sau unele părți ale acestora declarate neconstituționale devin nule și nu se aplică din momentul adoptării hotărârii respective a Curții Constituționale”.

Mai mult, prezintă o importanță deosebită în contextul dat prevederile art. 7 din *Constituția Republicii Moldova*, potrivit cărora: „Nicio lege și niciun alt act juridic care contravine prevederilor Constituției nu are putere juridică.” O astfel de dispoziție atestăm și în *Legea cu privire la acele normative* nr. 100/2017,

care în art. 9 alin. (1) prevede: „Constituția Republicii Moldova este Legea Supremă a statului și a societății. Niciun act normativ care contravine prevederilor acesteia nu are forță juridică.”

În opinia noastră, „nulitatea” ca o consecință a neconstituționalității nu poate fi echivalată cu „lipsirea de putere/forță juridică”, întrucât sunt lucruri (sanțiuni, instituții) diferite, cu efecte distincte. Din acest punct de vedere și ținând cont de cele analizate mai sus, suntem de părerea că prevederile art. 140 alin. (1) din *Constituție* trebuie ajustate conform literei și spiritului textului din art. 7 al Legii Supreme.

Paradoxal, însă o astfel de problemă nu poate fi atestată în varianta tradusă a Constituției în limba rusă în care [20]:

- art. 7 prevede: „Ни один закон или иной правовой акт, противоречащие положениям Конституции, не имеют юридической силы”;

- art. 140 alin. (1) stipulează: „Законы и другие нормативные акты либо их части утрачивают силу с момента принятия Конституционным судом соответствующего решения”.

Pornind de la faptul că limba de stat a Republicii Moldova este limba română/moldovenească, apreciem că în varianta rusă, norma constituțională în discuție este distorsionată.

În plan comparat, relevante în context considerăm a fi prevederile similare din *Constituția Federației Ruse* [21], care în art. 125 alin. (6) prevede: „Actele sau dispozițiile acestora, recunoscute a fi neconstituționale, își pierd forța” („Акты или их отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу.”)

La fel și *Constituția României*[9], în art. 147 alin. (1) stabilește: „Dispozițiile din legile și ordonanțele în vigoare, precum și cele din regulamente, constatate ca fiind neconstituționale, își încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Pe durata acestui termen, dispozițiile constatate ca fiind neconstituționale sunt suspendate de drept.”

În concluzie, subliniem că principalul efect juridic al actelor justiției constituționale prin care se constată neconstituționalitatea actelor normative verificate este *lipsirea de forță juridică* a acestora, instituție ce nu trebuie confundată cu *nulitatea* aplicată în dreptul privat și în dreptul public.

Bibliografie

1. Baieș S., Roșca N. *Drept civil. Partea generală*. Ediția a IV-a. Chișinău: S.n., 2011 (392 p.)

2. Boroș G. *Drept civil. Teoria generală*. București: All, 1995.
3. Butucea E. *Considerații generale cu privire la actele justiției constituționale*. În: Jurnalul Juridic Național: teorie și practică, nr. 6, 2018 (p. 4-8)
4. *Codul administrativ al Republicii Moldova*, nr. 116 din 19.07.2018. În: Monitorul Oficial nr. 309-320 din 17.08.2018.
5. *Codul civil al Republicii Moldova* nr. 1107 din 06.06.2002. Republicat în Monitorul Oficial nr.66-75 din 01.03.2019.
6. *Codul jurisdicției constituționale* nr. 502 din 16.06.1995. În: Monitorul Oficial Nr. 53-54 din 28.09.1995.
7. *Constituția Republicii Moldova* din 29.07.1994. Republicată: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.78/140 din 29.03.2016 (cu modificări și completări ulterioare aduse prin Legea nr. 256 din 25.11.2016 și Legea nr. 70 din 13.04.2017).
8. *Constituția Republicii Moldova: comentariu*. Chișinău: Arc, 2012, p. 563.
9. *Constituția României*, adoptată în ședința Adunării Constituante din 21 noiembrie 1991, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 233 din 21 noiembrie 1991, intrată în vigoare în urma aprobării ei prin referendumul național din 8 decembrie 1991. Revizuită și republicată în Monitorul Oficial al României nr. 767 din 31 octombrie 2003.
10. *Constituția României: comentariu pe articole*. / Coord. Muraru, I., Tănăsescu, E.S. București: C.H. Beck, 2008, p. 1419.
11. Ionașcu A. *Drept civil. Partea generală*. București: Editura Didactică și Pedagogică, 1963.
12. *Legea cu privire la actele normative* nr. 100 din 22.12.2017. În: Monitorul Oficial nr. 7-17 din 12.01.2018.
13. *Legea cu privire la Curtea Constituțională* nr. 317 din 13.12.1994. În: Monitorul oficial nr. 8 din 07.02.1995.
14. Lupan E. *Drept civil. Partea generală*. București: Argonaut, 1997.
15. Podaru O. *Drept administrativ*. Vol. I. Actul administrativ (I) Repere pentru o teorie altfel. București: Hamangiu, 2010 (412 p.)
16. Pop T. *Drept civil român. Teoria generală*. București: Lumina Lex, 1993.
17. Prisăcaru V.I. *Actele și faptele de drept administrativ*. București: Lumina Lex, 2001 (404 p.)
18. Răducan G. *Nulitatea actului juridic civil*. București: Hamangiu, 2009 (496 p.)
19. Trăilescu A. *Unele considerații referitoare la necesitatea unei mai stricte delimitări a nulităților în dreptul administrativ*. În: Dreptul, 2001, nr. 12.
20. *Конституция Республики Молдова. Декларация о независимости. Постановление КС № 36 от 5 декабря 2013 г.: Конституционный блок / Конституционный суд Респ. Молдова; под руководством Александру Тэнасе*. Chișinău: Arc, 2016 (Типogr. “Balacron”). 164 p.
21. *Конституция Российской Федерации* (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ, от 05.02.2014 N2-ФКЗ, от 21.07.2014 N 11-ФКЗ). [ресурс electronic]: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/.

DESPRE AUTOR/ABAUT AUTHOR:

Eugen BUTUCEA,
 doctorand, Institutul de Cercetări Juridice,
 Politice și Sociologice
 PhD student, Institute for Legal, Political and
 Sociological Research
 e-mail: salubrisgrup@yahoo.com

ORIGINEA ȘI EVOLUȚIA ISTORICĂ A PARLAMENTARISMULUI

Alexandru MOGÎLDEA,

master în drept, audient al Institutului National de Justiție,
candidat la funcția de procuror

Scopul primordial al cercetării este de a prezenta originea și evoluția parlamentarismului în general și în Republica Moldova, de a evidenția caracterul reprezentativ și funcția legislativă a Parlamentului, precum și esența procesului legislativ, în baza analizei materialului doctrinar, precum și a legislației în vigoare a Republicii Moldova.

Cuvinte-cheie: *Parlament, originea parlamentarismului, evoluția parlamentarismului, proces legislativ, funcțiile Parlamentului, organ reprezentativ, organ legislativ, act legislativ, reprezentare, drept la vot, suveranitate națională.*

ORIGIN AND HISTORICAL EVOLUTION OF PARLIAMENTARISM

Alexandru Mogîldea,

master of law, auditor of the National Institute of Justice,
candidate for prosecutor

The primary purpose of the research is to represent the origin and the evolution of parliamentarism in general and in the Republic of Moldova, to highlight the representative character and legislative function of the Parliament, as well as the essence of legislative process, based on the analysis of doctrinal material, as well as current legislation of the Republic of Moldova.

Keywords: *Parliament, the origin of parliamentarism, the legislative process, parliamentary functions, representative body, legislative act, representation, right to vote, national sovereignty.*

Introducere. Pentru statele care doresc o reprezentativitate mai bună a intereselor populației cel mai adecvat regim este cel parlamentar. Parlamentarismul duce la crearea pluripartidismului, pluralității de idei și concepțiilor politice. Avantajele sistemului parlamentar sunt reprezentativitatea mai bună, pluralismul de idei, diversitate ideologică, maturitate politică și capacitatea de a negocia, dezbate și analiza într-o manieră democratică proiectele de lege. Limitele parlamentarismului sunt legate de deficiența procesului decizional, fiind uneori mai greu de ajuns la un consens asupra unor probleme contradictorii.

Calitatea Parlamentului de a fi organul reprezentativ suprem al poporului are mai multe semnificații. În primul rând, aceasta înseamnă că Parlamentul trebuie să aibă o componentă ce rezultă din manifestarea suveranității naționale. Prin urmare, Parlamentul reprezintă întreaga societate, și nu o parte a ei. În al doilea rând, odată constituit, Parlamentul trebuie să se manifeste ca un exponent al întregului popor. Din momentul delegării deputatului în Parlament, el urmează să activeze nu în interes propriu sau partinic, ci în numele poporului și pentru popor. În al treilea rând, Parlamentul nu este un simplu organ reprezentativ al poporului, ci este organul său reprezentativ suprem.

Pe parcursul dezvoltării sale, Republica Moldova a cunoscut toate cele 3 tipuri de guvernare: regimul parlamentar, regimul semi-prezidențial și regimul prezidențial.

Parlamentul actual al Republicii Moldova este un succes al Sovietului Suprem al RSSM, regimul parlamentar instituindu-se, de facto, la sfârșitul anilor '80. Odată cu alegerea lui Mircea Snegur în funcția de președinte al Republicii Moldova se instituie un regim semi-prezidențial. În perioada 1991-1994 s-a instituționalizat un regim prezidențial. Până în 2000, Republica Moldova cunoaște un regim semi-prezidențial, perioadă în care Parlamentul și președintele sunt într-o dispută continuă, în urma căruia la 5 iulie 2000, prin Legea cu privire la modificarea și completarea Constituției Republicii Moldova, Nr. 1115, Monitorul Oficial Nr. 088 din 05.07.2000 este adoptat regimul parlamentar. [28]

Constituția Republicii Moldova stabilește în articolul 60, că „Parlamentul este organul reprezentativ suprem al poporului Republicii Moldova și unica autoritate legislativă a statului». De aici rezultă că Parlamentul Republicii Moldova are un rol dublu: de a fi organul reprezentativ suprem al poporului Republicii Moldova și de a fi unica autoritate legislativă a statului.

Potrivit Constituției, Republica Moldova este un stat suveran și independent, în care suveranitatea națională aparține poporului, care o exercită în mod direct și prin organele sale reprezentative. Organul reprezentativ suprem al poporului Republicii Moldova și unica autoritate legislativă a statului este Parlamentul, ales prin vot universal, egal, direct, secret și liber

exprimat, pentru un mandat de 4 ani. În componența Parlamentului se aleg 101 deputați, care, în exercitarea mandatului, sunt în serviciul poporului. Caracterul reprezentativ al Parlamentului se exprimă în faptul că el este considerat ca exponent al intereselor și al voinței poporului (națiunii), adică al tuturor cetățenilor statului respectiv.

Metode aplicate și materiale utilizate. În procesul de cercetare a obiectivelor propuse, drept punct de reper, au servit principiile și legile logice formale, principiile de bază ale factorilor ce contribuie la eficiențizarea aplicării legislației. Analiza izvoarelor utilizate pe parcursul cercetării a fost efectuată în conformitate cu principiul obiectivității. În paralel cu acestea, au fost aplicate și alte metode științifice generale de cercetare, inclusiv, metoda analizei logice, metoda comparativă, metoda structural-sistemică, etc.

Baza teoretico-științifică a cercetării o constituie lucrările savanților francezi, italieni, englezi, români, ruși, moldoveni efectuate în domeniile: dreptului constituțional, dreptul electoral, filosofia juridică, sociologie, etică și politică. Remarcăm, în mod special, lucrările savanților Duverger M., Lauvaux Ph., Bodin J., Glaser Ed., Vecchio del G., Cneazev S.D., Popa V., Negru B., Drăganu T., Gustii D., Guceac I., Muraru I.

În literatura de specialitate din Republica Moldova, instituția Parlamentului este studiată de așa cercetători cum sunt: Popa V., Negru B., Guceac I., Arseni A. etc

Baza normativă a investigației o constituie legislația națională și internațională la care Republica Moldova este parte, care vizează instituția supusă cercetării.

Rezultate obținute și discuții. În studiile de specialitate, noțiunea „parlamentarism” nu și-a găsit o interpretare adecvată. În general, autorii se limitează la constatări extrem de laxe, care nu permit nici pe departe conștientizarea importanței politico-juridice a fenomenului desemnat prin această noțiune. Sub acest aspect, într-o sursă bibliografică de mare popularitate parlamentarismul este apreciat ca „modalitate de exercitare a regimului reprezentativ”. [18]

În cuprinsul unui dicționar juridic rusesc, parlamentarismul este prezentat ca un „sistem de guvernare pentru care este caracteristic o repartizare strictă a funcțiilor legislativă și executivă, în condiția unei superiorități formale a organului reprezentativ în raport cu alte organe de stat”. [26]

Într-o altă viziune, parlamentarismul presupune „forma conducerii de stat pentru care este specific poziția dominantă a parlamentului în sistemul autorităților publice centrale, controlul exercitat de acesta asupra puterii executive, separația activităților legis-

lative și executive, statutul privilegiat al deputaților și independența juridică a lor de alegători”. [17]

În doctrina dreptului constituțional se considera că baștină parlamentarismului este Anglia. Totodată, unii autori susțin că “Este totuși inexact să se spună că Marea Britanie este mama parlamentului; Islanda are drepturi de anterioritate și Polonia pretenții de simultaneitate. Dar este adevărat că ea a servit de model și că anglomania observatorilor continentali nu este fără fundament”. [18]

Totodată, însă acest cuvânt de origine franceză (verbul francez „parler” – „a vorbi”), semnificând „locul unde se vorbește” a apărut în constituțiile franceze abia în anul 1946, mai înainte vorbindu-se de „Corp Legislativ”, de „Camere” sau „Adunări”.

Privit în ansamblu, regimul reprezentativ, în calitate sa de matriță a parlamentarismului, s-a dezvoltat esențialmente în Marea Britanie

În ceea ce privește structura Parlamentului, aceasta a cunoscut o evoluție mai îndelungată. Inițial toți membrii Parlamentului (reprezentanții nobilimii deveneau membri de drept, iar cavalerii și orășenii erau aleși) se convocau în ședințe comune. În anul 1332, pentru prima dată apare mențiunea oficială despre două reuniuni separate: de cavaleri, reprezentanți ai comitatelor, cu burghezia din orașe, pe de-o parte, și baronii și episcopii împreună cu preoții, pe de altă parte. Aceasta a fost preludiul divizării parlamentului în două camere: Camera Lorzilor și Camera Comunelor, care reprezenta comunitatea regatului”. Ceva mai târziu, în anul 1376, apare speakerul ales de Camera Comunelor și acceptat apoi de rege, devenind în rezultat președintele ședințelor.

Parlamentul putea fi convocat ori de câte ori regele avea nevoie, frecvența reuniunilor mai depinzând și de banii suveranului. Nu exista nicio regulă care să fixeze termenul de convocare a acestuia. De exemplu, parlamentul lui Henri al VIII-lea (1529-1536) a activat 7 ani, parlamentul Elizabetei (1572-1583) - 11 ani. Domnia lui Jacques I (1603-1625) și a lui Carol I (1625-1649) sunt caracterizate de o putere egală între parlament și rege. Timp de 3 ani au durat reuniunile primelor 2 parlamente ale regelui Jacques I, 7 ani - între al doilea și al treilea. Carol I domnește fără convocarea parlamentului din 1629 până în 1640, numindu-se și perioada absolutismului.

Revoluția din 1688 marchează o etapă importantă în istoria parlamentarismului englez. Relațiile dintre rege și Adunare s-au schimbat, încercându-se elaborarea unei teorii a suveranității care ar fundamenta supremația parlamentară. Dacă Parlamentul este suveran, el reunește în jurul regelui lorzii și comunele. Regele a pierdut calitatea de sursă a puterii, devenind astfel reprezentant al coroanei în Parlament.

Fenomenul parlamentarismului s-a dezvoltat și în alte sisteme constituționale. Un exemplu elocvent la acest capitol este și istoria parlamentarismului francez.

Este de menționat că la descrierea parlamentarismului francez nu vom avea în vedere organele judecătorești franceze de „stil vechi” numite parlamente, dar adunările reprezentative din anii 1789-1799.

Parlamentarismul francez de la sfârșitul sec. al XVIII-lea poate fi considerat un fenomen contradictoriu, mai ales după natura provenienței sale. Astfel, acesta apare nicidecum pe un loc gol, având în calitate de predecesor adunările nobililor și ale Statelor Generale, convocate periodic de rege din cele mai vechi timpuri.

Trebuie să menționăm că primele discuții și polemici serioase privind problema unei adunări reprezentative și atribuțiile acesteia au fost condiționate de procesul de convocare a Statelor Generale în 1789. O contribuție directă a fost și decizia regelui Ludovic al XVI-lea de a dubla numărul de deputați aleși de cea de a treia stare socială, care astfel se egala cu numărul de deputați aleși de ambele stări privilegiate luate împreună. Deputații însă au rămas dezamăgiți, aflând că regele a păstrat vechiul regulament de activitate a Statelor Generale, ei trebuind să dezbate și să voteze în ședințe separate. Din aceste considerente, chiar de la începutul activității Statelor Generale, pe prim-plan au fost înaintate probleme de procedură. Deputații stării a treia cereau ședințe comune pentru toate stările și votare individuală.

Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului, adoptată la Versailles, de Adunarea Națională la 26 august 1789, în articolul 16 a acesteia a consacrat unul dintre principiile fundamentale ale parlamentarismului - separația puterilor în stat. [2, art.16]

Din textul Declarației decurge că autorii acesteia au urmărit două scopuri principale: renunțarea la moștenirea politică de „stil vechi” și instituirea fundamentului unei organizări de stat noi.

Fără a stabili momentul apariției Parlamentului ca instituție politico-juridică în cadrul societății organizate în stat, putem constata că nașterea lui a fost condiționată de o serie de factori, printre care:

- revolta poporului împotriva absolutismului monarhic;
- intenția maselor de a participa la procesul de guvernare;
- fundamentarea principiului suveranității conform căruia puterea aparține poporului și numai poporul are dreptul de a elabora legi;
- imposibilitatea creării condițiilor pentru ca întreg poporul să legifereze în statele cu teritoriu imens și populație numeroasă.

În virtutea principiului separației puterilor și asigurarea echilibrului acestora în practica constituțională s-a impus divizarea Adunării reprezentative în două camere, astfel încât o fracțiune a puterii legislative, fiind opusă altei fracțiuni a acestei puteri, să urmărească evitarea unui eventual abuz de putere.

Din acest punct de vedere se susține că atunci când organul reprezentativ este constituit dintr-o singură fracțiune suntem în prezența unei puteri legislative concentrate, iar adunarea respectivă va fi numită Parlament Unicameral, iar atunci când legislativul este constituit din două fracțiuni, vom fi în prezența unei divizări a puterii legislative și, respectiv, în prezența unui Parlament Bicameral.

Așadar, conform modului de concentrare și divizare a puterii legislative, putem clasifica parlamentele în unicamerale și bicamerale.

Se consideră că bicameralismul, ca sistem de organizare parlamentară format din două adunări reprezentative, denumite diferit în diferite țări (Camera Comunelor, Camera Reprezentanților, Camera Deputaților, Bundestag, Senat), a luat naștere în Anglia.

În S.U.A. bicameralismul s-a format la inițiativa lui Benjamin Franklin, care, pentru salvarea unității națiunii în curs de formare, a propus ca puterea legislativă să fie divizată în două camere egale în drepturi: Camera reprezentanților, care asigură egalitatea sufragiilor cetățenilor, și Senatul, care asigură egalitatea statelor.

În literatura de specialitate se menționează și despre existența a trei factori care au determinat apariția bicameralismului: a) stratificarea socială; b) existența statelor federale; c) reprezentarea intereselor socio-profesionale (bicameralismul corporativ). [17]

Majoritatea țărilor mici și unitare se caracterizează prin unicameralism, fiind cunoscute și excepții, cum ar fi, spre exemplu, Irlanda. Comparând influența dimensiunii țării și a federalismului asupra structurii legislativului, constatăm că mărimea teritoriului este un factor mai puternic. Există și state care nu corespund relației mare – bicameral, mic - unicameral: Austria, Elveția și Irlanda sunt țări mici, dar au legislative bicamerale. Există și state care fac excepție de la regula stat unitar - parlament unicameral : Belgia, Franța, Italia, Japonia, Olanda, Marea Britanie și Irlanda, deși sunt state unitare, au parlamente bicamerale.

Am putea menționa că regimul parlamentar este unul adecvat pentru statele care doresc o reprezentativitate mai bună a intereselor populației. Parlamentarismul duce la crearea pluripartidismului, pluralității de idei și concepții politice. Avantajele sistemului parlamentar sunt reprezentativitatea mai bună, pluralism de idei, diversitate ideologică. Limitele parlamentarismului sunt legate de deficiența procesului

decizional, este uneori mai greu de ajuns la un consens asupra unor probleme contradictorii. Sistemul parlamentar presupune o maturitate politică și capacitatea de a negocia, dezbate și analiza într-o manieră democratică proiectele de lege.

În Republica Moldova conform legislației electorale, începând cu anul 1994, alegerile parlamentare s-au desfășurat în baza sistemului proporțional, întreg teritoriul țării constituind o circumscripție electorală, în care se aleg cei 101 deputați.

La 24 februarie 2019 pentru prima dată în istoria Republicii Moldova alegerile parlamentare se vor desfășura în baza sistemului electoral mixt (paralel), în care concomitent sunt aleși 50 de deputați în cadrul unei singure circumscripții naționale și 51 de deputați în circumscripții uninominale. Toți cetățenii Republicii Moldova care au 18 ani împliniți în ziua alegerilor, au dreptul de a alege și de a fi aleși în cadrul scrutinului parlamentar. Ei pot candida atât în circumscripția națională, pe listele celor 46 de partide și organizații social-politice admise să participe la alegeri, cât și în circumscripțiile uninominale, în calitate de candidați independenți sau desemnați de partide. Validarea alegerilor parlamentare nu este condiționată de vreun prag minim de participare a cetățenilor, înscriși în lista alegătorilor.

Alegerile parlamentare ordinare din 24 februarie 2019 reprezintă cel de-al IX-lea scrutin parlamentar organizat de la declararea independenței Republicii Moldova în 1991, în urma căruia va fi ales Parlamentul de legislatură a XXI-a. În aceeași zi cu alegerile parlamentare va avea loc și un referendum republican consultativ referitor la micșorarea numărului deputaților în Parlament și caracterul mandatului acestora.

Campania electorală a început pe 25 ianuarie 2019 și va dura 30 de zile. Anterior campaniei, începând cu 26 decembrie 2018 și până pe 24 ianuarie 2019, a avut loc înregistrarea candidaților pentru circumscripția națională (la Comisia Electorală Centrală) și pentru cele 51 de circumscripții uninominale (la Consiliile electorale de circumscripție).

În circumscripția națională s-au înregistrat 15 partide și blocuri electorale, iar în circumscripțiile uninominale 321 candidați din partea a 10 formațiuni politice și 56 candidați independenți.

Concluzii.

În urma cercetării efectuate putem menționa următoarele:

1. Fenomenul parlamentarismul duce la crearea pluripartidismului, pluralității de idei și concepții politice. Avantajele sistemului parlamentar sunt reprezentativitatea mai bună, pluralismul de idei, diversitate ideologică, maturitate politică și capacitatea de a

negocia, dezbate și analiza într-o manieră democratică proiectele de lege. Parlamentul constituie o instituție publică al cărei rol este de a reprezenta interesele populației unui stat, și această calitate, de a exercita prerogativele prevăzute de Constituție. Ca și în constituțiile altor state din lume, Constituția Republicii Moldova prevede că Parlamentul este „unica autoritate legislativă a statului”. În acest caz, se subînțelege că numai parlamentul are menirea să reglementeze primar și originar relațiile sociale fundamentale și să asigure unitatea reglementărilor legislative pe întreg teritoriul țării.

2. Activitatea legislativă a statului are ca obiect stabilirea de reguli de conduită socială generală și impersonală, cu caracter obligatoriu și succesibil de a fi sancționat, dacă ar fi încălcate, prin forța de constrângere a statului.

3. Cetățenii, exercitând suveranitatea prin dreptul de vot, acționează nu în numele lor propriu, ca deținători ai unei cote de suveranitate, ci în numele poporului pe care ei îl reprezintă în acel moment. Ei îndeplinesc o funcție publică. Dreptul de vot este exercițiul unei funcții sociale. Din însuși principiul suveranității naționale rezultă că toți cetățenii sunt chemați în mod natural și egal să exercite această funcție.

4. Activitatea de elaborare a normelor este una din activitățile fundamentale de exercitare a funcțiilor statului, având drept scop stabilirea unor variante de conduită ce ar permite dezvoltarea normală a societății. Desigur, rolul primordial de organ legiuitor îi revine, Parlamentului care dispune de prerogativa exclusivă de a adopta legi. Fiind ales direct de către cetățeni, prin vot, el reprezintă voința poporului și are dreptul să exercite cele mai importante drepturi ale acestuia, să exercite puterea poporului.

Bibliografie

I. Actele normative internaționale:

1. Declarația Universală a Drepturilor Omului din 10 decembrie 1948, Rezoluția Adunării Generale a ONU nr.217 A(III). Tratatul internațional la care Republica Moldova este parte, Volumul I, Chișinău, 1998.

2. Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului din 26 august 1789, adoptată de Adunarea Națională, la Versailles.

II. Actele normative naționale:

3. Constituția Republicii Moldova, adoptată la 29.07.94., cu ultimile modificări și completări Monitorul Oficial nr.106-111/ 502 din 14.07.2006, Chișinău, 2010.

4. Codul Electoral, nr. 1381-XIII din 21 noiembrie 1997. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 81 din 8 decembrie 1997.

5. Declarația de suveranitate a Republicii Sovietice Socialiste Moldova, nr.148-XII din 23.06.90, „Vesti” nr.148-

XII din 23-06.1990. Veștile Sovietului Suprem și ale Guvernului Republicii Sovietice Socialiste Moldova, nr.81, art.132, 1990.

6. Declarația de independență a Republicii Moldova, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova, la 27 august 1991. Monitorul Oficial nr.11-12, Chișinău, 1991.

7. Legea pentru adoptarea Regulamentului Parlamentului, Nr.797 din 02.04.96, Monitorul Oficial al Republicii Moldova Nr.050 din 07.04.2007.

8. Legea privind actele legislative, nr.780-XV din 27.12.2001, Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.36-38/210 din 14.03.2002.

9. Legea privind frontiera de stat a Republicii Moldova, nr.108-XIII din 17.05.94, Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.12/107 din 03.11.1994.

10. Legea privind tratatele internaționale ale Republicii Moldova, Nr. 595 din 24.09.1999, Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 24-26/137 din 02.03.2000.

III. Literatura de specialitate :

11. Arseni A., ș.a., Drept constituțional comparat. Chișinău, 2003.

12. Bădescu M. Drept constituțional și instituții politice, Bucuresti, 2001.

13. Cerata E., Cozma V., Culea S., Istoria universală modernă (1640 - 1850), Crestomație. Chișinău: Prut Internațional, 2000.

14. Cernencu M., ș.a., Republica Moldova : istoria politică (1989-2000). Documente și materiale. Vol.I., USM, ULIM, Chișinău, 2000.

15. Guceac I., Curs elementar de drept constituțional. Vol. II, Chișinău, Tipografia Centrală, 2004.

16. Guceac I., Drept electoral. Tipografia Centrală, Chișinău, 2005.

17. Ionescu Cr., Tratat de drept constituțional contemporan. București, 2003.

18. Muraru I., Tănăsescu S., Drept constituțional și instituții politice. Ediția a 9-a revăzută și completată, Lumina Lex, București, 2001.

19. Negru B., Teoria generală a dreptului și statului. Chișinău, 2006.

20. Piroșca A. Activitatea Parlamentului în contextul aderării României la Uniunea Europeană. În: Materialele Conferinței Interuniversitare Integrarea europeană și filosofia româna: cazul Al. S. Sturza. Chișinău: USM, mai 2009, p. 192-197.

21. Preda C., Soare S. Regimul, partidele și sistemul politic din România. București: Nemira, 2008, 233 p

22. Pricope R., Hrebenciuc F. Legislativul în spațiul Uniunii Europene. Suceava: Mușatinii, 2009, 224 p

23. Solomon C., Piroșca A. Aspecte istoriografice privind constituirea și activitatea Parlamentului României. În: „Impactul politicii externe asupra interesului național. Materialele Conferinței științifico-practice internaționale”, 15 mai 2015, Chișinău, IRIM, 2015, p. 103

24. Solomon C., Piroșca A. Alegerile parlamentare din Republica Moldova și România. În: MOLDOSCOPIE (Probleme de analiză politică) Nr. 3(LVIII), Chișinău, 2012,

25. Stioca S. Romania dupa 1989. Bucuresti, meronia,2010, p235

26. Большой юридический словарь. Инфра-М, Москва, 1999.

IV. Publicații electronice:

27. Конституции буржуазных стран: Средние и малые европейские страны. Т. 2 Москва, Ленинград. Соцэкгиз, 1936. // www.lawlibrary.ru (accesat la 6 aprilie, 2018).

28. Asociația pentru Democrație Participativă “ADEPT”. Alegeri parlamentare în Moldova. // www.e-democracy.md (accesat la 9 septembrie, 2018).

Teoria statului și dreptului

CZU: 340.12

UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND CORAPORTUL RĂSPUNDERII JURIDICE CU RĂSPUNDEREA SOCIALĂ ÎN TEORIA GENERALĂ A DREPTULUI

Vasile DOBÎNDA,
doctorand ULIM

Interesul cercetării doctrinare a unui subiect investigat în multiple lucrări de valoare, atât în doctrina spațiului românesc, cât și cea a Federației Ruse, a fost generat anume de diversitatea doctrinară existentă în domeniul răspunderii, de relevanța sporită pentru doctrina juridică, în general, și pentru Teoria generală a dreptului, în special. Concomitent cu necesitatea investigării evoluției doctrinare a fenomenului în cauză, intenționăm să intervenim cu unele noțiuni, concepte, orientate atât spre o clarificare a percepției terminologice, respective cât și utilizarea eficientă a acestora în doctrina și legislația națională.

Cuvinte-cheie: *răspunderea socială, răspunderea juridică, sancțiune, raport juridic de răspundere, obligație.*

The interest of researching the doctrine is a subject investigated in several valuable works, both in the doctrine of the Romanian space, and in Russian Federation, which generates a certain amount of doctrinal diversity existing in the field of responsibility, of greater relevance for the legal doctrine, in general, and for General Theory of Law, in particular. Simultaneously with the need to investigate the doctrinal evolution of a phenomenon concerned, we intend to intervene with notions, concepts, orientated to spread clarification of the terminological perceptions, respectively to be able to use them effectively in national doctrine and legislation.

Keywords: *social responsibility, legal responsibility, sanction, legal relations of responsibility, obligation.*

Introducere. Pe parcursul ultimei jumătăți a sec. al XX-lea, abordările răspunderii juridice, interesul investigării doctrinare a unui subiect cercetat în multiple lucrări de valoare, atât în doctrina sovietică, doctrina rusă, cât și în doctrina română și în cea națională, a fost generat anume de diversitatea doctrinară excesivă în domeniul răspunderii, de relevanță sporită pentru doctrina juridică, în general, și pentru Teoria Generală a Dreptului, în special. Concomitent cu necesitatea investigării evoluției doctrinare a fenomenului în cauză, intenționăm să intervenim cu unele soluții, orientate spre o simplificare a percepției terminologice respective și cu o clarificare privind utilizarea eficientă și corectă a acestora în legislația națională.

Survenirea răspunderii juridice, drept consecință a comiterii faptei ilicite, este un adevăr recunoscut practic de toți cercetătorii de specialitate. În doctrina juridică rusă aceasta este denumită răspundere retrospectivă, întrucât este legată anume de survenirea după momentul omiterii faptei sau negative, întrucât este opusă celei pozitive, adică responsabilității juridice

Metode aplicate și materiale utilizate. În procesul studiului au fost folosite mai multe metode de investigație științifică: metoda logică, analitică, comparativă, generalizatoare etc.

În vederea realizării studiului dat au fost utilizate materiale relevante publicate în țara noastră și peste hotare. Scopul prezentului studiu este de a efectua o analiză generală a fenomenului de răspundere juridică în doctrina juridică contemporană.

Rezultate și discuții. Pe parcursul ultimei jumătăți a sec. al XX-lea, abordările răspunderii juridice au suferit multiple modificări. Inițial erau cercetate preponderent semnele răspunderii juridice, pe primul plan ieșind întotdeauna forța coercitivă a statului și pedepsirea de către stat a făptuitorului. Ulterior s-a acordat atenție conținutului represiv al răspunderii, reflectat mai cu seamă de sancțiunea normei juridice. Mai târziu, răspunderea juridică se vedea ca un raport juridic din care decurge executarea forțată a obligației ce-i revine subiectului. La momentul actual, majoritatea autorilor examinează răspunderea juridică în cadrul limitelor raportului juridic. În opinia noastră, această abordare este cea optimă, ea permițând ca în baza reglementărilor existente să se construiască modelul adecvat al răspunderii juridice.

Autorii A. Negru și O. Chicu [1, p. 35], având în vedere diversitatea și numărul impunător de definiții ale răspunderii juridice au încercat o grupare a acestora după diferite semne (obligație, sancțiune, constrângere, raport juridic, instituție juridică etc.).

Reieșind din aceste semne au fost delimitate mai multe grupuri de astfel de definiții.

1) Concepția răspunderii ca obligație a celui ce încalcă dreptul de a suporta consecințele nefavorabile;

2) Concepția răspunderii ca obligație de a se conforma prescripțiilor normelor juridice;

3) Concepția răspunderii ca sancțiune (pedeapsă) sau ca realizare a sancțiunii pentru încălcarea dreptului;

4) Concepția răspunderii ca un ansamblu de consecințe nefavorabile ale încălcării dreptului, inclusiv cu referire la obligația subiectului care a încălcat norma juridică de a suporta limitări în drepturi și sancțiunile care pot fi aplicate în raport cu acest subiect;

5) Concepția răspunderii juridice ca raport de constrângere din partea statului (sau ea legătură de drept);

6) Ca un ansamblu de raporturi juridice;

7) Ca instituție juridică;

8) Ca reacție a statului față de fapta ilicită;

9) Concepția răspunderii juridice ca un sistem special de măsuri ce stimulează conduita licită și de măsuri de reprimare (curmare) a conduitei ilicite [1, p. 36].

În opinia autorilor sus-menționați, enumerarea în cauză demonstrează complexitatea răspunderii juridice, fiecare definiție accentuând un anumit aspect al răspunderii juridice; ele nu sunt eronate, ci mai degrabă unilaterale. Cu toate acestea, concepțiile menționate acordă un caracter complex categoriei de răspundere juridică și, totodată, dezvoltă teoria răspunderii juridice. Analiza efectuată ne permite să stabilim că răspunderea juridică este mai largă decât cea a sancțiunii; nu este niciun simplu raport juridic, cu atât mai mult nu se limitează la ideea de constrângere. Această accepțiune, mai largă, include răspunderea pozitivă ca obligație juridică specifică de a îndeplini anumite acțiuni (responsabilitate); dacă acțiunile nu sunt realizate benevol, intervine constrângerea, deci răspunderea juridică negativă sau retrospectivă (ori, propriu-zis, răspunderea) [1, p. 36]. Într-o oarecare măsură, această teză rezultă și din argumentele unor autori, specialiști în drept penal, care susțin existența raporturilor juridice de conformare și a raporturilor juridice de conflict. Raporturile juridice de conformare sunt cele care se manifestă în legătură cu respectarea benevolă a legii penale, iar cele de conflict prin constrângerea de a respecta legea penală. „Este greu de acceptat, menționează acești autori, existența unor raporturi de conflict generate de săvârșirea infracțiunii, fără o prealabilă conturare a obligațiilor generale de conformare față

de lege în cadrul unor raporturi de conformare” [2, p. 116-117].

Susținând cele expuse anterior, totuși, considerăm că unul din semnele răspunderii juridice, despre care nu pomenesc autorii nominalizați anterior, este faptul că răspunderea juridică este, în primul rând, o varietate a răspunderii sociale.

Unul dintre momentele, asupra cărora chiar și autorii cu viziuni diferite sunt de acord, se referă la faptul că răspunderea juridică este o varietate a răspunderii sociale, fapt despre care R. L. Hachaturov scrie: răspunderea socială este consfințită în normele corespunzătoare, inclusiv în cele juridice, care reglementează obligația vinovatului de a *răspunde în fața societății și a statului* [3, p. 10].

Vorbind despre răspunderea socială reiterăm că aceasta se raportează la interesele generale ale societății, la cerințele obiective ale dezvoltării sociale. Dată fiind diversitatea intereselor sociale, care pot fi încălcate sau omise prin acțiunea sau interacțiunea indivizilor, răspunderea socială poate îmbrăca, la rândul ei, multiple forme, în raport cu natura relațiilor sociale lezate: răspunderea politică, religioasă, morală, juridică etc. [4, p. 37]

Aceste forme ale răspunderii sociale exercită fie o acțiune independentă unele de altele, fie, de cele mai multe ori, acționează cumulativ, deoarece la baza lor se află criterii identice, izvorâte din interesele generale ale societății [5, p. 13].

Un moment important ce trebuie precizat, în context, în opinia lui V. Micu, este că noțiunea de răspundere nu este specifică și exclusivă dreptului, ea fiind o instituție care depășește această sferă, o instituție proprie societății, considerată în ansamblul său [6, p. 71]. Răspunderea este, deci, un fapt social și se rezumă la reacția organizată, instituționalizată, pe care o declanșează o faptă considerată condamabilă [7, p. 32]. Sfera noțiunilor de răspundere este foarte largă, majoritatea acțiunilor umane fiind susceptibile să genereze o formă sau alta de răspundere, deoarece individul nu acționează într-un spațiu indiferent, pasiv, neutru, ci într-o ambianță socială, umană, în cadrul căreia parametrii acțiunii sale sunt evaluați, valorizați prin norme sociale în funcție de scopul propus, rezultatul atins și de semnificația ei socială [8, p. 52].

L. I. Spiridonov a cercetat corelația dintre răspunderea socială și cea juridică. Dânsul consideră că aceste două categorii sunt ca partea și întregul. În societatea bazată pe diviziunea muncii fiecareia îi revine un rol social, inclusiv în cadrul schimbului social. Astfel răspunderea este socială, iar neexecutarea rolului de către subiect duce la încălcarea bunei funcționări a societății. De menționat că în

afara persoanelor fizice și juridice în cadrul raporturilor sociale mai participă cel mai important subiect - societatea. Iar în virtutea interconexiunii existente, partea vătămată întotdeauna este societatea, iar răspunderea urmează a fi suportată în fața societății. Răspunderea socială generează răspundere juridică, sau altfel spus, răspunderea juridică este răspundere socială după conținut[9, p. 278-279].

Răspunderea juridică reprezintă o varietate a răspunderii sociale, care se manifestă în diversele sfere de activitate socială a oamenilor. Răspunderea socială ia naștere atunci când comportamentul uman are semnificație socială și este reglementat de normele sociale.

S. A. Komarov remarcă corect că răspunderea juridică este parte a răspunderii general-sociale, care la rândul său este o formă de manifestare a reacției statului la încălcarea normelor sociale prestabilite[10, p. 356].

În plus, A. S. Shaburov evidențiază ideea precum că *răspunderea socială* este unul dintre factorii determinanți ai dreptului, determinându-i conținutul și exprimând natura juridică a lucrurilor[11, p. 15].

Nici opinia lui V. V. Pohmelkin nu este de neglijat, acesta menționând că *răspunderea socială*, fiind reflectată în normele juridice, dobândește calitatea de răspundere juridică [12, p.33].

Opiniile cercetătorilor nominalizați urmează a fi acceptate din mai multe motive. În primul rând, raporturile legate de răspunderea juridică se nasc doar în momentul comiterii delictului, până în acel moment existând doar potențiala posibilitate de a trage la răspundere persoana. Atunci când răspunderea nu se poate materializa în formă juridică, ea se poate realiza în forma răspunderii morale, care are ca rezultat condamnarea de către societate, care cu siguranță exercită un impact asupra comportamentului persoanei.

În cazul răspunderii sociale, sancțiunea nu se evidențiază din structura generală a raporturilor sociale, iar acest lucru semnifică faptul că spre deosebire de răspunderea juridică, în cazul celei sociale lipsește această necesitate.

Dat fiind faptul că conceptul de răspundere are mai multe forme, analiza acestuia face obiectul de studiu al științelor politice, filosofice, religiei, moralei ori științelor sociale [13, p. 256]. De exemplu, în domeniul politic, răspunderea are un înțeles clar, ea referindu-se la realizarea în bune condiții a unor activității sau acțiunii, sens în care se vorbește de răspunderea conducerii unei țări pentru politica internă și externă[14, p. 256]. Din punct de vedere filosofic se susține că răspunderea este o consecință a exercitării libertății omului, trebuind să fie responsa-

bil de tot ceea ce face[15, p. 36]. O asemenea viziune asupra răspunderii este în consonanță și cu perceperea morale și religioase conform cărora orice om este răspunzător pentru faptele sale, fiind supus atât răspunderii reglementate de legile omenești, cât mai ales judecății divine, care este infailibilă și de la care nu se poate sustrage. În acest sens, sociologia distinge între sancțiunea politică sau recompensa acțiunii, când fapta este în consens cu ordinea socială, cu pedeapsa sau sancțiunea negativă, atunci când fapta încalcă ordinea socială. Astfel, că nicio faptă a omului nu rămâne indiferentă: dacă este bună, este răsplătită, dacă este rea, este pedepsită[16, p. 169].

Față de aceste forme ale răspunderii, cea juridică se distinge prin aceea că este instituționalizată și vizează obligația tuturor de a da socoteală pentru încălcarea normelor de drept[17, p.9].

După cum am menționat anterior, cercetarea esenței răspunderii juridice prin definițiile sale este orientată în principal spre stabilirea semnelor acesteia, inclusiv a celor cu semnificație juridică.

În doctrina rusă, S. N. Kojevnikov delimitează patru semne ale răspunderii: legătura indisolubilă cu statul și forța de constrângere a acestuia, fapta ilicită este temeiul răspunderii, se asimilează cu condamnarea de stat și prezintă consecințe negative pentru făptuitor[18, p. 463].

S. S. Alexeev delimitează următoarele semne ale răspunderii: condamnarea socială, reproșul moral și social al comportamentului ilicit[19, p.101].

Studiile autorului O.E. Leist referitoare la semnele răspunderii juridice reprezintă un important pas în determinarea lor. Acest autor a fost unul dintre primii care a observat forma procesuală de realizare a răspunderii ca semn al acesteia. Răspunderea juridică este fenomenul de aplicare față de persoanele ce au comis fapta ilicită a măsurilor sancționatorii în ordinea stabilită de normele procesuale[20, p. 103].

S. L. Kondratieva, aplicând metodologia general-filosofică, la fel acordă importanță semnelor procesuale. Din punct de vedere filosofic, răspunderea juridică prezintă unitatea dintre conținut și formă, adică nu doar o stare de lucruri care schimbă statutul juridic al subiectului, ci și o procedură specială de aplicare și executare a acesteia. La o etapă anumită de realizare a răspunderii juridice, aceasta dobândește aspectul procesual, când evoluția raportului juridic ia forma procesuală. În acest sens, conținutul material aparent trece pe planul doi, dar interferează cu raporturile procesuale, se intersectează cu ele [21, p. 8].

Semnul devenit deja tradițional, de suportare a consecințelor negative, a fost formulat de doctrină, în felul următor: răspunderea este o necesitate (răs-

punderea juridică - o obligație) ca subiectul vinovat de comiterea faptei ilicite să suporte consecințele negative ale acesteia... Răspunderea juridică reprezintă obligația de natură juridică a făptuitorului de a suporta constrângerea de stat care i se aplică în rezultatul săvârșirii cu vinovăție a faptei ilicite și care se manifestă în limitări de ordin patrimonial sau personal [22, p. 364].

Și alții indică asupra acestui semn, menționând că răspunderea juridică este obligația specifică de suportare a limitărilor patrimoniale sau personale în rezultatul comiterii faptei ilicite, în conformitate cu sancțiunea normei juridice încălcate și care se naște în cadrul raportului juridic stabilit între stat și subiectul faptei ilicite. De exemplu, A.S. Sirotin aduce concomitent mai multe semne și determină *sensul răspunderii juridice* în felul următor: răspunderea juridică reprezintă raportul juridic social dintre subiectul ce a încălcat norma juridică și sistemul de control social în persoana organului competent, care se exprimă în suportarea de către făptuitor a consecințelor negative [23, p. 10].

V. M. Lazarev caracterizează răspunderea multi-aspectuală, menționând că se acordă dreptate autorilor care abordează *esența răspunderii juridice* de pe *poziții sociale largite*, dar și în strânsă conexiune cu comportamentul juridic... [24, p. 23-24]. Esența răspunderii juridice pentru fapta ilicită comisă este exprimată prin pedeapsa aplicată celui ce a comis această faptă, or ea se rezumă la suportarea de către făptuitor a consecințelor negative reglementate de sancțiunea normei juridice. Anume din aceste considerente raportul juridic apare ca o formă universală prin intermediul căreia se realizează răspunderea juridică [24, p. 159].

N. V. Vitruk este adeptul abordării multiaspectuale, menționând că întrucât răspunderea este un fenomen juridic, el posedă un șir de semne specifice ce decurg din caracterul ei legal:

- 1) această răspundere este legată de acțiunea mecanismului de reglementare juridică;
- 2) este activitatea autoritar-statală a organelor competente în aplicarea forței de constrângere a statului;
- 3) răspunderea juridică este întotdeauna legată de fapta ilicită, întrucât aceasta din urmă constituie temeiul realizării răspunderii în sine;
- 4) această răspundere se realizează prin intermediul raportului juridic;
- 5) are un caracter strict determinat în sensul formei, tipului, măsurilor de constrângere de stat și are o ordine procesuală strictă prestabilită;
- 6) are un temei legal strict stabilit în litera legii (componenta faptei ilicite) [25, p. 301].

N. V. Vitruk indică cu exactitate asupra indicelui evaluativ al răspunderii juridice, menționând că esența răspunderii juridice se rezumă la evaluarea negativă din partea statului a comportamentului subiectului faptei ilicite [25, p. 301].

În general, putem fi de acord cu autorii care abordează multiaspectual semnele răspunderii juridice.

La comiterea faptei ilicite cunoaștem inițial subiectul care este unul din semnele răspunderii juridice, celelalte semne componente vor deveni cunoscute ulterior, în procesul de realizare a răspunderii juridice.

Concluzii. Înainte de a se studia în cadrul diferitor ramuri ale științei juridice este necesar de clarificat că răspunderea juridică ca formă a răspunderii sociale, în general, este o *categorie generală* a Teoriei generale a dreptului. Acest subiect interesează toate disciplinele de ramură în care răspunderea juridică apare ca o *instituție juridică*; instituția răspunderii; ca o instituție interramurală ce asigură eficacitatea ordinii de drept, stimulează atitudinea de respectare a legii, stabilirea ordinii de drept.

Astfel, *putem defini răspunderea juridică* ca o categorie a Teoriei generale a dreptului ce reflectă raportul juridic de răspundere, un complex de drepturi și obligații conexe, care are ca obiect sancțiunea juridică ce constituie cadrul de realizare a constrângerii de stat, obligație de a suporta sancțiunea în scopul restabilirii ordinii de drept lezate în societate.

Referințe bibliografice

1. Negru A., Chicu O. Interacțiuni doctrinare dintre răspunderea juridică și responsabilitatea juridică. În: Studia universitatis moldaviae, nr. 8, 2018, p. 35-44.
2. Botnaru S., Savca S., Grosu A., Grama V. Drept penal. Partea generală. Vol. I. Chișinău: Cartier juridic, 2006.
3. Хачатуров Р. Л. О правоотношениях юридической ответственности. În: Юриспруденция, Тольятти, №2, 1995. с.10-21.
4. Micu V. Răspunderea și responsabilitatea ca fenomen social. În: Legea și viața, nr. 6, 2017, p. 36-41.
5. Lorincz L., Străoanu M. Răspunderea juridică, parte integrantă a răspunderii sociale. În SCJ, nr. 1, 1970, p. 7-20.
6. Micu V. Răspunderea parlamentară: teorie și practică. Monografie. Chișinău: S.n., 2017.
7. Costin M. Răspunderea juridică în dreptul R.S.R. Cluj: Dacia, 1974.
8. Apostol P. Norma etică și activitatea normativă. București: Ed. științifică și enciclopedică, 1968.
9. Спиридов Л. И. Теория государства и права. М., Статус ЛТД+, 1996.

10. Комаров С. А. Общая теория государства и права. Учебник. М.: Юрайт, 1997.
11. Шабуров А. С. Политические и правовые аспекты социальной ответственности личности: Дис... доктора юрид. наук. Свердловский юридический инс.-т. Свердловск, 1992.
12. Похмелкин В. В. Социальная справедливость и уголовная ответственность. Красноярск: изд-во Красноярского ун-та, 1990.
13. Trăilescu A. Răspunderea patrimonială pentru actele administrative de autoritate nelegală. București: C. H. Beck, 2013.
14. Bădescu M. Sancțiunea juridică. Teză de doctorat. București: facultatea Drept, 2000.
15. Sartr E. T. L'existentialisme est un humanisme. Suisse. Nagel, 1964.
16. Saxto-Romane E. Arhitipuri juridice în Biblie. Iași: Polirom, 1997
17. Angel H. I., Deak M., Popa M. Răspunderea civilă. București: Ed. științifică, 1970.
18. Кожевников С. Н. Юридическая ответственность. Общая теория права. Курс лекций под общ. ред. В. К. Бабаева Н. Новгород: Нижегородская ВШ МВД РФ, 1993.
19. Алексеев С. С. Государство и право. Начальный курс. 2-е изд. перераб. и допол. М.: Юрид. Лит., 1994.
20. Лейст О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву (Теоретические проблемы). М.: МГУ, 1981.
21. Кондратьева С. Л. Юридическая ответственность как институт материального права. Проблемы теории и практики правоохранительной деятельности органов внутренних дел: Сб. статей адъюнктов и соискателей. Вып.8. - М.: ЮИ МВД России, 1997.
22. Baltag D. Teoria răspunderii și responsabilității juridice. Chișinău: ULIM, 2007.
23. Сиротин А.С. Юридическая ответственность по советскому праву. Проблемы ответственности и наказания в советском праве. М., 1990.
24. Лазарев, В. М. Юридическая ответственность как форма и средство реализации социальной справедливости в советском обществе: Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 1990.
25. Витрук Н. В. Общая теория юридической ответственности. М.: Норма, 2008.

VALOAREA ȘI SEMNIFICAȚIA RĂSPUNDERII CA FUNDAMENT JURIDIC AL STATULUI DE DREPT

Victor DONOS,

doctorand, Institutul de Cercetări Juridice, Politice și Sociologice

Articolul cuprinde o abordare succintă a răspunderii juridice ca fundament juridic al statului de drept. O atenție distinctă este acordată esenței răspunderii ca fenomen social, particularităților acesteia și distincției față de alte forme de constrângere statală.

Cuvinte-cheie: *răspundere, răspundere socială, forme de răspundere, răspundere juridică, constrângere, sancțiune.*

VALUE AND SIGNIFICANCE OF LIABILITY AS THE LEGAL BASIS OF THE RULE OF LAW

Victor DONOS,

PhD student, Institute for Legal, Political and Sociological Research

The article contains a brief approach to legal liability as the legal basis of the rule of law. A distinct attention is given to the essence of liability as a social phenomenon, its peculiarities and distinction from other forms of state constraint.

Keywords: *liability, social responsibility, forms of liability, legal liability, coercion, sanction.*

Introducere. După cum este bine știut, ființa umană, trăind în colectivitate, trebuie să-și desfășoare activitatea în conformitate cu anumite reguli de comportare, cu un conținut social, diferit în funcție de natura și conținutul lor: religios, moral, juridic, politic etc. Rațiunea unei astfel de conformări, desigur, rezidă în necesitatea asigurării unei ordini în cadrul societății de natură să determine dezvoltarea armonioasă a acesteia. Tot în acest scop, s-a impus și regula, conform căreia, nerespectarea normelor de comportare socială atrage inevitabil *răspunderea* celor vinovați, răspundere ce în funcție de natura și conținutul normelor încălcate poate fi diferită: religioasă, morală, juridică, politică etc. Indiferent însă de felul răspunderii, ea este în primul rând socială, fiind un fapt social complex [21, p. 14-18; 13, p. 49-55].

Un moment important ce trebuie precizat în context este că noțiunea de *răspundere* nu este specifică și exclusivă numai dreptului, ea fiind o instituție care depășește această sferă, o instituție proprie societății considerată în ansamblul său. *Răspunderea* este, deci, un fapt social și se rezumă la reacția organizată, instituționalizată, pe care o declanșează o faptă considerată condamnabilă [22, p. 321]. Sfera noțiunii de *răspundere* este astfel foarte largă, majoritatea acțiunilor umane fiind susceptibile să genereze o formă sau alta de *răspundere*, deoarece individul nu acționează într-un spațiu indiferent, pasiv, neutru, ci într-o ambianță socială, umană, în cadrul căreia parametrii acțiunii sale sunt evaluați, valorizați, prin norme sociale, în funcție de scopul propus, rezultatul atins și de semnificația ei socială [2, p. 52].

În prezent, problema răspunderii capătă tot mai mult o importanță deosebită, mai ales că reprezintă garanția principală a ordinii sociale. În condițiile consolidării statului de drept, un rol distinct îi revine nemijlocit răspunderii juridice în calitatea sa de factor de asigurare a ordinii de drept.

Scopul studiului. În lumina celor expuse, în continuare, ne propunem o abordare succintă a răspunderii juridice ca fundament juridic al statului de drept, sub aspectul esenței, particularităților și distincției față de alte forme de constrângere statală.

Rezultate obținute și discuții. Pentru început, reiterăm că dat fiind faptul că acest concept de *răspundere* are mai multe forme, analiza acestuia face obiectul de studiu al științelor politice, filosofiei, religiei ori științelor sociale [26, p. 1]. În toate aceste domenii însă, analiza *răspunderii* începe de la esența socială a acesteia.

Astfel, privită ca fenomen social, *răspunderea* se datorează situării individului în sistemul social de relații normate. El răspunde în fața acestui sistem pentru asumarea conduitei incompatibile cu exigențele ordinii normate social [18, p. 117]. Respectiv, *răspunderea* este un fenomen pe care autoritatea colectivă, adesea instituționalizată îl atribuie persoanei care îl suportă ca pe ceva exterior, acceptat uneori, în mod neliber, nedorit, ca pe o obligație [4, p. 115].

Prin urmare, *răspunderea* se identifică în principal prin esența raporturilor desfășurate între individ și societate, ea se manifestă mai ales ca prezență activă a societății ca expresie a unor cerințe pe care societatea le impune individului.

În esență, *răspunderea* desemnează o reacție de dezaprobare a societății față de o acțiune umană imputabilă individului. Sensul frecvent al acestei noțiuni, indiferent de forma sub care se manifestă, este acela de asumare a consecințelor încălcării regulilor de conduită socială, obligația ce revine autorului faptei contrare acestor reguli, care poartă întotdeauna amprenta dezaprobării sociale [27, p. 514]. Într-o altă opinie, *răspunderea* este văzută ca o condamnare din partea statului, a organizației obștești sau a colectivului față de fapta comisă. Aceasta este o reacție a societății la încălcarea intereselor ei prin nerespectarea normelor stabilite și presupune aplicarea de sancțiuni pe care autorul faptei trebuie să le suporte [20, p. 117].

În rezultatul analizei detaliate a particularităților *răspunderii*, și, în special, a distincțiilor dintre aceasta și responsabilitate (ca fenomen asemănător), în doctrină au fost identificate câteva trăsături importante ale *răspunderii*, și anume [19, p. 44]:

În primul rând, *răspunderea* presupune o anumită supunere a individului față de sistemul social.

În al doilea rând, *răspunderea* este de ordin normativ, fiind expres reglementată de lege.

În al treilea rând, *răspunderea* se manifestă, în principal, ca expresie a unor cerințe pe care societatea le impune individului.

În al patrulea rând, *răspunderea* vizează în mod direct conservarea sistemului social dat și asigurarea ordinii în cadrul acestuia.

În al cincilea rând, *răspunderea* nu se identifică și nu se reduce la cea de *sancțiune*, deoarece *răspunderea* este un raport social de constrângere, iar *sancțiunea* reprezintă obiectul acestui raport [11, p. 50].

În fine, *răspunderea* reprezintă un tip de raport distinct între individ și colectivitatea din care acesta face parte; mai exact, este vorba despre „un raport între individ și autoritatea acestei colectivități”.

Dincolo de aceste momente, doctrina menționează că *răspunderea socială* se raportează la interesele generale ale societății, la cerințele obiective ale dezvoltării sociale. Dată fiind diversitatea intereselor sociale care pot fi încălcate sau omise prin acțiunea sau inacțiunea indivizilor, *răspunderea socială* poate îmbrăca, la rândul ei, multiple forme, în raport de natura relațiilor sociale lezate: *răspundere politică*, religioasă, morală, juridică etc. Aceste forme ale *răspunderii sociale* exercită fie o acțiune independentă unele de altele, fie, de cele mai multe ori, acționează cumulativ, deoarece la baza lor se află criterii identice, izvorâte din interesele generale ale societății [17, p. 7-20].

Bunăoară, în domeniul politic, *răspunderea* are un înțeles clar, ea referindu-se la realizarea în bune condiții a unor activități ori acțiuni, sens în care se

vorbește de *răspunderea* conducerii unei țări pentru politica internă și externă [7, p. 256].

Din punct de vedere filosofic se susține că *răspunderea* este o consecință a exercițiului libertății, omul trebuind să fie responsabil de tot ceea ce face [25, p. 36-37; 23, p. 282]. O asemenea viziune asupra *răspunderii* este în consonanță și cu preceptele morale și religioase conform cărora orice om este răspunzător pentru faptele sale, fiind supus atât *răspunderii* reglementate de legile omenești, cât, mai ales, judecății divine, care este infailibilă și de la care nu se poate sustrage. În acest sens, teologia distinge între sancțiunea pozitivă sau recompensă, atunci când fapta este în consens cu ordinea morală, și sancțiunea negativă sau pedeapsa, atunci când fapta încalcă ordinea morală. Astfel, că nicio faptă a omului nu rămâne indiferentă: dacă este bună, este răsplătită, dacă este rea, este pedepsită [24, p. 167-172].

Față de aceste forme ale *răspunderii*, cea juridică se distinge prin aceea că este instituționalizată și vizează obligația tuturor de a da socoteală pentru încălcarea normelor de drept [1, p. 9]. În acest sens, *răspunderea juridică* a fost definită ca o instituție juridică ce cuprinde ansamblul normelor juridice care vizează raporturile juridice ce se nasc în sfera activității specifice, desfășurate de autoritățile publice, în temeiul legii, împotriva tuturor celor care încalcă sau ignoră ordinea de drept, în scopul asigurării respectării și promovării ordinii juridice și a binelui public [6, p. 155].

Cu toate că *răspunderea juridică* nu beneficiază, în general, de o definiție legală, în doctrină [12, p. 23] ea a fost apreciată ca reprezentând un complex de drepturi și obligații conexe, care potrivit legii se nasc ca urmare a săvârșirii unei fapte ilicite și care constituie cadrul de realizare a constrângerii de stat prin aplicarea sancțiunilor juridice în scopul asigurării stabilității raporturilor juridice și a îndrumării membrilor societății în spiritul respectării ordinii de drept.

În general, trebuie să recunoaștem că *răspunderea juridică* – instituție prezentă în toate ramurile dreptului – constituie un subiect ce interesează toate științele juridice, având o importanță practică deosebită, deoarece ea asigură eficiența normei de drept, stimulează atitudinea de respectare a legii, stabilirea și menținerea ordinii sociale [5, p. 122].

Pornind de la aceste momente, considerăm că *răspunderea juridică* necesită a fi abordată în calitate sa de formă a constrângerii statale. Cercetarea acestui aspect prezintă o importanță teoretică deosebită, dat fiind faptul că adesea, în literatură, *răspunderea juridică* și *constrângerea juridică* sunt privite

ca sinonime, iar uneori ca niște categorii opuse. Din aceste considerente, este justificată necesitatea elucidării esenței răspunderii juridice ca formă a constrângerii juridice și delimitarea acesteia de alte măsuri de constrângere [8, p. 70].

În general, *răspunderea juridică* presupune o reacție a statului și a organelor acestuia față de o faptă ilegală, pasibilă de pedeapsă [9, p. 24]. Ea se exprimă prin aplicarea față de subiectul vinovat al măsurilor de răspundere juridică (sanctiunilor). Sanctiunea presupune suportarea de către persoană a unor privări de natură materială, juridică și personală [29, p. 16].

Fiind o noțiune destul de controversată, *răspunderea juridică* cunoaște o varietate de definiții, dintre care enunțăm doar câteva: obligația subiectului de drept responsabil de a suporta consecințele nerespectării unei norme juridice în vigoare, în vederea restabilirii ordinii de drept [5, p. 135]; un raport juridic special ce constă în obligația de a suporta sancțiunea prevăzută de lege ca urmare a unui fapt juridic imputabil, obligație completată de drepturile corespunzătoare conexe și corelative ei [3, p.277].

Relevante sub aspectul ce ne interesează, sunt însă definițiile în care răspunderea juridică este văzută ca fiind: constrângerea aplicată de către stat în scopul executării cerințelor dreptului, care cuprinde condamnarea faptei subiectului de către stat și societate [36, p. 6]; aplicarea față de persoanele ce au comis fapte ilegale ale măsurilor de constrângere prevăzute de lege în ordinea procesuală stabilită de aceasta [33, p. 319; 37, p. 165]; aplicarea măsurilor de constrângere statală pentru restabilirea ordinii încălcate sau sancționarea persoanei vinovate ce a comis ilicitul [35, p. 627] etc.

În științele juridice ramurale, răspunderea este definită în mod corespunzător. Bunăoară, *răspunderea contravențională* este văzută ca: un raport juridic de constrângere stabilit între stat și contravenient, al cărui conținut îl constituie dreptul statului de a aplica măsuri de asigurare și sancțiuni vinovatului de comiterea contravenției și obligația corelativă a acestuia de a suporta măsurile respective [14, p. 103-104]; reacția statului la comiterea cu vinovăție a unei fapte contravenționale prin aplicarea de către organul împuternicit față de făptuitorul ei a constrângerii statale prevăzute de legea contravențională, în modul și în termenele stabilite de lege, în limitele sancțiunii contravenției comise, precum și obligația contravenientului de a suporta sancțiunea aplicată [15, p. 6; 10, p. 139] etc.

Prin urmare, *răspunderea juridică* se caracterizează printr-o legătură indisolubilă cu constrângerea statală, ce se manifestă prin faptul că ea este stabi-

lită de către stat și reprezintă o metodă specifică de influență externă coercitivă față de persoanele care au admis derogări de la normele juridice. Răspunderea juridică se aplică exclusiv ca răspuns la faptele comise cu vinovăție, și, de aceea, ea presupune cele mai severe restrângeri de drepturi și libertăți pentru persoanele în cauză. Natura coercitivă a răspunderii juridice derivă din faptul că ea este prevăzută de sancțiunile normelor juridice și poate fi realizată doar prin intermediul activității de constrângere desfășurată de organele statului [34, p. 463].

În pofida acestor momente, fiind o varietate a constrângerii statale, răspunderea juridică nu o reprezintă în totalitate. Or, altfel spus, răspunderea juridică este o formă importantă de constrângere statală, însă nu este unica [32, p. 243-244]. Față de persoanele ce au comis delikte se aplică variate măsuri de constrângere, multe dintre ele nefiind măsuri de răspundere juridică. Respectiv, nu orice constrângere juridică este și răspundere juridică. Răspunderea juridică nu este unica formă de influență asupra delicvenților. Există și alte măsuri eficiente de influență, care au drept scop protecția și restabilirea relațiilor sociale [31, p. 45-46]. Din această perspectivă, noțiunea de constrângere juridică este mai largă ca cea de răspundere juridică [9, p. 71].

Potrivit cercetătorilor [28, p. 12], principala distincție între răspunderea juridică și alte măsuri de constrângere constă în scopul aplicării acestora, funcțiile și temeiurile aplicării, caracterul consecințelor, legătura cu sancțiunea normei, ordinea și timpul aplicării. În același timp, o trăsătură distinctă a răspunderii juridice rezidă în faptul că aceasta se aplică pentru o faptă ilicită comisă. Răspunderea poartă un caracter retrospectiv, fiind o reacție a statului față de un ilicit comis în trecut.

Un alt criteriu de diferențiere a răspunderii juridice de alte măsuri de constrângere rezidă în caracterul sancțiunilor normelor juridice. Nemișlocit sancțiunea constituie o măsură coercitivă ce se concretizează într-o anumită privațiune, restricție sau obligație silită impusă persoanei vinovate de comiterea unei abateri (de ex., a contravenției); este o măsură de constrângere, având un caracter forțat [16, p. 6].

Deci, răspunderea juridică ca formă de constrângere statală se caracterizează prin faptul că prin intermediul ei se realizează sancțiunea normei juridice încălcate. Astfel, persoanei care a comis o contravenție sau un delict civil i se impune executarea unei măsuri de constrângere statală – a achita amenda, a compensa prejudiciul cauzat creditorului, a executa obligația prevăzută de contract. Însă, dacă asemenea acțiuni nu sunt executate într-un anumit termen, atunci măsurile coercitive sunt executate de

către executorii judiciari sau de alte organe. O situație distinctă prezintă pedeapsa penală, care cel mai frecvent se realizează prin măsuri de constrângere din momentul emiterii hotărârii judecătorești.

O altă distincție rezidă în caracterul consecințelor ce survin în cazul răspunderii juridice. Respectiv, aplicarea răspunderii întotdeauna se caracterizează prin survenirea unor consecințe negative pentru persoana în cauză, care pot fi de natură psihologică, materială sau juridico-organizațională [29, p. 14-18].

Realizând o sinteză asupra distincțiilor între răspunderea juridică și alte forme de constrângere, A.I. Kaplunov îi atribuie câteva trăsături [30, p. 11]: răspunderea nu este o oarecare influență coercitivă, ci una cu caracter sancționator; drept temei al aplicării răspunderii servește numai componenta faptei ilegale, demonstrată de probele corespunzătoare; condiția subiectivă indispensabilă aplicării măsurilor de răspundere față de persoanele fizice este vinovăția, în lipsa acesteia răspunderea persoanei este imposibilă; doar răspunderea juridică implică condamnarea statală a persoanei vinovate și a faptei acesteia; măsurile de răspundere juridică sunt prevăzute de sancțiunea normei juridice; realizarea măsurilor de răspundere juridică poate avea loc în baza unor acte jurisdicționale; scopul răspunderii rezidă în corectarea și reeducarea subiecților în cauză, precum și în prevenirea comiterii de noi fapte ilegale.

Generalizînd, notăm că *răspunderea juridică* este cea mai severă formă de constrângere juridică, datorită unor asemenea caracteristici ale ei precum: menirea; temeiurile aplicării; obligativitatea întrunirii condițiilor de vinovăție; caracterul consecințelor juridice; legătura cu aplicarea sancțiunii normei juridice [29, p. 17-18]. În comparație cu alte măsuri de constrângere statală, prin aplicarea răspunderii juridice se urmărește un scop cu mult mai profund, strategic – modificarea moral-psihologică a conștiinței individului delicvent. Respectiv, ea dispune de un potențial preventiv-educativ mai pronunțat, exercitând o influență sporită asupra restabilirii dreptății sociale, neadmiterii comiterii unor noi fapte ilegale. Sub acest aspect, răspunderea reprezintă un adevărat fundament juridic al statului de drept, asigurând respectarea legii de către toți, inclusiv stat și agenții săi.

Bibliografie

- Anghel I.M., Deak F., Popa M.F. *Răspunderea civilă*. București: Editura Științifică, 1970.
- Apostol P. *Norma etică și activitatea normată*. București: Ed. Științifică și Enciclopedică, 1968.
- Avornic Gh. *Tratat de teoria generală a statului și dreptului (în două volume)*. Vol. II. Chișinău, 2010. 580 p.
- Bădescu M. *Concepte fundamentale în teoria și filosofia dreptului. Teoria răspunderii și sancțiunii juridice*. București: Lumina Lex, 2001.
- Baltag D. *Teoria răspunderii și responsabilității juridice*. Chișinău: ULIM, 2007. 440 p.
- Barac L. *Elemente de teoria dreptului*. București: All Beck, 2001.
- Boboș Gh. *Teoria generală a dreptului*. Cluj-Napoca: Ed. Dacia, 1994.
- Chetruș U. *Garantarea drepturilor și libertăților constituționale în procesul aplicării măsurilor de constrângere juridică*. Teză de doctor în drept. Chișinău, 2013. 203 p.
- Chetruș U. *Respectarea drepturilor condamnaților în aplicarea constrângerii de către organele statale*. În: *Legea și Viața*, 2006, nr. 12, p. 24-25.
- Comarnițaia E. *Răspunderea contravențională ca modalitate a constrângerii statale în domeniul asigurării ordinii de drept*. Teză de doctor în drept. Chișinău, 2012. 161 p.
- Costachi Gh. *Responsabilitatea și răspunderea – forme de integrare a individului în societate*. În: *Revista științifică "Univers Om"*, nr. 3, 2009.
- Costin M. *Răspunderea juridică în dreptul R.S. România*. Cluj-Napoca: Ed. Dacia, 1974.
- Florea M. *Responsabilitatea acțiunii sociale*. București: Editura Științifică și Enciclopedică, 1976.
- Furdui S. *Drept contravențional*. Chișinău: Cartier Juridic, 2005. 242 p.
- Guțuleac V. *Răspunderea contravențională este sau nu este o modalitate de asigurare a ordinii de drept?* În: *Legea și Viața*, 2012, nr. 11, p. 4-10.
- Guțuleac V., Prisăcari D. *Sancțiunea contravențională: noțiune, trăsături și principii de aplicare*. În: *Legea și Viața*, 2012, nr. 9, p. 4-9.
- Lorincz L., Străoanu M. *Răspunderea juridică, parte integrantă a răspunderii sociale*. În: *S.C.J.*, 1970, nr. 1.
- Mihai Gh. C., Motica R. I., *Fundamentele dreptului. Optima justitia*. București: All Beck, 1999.
- Negru B. *Responsabilitatea și răspunderea juridică într-un stat democratic de drept*. În: *Revista Națională de Drept* 2006, nr. 12..
- Orlov M., Belecciu Șt. *Drept administrativ (pentru uzul studenților)*. Chișinău: „Elena-V.I.”, 2005.
- Pătulea V., Șerban S., Marconescu G.I. *Răspundere și responsabilitate socială și juridică*. București: Editura Științifică și Enciclopedică, 1988.
- Popa N. *Teoria generală a dreptului*. București: Actami, 1997.
- Popa N. *Teoria generală a dreptului*. București: All Beck, 2002.
- Safta-Romano E. *Arhetipuri juridice în bibliie*. Iași: Polirom, 1997.
- Sartre J. *L'Existentialisme est un humanisme*. Suisse. Nagel, 1964.
- Trailescu A. *Răspunderea patrimonială pentru actele administrative de autoritate nelegale*. București: C.H. Beck, 2013.

27. Vonica R. P. *Introducere generală în drept*. București: Lumina Lex, 2000.

28. Глаголев П.В. *Юридическая ответственность в системе мер государственного принуждения*: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Саратов, 2007. 25 р.

29. Зубко В., Кетруш У. *Юридическая ответственность как вид государственного принуждения*. В: Закон и Жизнь, 2010, № 7, р. 14-18

30. Каплунов А.И. *О классификации мер государственного принуждения*. В: Государство и право, 2006, № 3, р. 30-32

31. Липинский Д.А. *Проблемы юридической ответственности*. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2003. 385 р.

32. *Общая теория права и государства*. Под ред. В.В. Лазарева. 2-е изд. Москва: Юристъ, 1996. 472 р.

33. *Общая теория права*. Под общ. ред. А.С. Пиголкина. Москва, 1996. 432 р.

34. *Общая теория права*. Под общей ред. проф. В.К. Бабаева. Нижний Новгород 1993. 540 р.

35. *Проблемы теории государства и права*: Под ред. М.Н. Марченко. Москва: Юристъ, 2001. 656 р.

36. Самощенко И.С., Фарушкин М.Х. *Ответственность по советскому законодательству*. Москва: Юридическая Литература, 1971. 240 р.

37. *Теория государства и права*. Т. 2. Под ред. М.Н. Марченко. Москва, 1995. 420 р.

DESPRE AUTOR/ ABOUT THE AUTHOR:

Victor DONOS,
doctorand, Institutul de Cercetări Juridice,
Politice și Sociologice,
Programist Consilier, Compania 121 Research Ltd. /
Switzerland

PhD student, Institute for Legal, Political and
Sociological Research,
IT Advisor, 121 Research Ltd. / Switzerland
e-mail: donosvictor@gmail.com

УДК 340.1:81

ЮРИДИКО-ЛІНГВІСТИЧНА КОМПЕТЕНТНІСТЬ ПРАВНИКА**Людмила ШЕСТОПАЛОВА,**кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник,
професор кафедри загальноправових дисциплін Київського національного
торговельно-економічного університету

У статті наголошено на тому, що мовні компетенції для юристів – важлива умова й обов'язковий засіб їх успішної діяльності. Нині питання державної мови в незалежній Україні, в тому числі мови права і юридичної діяльності, набувають нового сенсу. Автором здійснено юридико-лінгвістичний аналіз законодавчих актів у галузі захисту державної української мови та деяких інших. Зроблено висновок про наявність тенденції до погіршення останніми роками якості мовно-юридичного контенту нормативно-правових актів та інших юридичних документів.

Запропоновано напрями його поліпшення та удосконалення мовної компетенції юристів. Мова є засобом та інструментом правоутворення, правотворчості, функціонування та реалізації права. Недосконалі ж чи неробочі інструменти не можуть виконати поставлені перед правником, юристом завдання. Саме тому мовні вимоги до юристів мають бути і високими, й особливими.

Ключові слова: законодавство, правовий захист мови, мова права, лінгвістична якість юридичних документів, юридична техніка

THE COMPETENCE OF LAWYERS IN LEGAL LINGUISTICS**Lyudmila SHESTOPALOVA,**Candidate of Law Sciences, Senior Research Fellow, Professor of the Department of General Law Disciplines of
Kyiv National University of Trade and Economics

The article emphasizes that language competencies for lawyers are an important prerequisite and indispensable means of their successful operation. Issues of the state language in independent Ukraine, including the languages of law and legal activity, are making new sense. The author made a legal linguistic analysis of the legislative acts in the field of protection of the state Ukrainian language and some others. It is concluded that there is a tendency to deteriorate the quality of linguistic and legal content of normative legal acts and other legal documents in recent years.

The author suggested directions for its improvement and improvement of language skills by lawyers. Language is a means and instrument of law-making, law-making, functioning and implementation of law. Imperfect or inoperative tools cannot accomplish the task assigned to the lawyer or lawyer. That is why linguistic requirements for lawyers should be high and specific.

Keywords: law, legal protection of language, language of law, linguistic quality of legal documents, legal technique

În articol se subliniază că competențele lingvistice pentru avocați reprezintă o condiție prealabilă importantă și indispensabilă pentru funcționarea lor de succes. Problemele limbii de stat din Ucraina independentă, inclusiv limbile de drept și activitatea juridică, au un sens nou. Autorul a făcut o analiză lingvistică legală a actelor legislative în domeniul protecției limbii ucrainene de stat și a altora. Se concluzionează că în ultimii ani există o tendință de deteriorare a calității conținutului lingvistic și juridic al actelor juridice normative și al altor documente legale. Autorul a sugerat instrucțiuni de avocați instrucțiuni pentru îmbunătățirea și îmbunătățirea abilităților lingvistice. Limba este un mijloc și un instrument de elaborare a legii, de elaborare a legii, de funcționare și de implementare a legii. Instrumentele imperfecte sau nefuncționale nu pot îndeplini sarcina atribuită avocatului sau avocatului. De aceea, cerințele lingvistice pentru avocați ar trebui să fie ridicate și specifice.

Cuvinte-cheie: lege, protecția juridică a limbajului, limbajul dreptului, calitatea lingvistică a documentelor juridice, tehnica juridică.

Постановка проблеми. Нині питання державної мови в незалежній Україні набувають нового значення, і в вітчизняній юриспруденції також. Державною мовою в Україні, як закріплено в Конституції України, є українська мова. Такий правовий статус української мови передбачає обов'язкове її застосування в публічній галузі,

зі, в державному управлінні, в освіті, в офіційних документах, у тому числі правових і правозастосовчих актах і так далі. Це мова правоохоронної діяльності, судочинства і, нарешті, національної культури. Проте радянське минуле і відомі політичні процеси ще й досі применшують її значення як ознаку національної самобутності. Ще й досі в

публічних сферах життя суспільства, в діяльності державних органів і юридичній діяльності роль державної мови недооцінюється, а рівень володіння нею залишає бажати кращого.

Ділова українська мова за професійним спрямуванням вичається практично в усіх закладах вищої освіти України, в т.ч. юридичного профілю, на юридичних факультетах і в юридичних інститутах. І це логічно, оскільки мовні компетенції для юристів – важлива умова й обов'язковий засіб їх успішної діяльності. Без володіння державною мовою їхня робота стає неможливою та й загалом втрачає сенс.

Актуальність теми дослідження. Проте лише в окремих вишах, де готують майбутніх юристів і юристів-міжнародників, передбачається достатня кількість годин для цілковитого опанування цією важливою дисципліною. І тільки в деяких закладах студентам юридичних спеціалізацій викладається юридична лінгвістика, чи лінгвістика правнича. Контент програм з української мови за професійним спрямуванням для майбутніх правників часто-густо спричиняє заслужену критику фахівців-юристів. А в процесі забезпечення цієї навчальної дисципліни, починаючи з першого семестру, викладачі змушені починати з того, щоб надолужувати вивчення студентами того матеріалу, який їм пропонувався в закладах середньої освіти, тобто навчати – інколи з нуля – українській лексиці, граматиці, синтаксису. І тільки потім можна переходити до опанування юридичною термінологією, професійною юридичною мовою, складанням юридичних документів, правничою риторикою і т.д.

Починаючи від відмінювання складних і складених числівників до постановки правильного наголосу, надто часто юристи порушують мовні норми. Зазначене належить до причин того, чому мова і мовлення багатьох правників і загалом вітчизняне юридичне письмо, що здійснюється державною мовою, є, м'яко кажучи, недолугими, далекими від мовних, літературних, професійних норм.

Безперечно, кожен юрист щодня особисто готує юридичні документи, бере участь у юридичному процесі. Тому він є відповідальним не тільки за їхній юридичний зміст, але й за мовне оформлення (подання, представлення). Тут слід згадати про дві взаємопов'язані та взаємозалежні категорії діалектики – зміст і форму.

Від якості юридичного мовлення залежить надто багато: чи то виграш юридичної справи чи то реальна дія верховенства права в суспільстві. І тут спрацьовує філософський закон єдності форми та змісту.

Більше того, значна частина поширюваної у суспільстві інформації сповнена юридичного змісту. В ідеалі юридичні тексти та повідомлення мали б редагувати редактори з двома освітами – юридичною та філологічною, проте в сучасних реаліях таке трапляється дуже рідко. І чим далі, тим більш недосконаліми, з огляду на мовні норми та вимоги юридичної техніки, стають не тільки поточні юридичні документи, а й тексти законів та інших нормативно-правових актів.

Це спричиняє значні проблеми в правовому регулюванні та, власне кажучи, гальмує чи спотворює реалізацію права. На ці ж підводні камені наштовхується і застосування права.

Стан дослідження. Звісно, особливо останніми роками цим питанням в Україні приділяється увага як лінгвістами, так і юристами. Неохідно згадати, наприклад, таких науковців, як-от: Галій М. [1], О. Мінченко [3], А. Найда [4], Ю. Шепель [11] та О. Шкурко [11]. Проте проблема далека від розв'язання, вона лише загострюється.

Слід визнати, що інколи протилежні погляди науковців і практиків на мовні компетенції юристів, спростування необхідності знання права і володіння державною мовою в професійній діяльності на високому, а не достатньому рівні, заперечення потреби сертифікованого підтвердження знання державної мови державними службовцями, викладачами закладів освіти та іншими категоріями громадян уповільнює, в підсумку, розвиток правової держави.

Мета і завдання статті. Далі ми спробуємо на конкретних прикладах, проаналізувавши юридичні тексти, зокрема чинних законодавчих актів, підтвердити їх недостатню лінгвістичну якість і висловити наші думки з приводу того, в який спосіб можна привести до мовно-літературних норм юридичні документи, насамперед, – законодавство в його широкому розумінні, а також мовлення правників в юридичному процесі, практичній юридичній діяльності.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до Конституції, законів України «Про освіту» [8] та «Про вищу освіту» [7] мовою освітнього процесу в усіх закладах освіти є державна мова. Дійсно, законодавство передбачає використання працівниками в робочий час української мови в закладах освіти всіх рівнів – від дитячих дошкільних закладів до університетів, включно із закладами позашкільної освіти (музичні та спортивні школи тощо). Це стосується не лише занять, але й навчальних матеріалів, різноманітних заходів і взагалі «...спілкування педагогічних, науково-педагогічних та інших працівни-

ків зі здобувачами освіти в рамках навчального процесу» [12].

Це дуже важливе положення, оскільки, варто визнати, що загальна грамотність населення так само, як і мовна грамотність юристів, знижується. На підтвердження цієї тези достатньо подивитися на письмові роботи випускників середній загальноосвітніх шкіл або переглянути будь-які правозастосовчі документи (договори, рішення судів, адміністративні протоколи, складені правоохоронцями) чи просто вдумливо дослухатися до мовлення суб'єктів права та правозастосувачів.

Ця тенденція частково пов'язана із наступальною інформатизацією суспільства, коли комп'ютерна програма не просто полегшує, а робить за людину важливі операції, які поклалися ще кілька десятків років тому на людський мозок (найпростіші з них – пошук джерел інформації на тегах / дескрипторами, першими літерами слова, кількома словами з контексту, виправлення граматичних помилок тощо). Прогресивно, коли комп'ютерні програми дуже швидко аналізують великі обсяги юридичної інформації, синтезують висновки, пропонують модельні рішення, коли юристові немає потреби щоразу створювати з нуля нові юридичні документи, бо їхні «трафарети» вже давно розроблено, уніфіковано і «закладено в цифру» чи штучний інтелект за хвилини підкаже їх юристові, і лишається тільки вписати оригінальні дані, приватну інформацію і т.д. Цифрове суспільство звільняє себе від обов'язку не помилятися особисто, формулювати та висловлювати лапідарно свої думки, а вимагає це від штучного інтелекту. Натомість людське спілкування та ділова активність втрачають якість, оскільки мова, як і будь-яка злагоджена система, живе за своїми внутрішніми законами та законами логіки. Порушення законів мови, яка, як відомо, є виразником людського розуму, як мінімум гальмує розвиток людини, применшує її успіхи, спотворює культуру. Другою, взаємопов'язаною з мовою, системою є право, юриспруденція, де внутрішні закони (закони Права з великої літери) ще більш суворі, бо їх порушення тягне за собою зведення права, перетворює його на не-право.

«Не чіпляйся до слів. Це лиш переклад. Ти ж знаєш, що слова, будь-які слова – це тільки поганий переклад з оригіналу. Усе відбувається на мові, якої немає. Й ось ті слова, яких не існує, – справжні...» [13, с. 23].

Синергетика мови та права карає недбалих носіїв мови і правників – порушників мовних норм. На жаль, нині, як ніколи, наша мова потребує очищення (такої собі «люстрації») від невластивих

українській культурі лексичних одиниць, слів, форм, конструкцій тощо та відновлення споконвічного українського мовного шару. Та робити це слід послідовно, за науковими рекомендаціями, а не нав'язувати населенню.

Ми маємо позбутися і багаторічного агресивного впливу на нашу мову мови нашого східного сусіда, механічної «калькації» російських лексем і мовних правил, норм права і поготів, а користуватися своїми власними. Маємо відновити гордість за свою вмістовну мову, особливу культуру, право, яке сягає глибини тисячоліть, звичаєве право...

Суспільство починає розуміти роль національної мови як ідентифікатора нації і ознаки національної культури. І юристи стають провідниками (і захисниками) тут.

Стає зрозуміло, чому в парламенті в умовах мовної необов'язковості міг з'явитися законопроект про очищення мови авторства О. Богомолець [9]. Ідея ніби схвальна – очистити мову від невластивих їй, потворних одиниць. Проте навіть текст цього неоднозначно сприйнятого суспільством документа, що претендує на поіменування в майбутньому «закон», має значні юридичні провали і мовні порушення. Наприклад, уже сама назва законопроекту, починаючи з першої дужки, – «Про протидію лихослів'ю» (про дематюкацію мови) (про внесення змін до деяких законодавчих актів України про дематюкацію мови) – викликає підозру в невігластві його ініціатора. Вже в пункті один проекту пропонується доповнити ст. 173, до слова, без вказівки назви статті, «Дрібне хуліганство» Кодексу України про адміністративні правопорушення [2] частиною другою такого змісту: «Ті самі дії [курсив наш – Л.Ш.], вчинені під час трансляції телерадіопередач, засобами масової інформації або шляхом поширення аудіовізуальної інформації в мережі Інтернет, під час публічних виступів...» [9]. Однак частина перша цієї статті кодексу забороняє: «Дрібне хуліганство, тобто нецензурну лайку в громадських місцях, образливе чіпляння до громадян та інші подібні дії, що порушують громадський порядок і спокій громадян». «Ті самі дії»? Складається враження, що проєктанти принаймні не уважно, по-перше, читали кодекс. По-друге не володіють державною мовою на належному рівні. Однорідними членами речення в них чомусь виступають різнопорядкові обставини (коли? «під час трансляції»; як? в який спосіб? «шляхом поширення інформації») та додаток (ким? «засобами масової інформації»). А в пункті другому проекту пропонується законодавчо закріпити зміст терміну «нецензурна лайка (лихослів'я)»: «Нецензурна лайка (лихослів'я) –

ненормативна (неприпустима) лайка (лексика), перелік слів та виразів якої затверджується Кабінетом Міністрів України» [9]. Отакої! Лексика та лайка, виявляється, – синоніми? А вищий виконавчий орган України ще й має затверджувати їх (лайливі слова)!

Текст розглядуваного законопроекту має подібний недолугий зміст і далі. Пояснювальна записка до цього законопроекту висвітлює ще краще низький рівень підготовки законотворця, який не розрізняє поняття: «країна» і «держава»; «мета» і «завдання» законопроекту; «лайка в середньовіччі» і «богохульництво» тощо, які, до речі, вживає беззастережно: «Коли ми виявляємо себе через те, що належить несвідомому, тоді втрачаємо нашу свідомість...» [9] Непритомніємо? І далі там само: «Ми вже досить багато, аж до смішного, говорили про потребу чистих рук у політиків. Хочемо приєднати до цієї вимоги ще й потребу *чистого рота* [курсив наш – Л.Ш.] як запоруку чистого майбутнього...» [9]. Тут коментарі зайві. Так «вкручувати» рідну мову неприпустимо. Подібні законотворці ганьблять і мову, і право, і вітчизняну культуру загалом.

Так, це був тільки законопроект. А ось приклади з тексту нового Закону України «Про забезпечення функціонування української мови як державної» [5]:

«*Навмисне* [тут і далі курсив наш. – Л.Ш. – замість умисне, оскільки юридичний термін «умисел» – складова суб'єктивної сторони складу правопорушення] спотворення української мови в офіційних документах і текстах, зокрема *навмисне* застосування її з порушенням вимог українського правопису і стандартів державної мови, а також створення перешкод та обмежень у застосуванні української мови тягнуть за собою *відповідальність*, встановлену законом» (п. 6 ст. 1).

«2. *Міністр* [курсив наш. – Л.Ш. – без жодних пояснень і натяків, який саме міністр] вносить до Кабінету Міністрів України подання щодо призначення членами Комісії осіб із числа кандидатів...» (Ст. 45 «Склад Національної комісії зі стандартів державної мови»).

«1. З метою сприяння функціонуванню української мови як державної у сферах суспільного життя, визначених цим Законом, на всій території України діє *Уповноважений із захисту державної мови* [курсив наш. – Л.Ш. – Ким уповноважений? Яким органом? Невідомо, а тим паче цей уповноважений «складає протоколи та застосовує стягнення у випадках, встановлених законом»] (ст. 49) [5].

А далі ще краще. Стаття 53 цього закону перебирає на себе юрисдикцію Кодексу законів Укра-

їни про адміністративні правопорушення і встановлює навіть розмір штрафу за правопорушення («штраф у розмірі від трьохсот до чотирьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян» за «публічне приниження чи зневажання, *навмисне* [курсив наш. – Л.Ш.] спотворення державної мови в офіційних документах і текстах» [5. При цьому чинність такої «норми» відсувається аж до 2030 року, тобто більш як на 10 років. То не краще б було залишити подібні положення в документі під назвою «Стратегія...»? Бачимо не тільки мовні, але й юридичні хиби, яких припускати не годиться.

На превеликий жаль, розглянутий закон має багато інших лінгвістичних, юридичних і навіть фактичних помилок, особливо тих, що відтерміновано, він виписаний із грубими порушеннями юридичної техніки та правотворення.

Таким чином, нагальні, потрібні закони в галузі захисту мови та забезпечення її функціонування, зокрема в юриспруденції, мають низьку якість, а отже, не справлятимуть відповідний вплив на суспільні відносини.

Багато негативних прикладів можна навести і з останніх новел до кримінального та кримінально-процесуального законодавства, які ще довго будуть обговорювати правозастосувачі, бо саме вони реалізують норми права у своїй професійній діяльності.

А чого варті підзаконні акти! У їх практично масиві немає жодного еталонного, з точки зору лінгво-юридичних вимог. Наприклад, той самий підзаконний кодифікований акт – Кодекс газосховищ, прийнятий однією з національних комісій... [6]. Спірною є сама назва – «Кодекс», що не має ніякого стосунку до галузевої кодифікації норм права.

Практично кожен указ, постанова, нормативний наказ останніх років викликають у юристів, юрислінгвістів і філологів професійні запитання.

Нова редакція Українського правопису [10], хоча й сприйнята мовниками позитивно, додає певного негативу до стану функціонування мови, зокрема в юриспруденції. Звичайно, зміна однієї літери в кількох десятках лексем (юридичних термінів) та зміна кількох правил мови істотно не утрудняють послуговування державною мовою, особливо молоддю.

Проте, повертаючи в українську мову старі та давно забуті, нехай навіть споконвічні, правила і слова, новелісти забули філософську методологію: нормою мови є те, як говорить (пише) більшість населення, особливо в цифровому суспільстві, а не як хоче того професура. Не можна нав'язати

інший наголос, вимову, флексію тощо, примусити говорити всіх інакше. Самі носії мови і є її творцями – це люди, народ. Мова так само, як право (в найширшому, – лібертарно-юридичному сенсі, навідріз від юридичного закону, що приймається згори і тому нерідко суперечить праву або просто не працює) породжується і живиться суспільством. Правопис – це норми мови. Нормою стає не те, що придумав хтось – літератор, науковець чи навіть законодавець, – а те, як говорить, сприймає і розуміє переважна більшість носіїв мови, що є органічним і прийнятним для людей.

Нині проблема мови стає однією з головних філософських проблем. Дійсно, люди впродовж усієї своєї історії «...створювали не просто назви для оточуючих їх речей, але формували терміни для позначення абсолютно умоглядних категорій. Філософія, семіотика, герменевтика пильно вдивлялися в слова окремо і їх сукупність, розмежовуючи конотації і інтонації» [13, с. 121]. Безумовно, українська мова стала ще й політичним чинником. Отже, мовна «дерадянізація», очищення від мовних «рудиментів» – штучна, політична підстава для мовної реформи та недостатня підстава для загального позитивного сприйняття таких змін.

Українська мова, – одна з небагатьох мов світу, яка ввібрала в себе безліч іншомовних слів (англійських, грецьких, литовських, німецьких, польських, французьких тощо), перетворивши їх на власні, конче необхідні лексичні одиниці. Запозичені слова до нашої рідної мови позначають окремі поняття, які з'явилися в нас під час запозичення. Це дає нам перевагу, особливо в юриспруденції, наприклад, перед англійцями, яким часто не вистачає свого тезаурусу й які часто-густо створюють неологізми для нових понять шляхом модифікацій власних лексем. А українці, запозичуючи іноземні слова переважно для нових понять, пристосовують, адаптують їх до своєї мови таким чином, що останні сприймаються переважно як власні.

Юридична мова підпорядковується майже математичним законам, їй не властиві тропи, синонімія, багатозначність, неправильний порядок слів у реченні тощо. Вона обережно ставиться і до неологізмів, варіантів мовної норми. Проте вона має у своєму складі багато термінів, які складаються з одного чи кількох слів, велику кількість сталих конструкцій, закріплених у законодавстві, будь-яке порушення в яких (перестановка чи заміна слів, зміна наголосу, наприклад) утруднює як мінімум досягнення юридичної мети і як максимум – «плондрує» право.

Мова права має особливе завдання – відтворити, ствердити та забезпечити існування права. Тому мова є засобом та інструментом правоутворення, правотворчості, функціонування та реалізації права. Недосконалі ж чи неробочі інструменти не можуть виконати поставлені перед юристом завдання. Саме тому мовні вимоги до юристів мають бути високими й особливими.

Висновки. На жаль, слід констатувати, що лінгво-юридична якість юридичних документів і навіть законів дедалі погіршується на тлі зниження загальної мовної грамотності, що ми спробували показати на декількох прикладах. Це позначається й на стані права в суспільстві, на стані загальної культури, адже право є її важливою складовою, за ступенем розвитку права можна визначити й ступінь розвитку певного суспільства. Однією з причин цього є зворотний бік невід'ємної від прогресу інформатизації суспільства. Сюди слід додати й недостатній рівень забезпечення викладання державної мови в юридичних вишах, а також закладах середньої освіти.

Зрозуміло, ситуацію слід виправляти. Розпочинати ж слід з популяризації української мови серед дітей, у студентському та педагогічному середовищах, з поправкою на запити інформаційного суспільства, з прищеплення поваги до норм мови, обережного ставлення до її складових, виховання смаку мови. Державна мова не повинна зазнавати жодних утисків. Вона має гармонійно панувати, в тому числі в юриспруденції.

Неграмотному юристові не місце в професії. До юриста як захисника прав людини висуваються більш високі вимоги, аніж, наприклад, до промисловця чи бізнесмена. Тому на випускних екзаменах, при підготовці і захисті випускної кваліфікаційної роботи майбутні юристи мають здобути паралельно і схвальну оцінку з державної мови за професійним спрямуванням.

Редактори юридичних видань, інші мовники, що працюють з юридичним контентом, викладачі української мови в юридичних закладах освіти повинні опанувати, крім філологічної (журналістської), ще й юридичну освіту хоча б на рівні бакалавра.

Це лише окремі пропозиції, що вплинуть на загальну культуру і юридичну культуру зокрема, до яких слід було б додати свідоме бажання, тривалі та наполегливі зусилля молодої людини із опанування права та кожного юриста-фахівця.

Список використаної літератури

1. Галій М. Становлення та розвиток мови права в сучасній українській літературній мові. Юридичний

часопис Національної академії внутрішніх справ. 2017. № 1 (13). С. 194–203.

2. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984. Відомості Верховної Ради УРСР. 1984. Дод. до № 51. Ст. 1122. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>

3. Мінченко О. Лінгвістичний аспект у правовому пізнанні. Підприємництво, господарство і право. 2018. № 5. С. 209–213. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/5/41.pdf>

4. Найда А.М. Багаторівневість юридичного тексту як вербалізація українського наукового мислення. Наукові записки Бердянського державного педагогічного університету. Сер. : Філологічні науки. 2018. Вип. 15. С. 87–92. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/nzbdpufn_2018_15_14

5. Про забезпечення функціонування української мови як державної : Закон України від 25.04.2019. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2019. № 21. Ст. 81. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2704-19>

6. Про затвердження Кодексу газосховищ та критеріїв, згідно з якими до певного газосховища застосовується режим договірному доступу або режим регульованого доступу : Постанова Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, від 30.09.2015 № 2495. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1380-15/paran13>

7. Про вищу освіту : Закон України від 01.07.2014 № 1556-VII. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2014. № 37-38. Ст. 2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18/print>

8. Про освіту : Закон України від 05.09.2017 № 2145-VIII. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2017. № 38-39. Ст. 380. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19>

9. Про протидію лихослів'ю (про дематюкацію мови) (про внесення змін до деяких законодавчих актів України про дематюкацію мови): Проект Закону України від 02.07.2019 № 10414. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JH81A00A.html

10. Український правопис : Постанова Кабінету Міністрів України від 22.05.2019 № 437 і Спільне рішення

Президії Національної академії наук України (протокол № 22/10 від 24.10.2018) і Колегії Міністерства освіти і науки України (протокол № 10/4-13 від 24.10.2018) та Української національної комісії з питань правопису (протокол № 5 від 22.10.2018). URL: <https://mon.gov.ua/storage/app/media/zagalna%20serednya/05062019-onovl-pravo.pdf>

11. Шепель Ю.О., Шепель Ю.О. Мова права як окремий стильовий різновид української й російської літературної мови та юридичного дискурсу. Лінгвістика. Лінгвокультурологія : Зб. наук праць Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара. 2016. № 10. URL: <http://lingvodnu.com.ua/archiv-nomeriv/lingvistika-lingvokulturologiya-tom-9-2016/mova-prava-yak-okremij-stilovij-riznovid-ukra%D1%97nsko%D1%97-j-rosijsko%D1%97-literaturno%D1%97-movi-ta-yuridichnogo-diskursu/>

12. Щодо застосування державної мови в освітній галузі : Лист МОН України департаментам (управлінням) освіти і науки обласних, Київської міської державних адміністрацій, закладам освіти всіх рівнів від 01.02.2018 № 1/9-74. URL: <http://www.doshkillia.ua/list-mon-shhodo-zastosuvannya-derzhavno%D1%97-movi-v-osvitnij-galuzi/>

13. Shishkin M. Der Brief. München: DVA, 2012. 416 p.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

ШЕСТОПАЛОВА Людмила Миколаївна,
кандидат юридичних наук, старший
науковий співробітник, професор кафедри
загальноправових дисциплін Київського
національного торговельно-економічного
університету

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

SHESTOPALOVA Lyudmila Mykolaivna,
Candidate of Law Sciences, Senior Research
Fellow, Professor of the Department of General Law
Disciplines of Kyiv National University of Trade
and Economics
mila_she@ukr.net

Drept internațional

CZU:

PROTECȚIA JURIDICĂ INTERNAȚIONALĂ A GENOMULUI UMAN

Lilia PÎSLARU,
doctorand, ICJP, ASM,

Alexandru MARIȚ,
doctor în științe, conferențiar universitar

Prezentul articol conține informații generale referitor la genomul uman și necesitatea protecției sale juridice. Articolul include, de asemenea, analiza actelor juridice internaționale și regionale care asigură protecția genetica umane, față de cercetările științifice, în particular, față de aplicațiile medicinei și biologiei.

Cuvinte-cheie: Genetică umană, genom uman, aplicații ale medicinei și biologiei, protecție juridică, reglementare internațională.

INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION OF HUMAN GENOME

Lilia PISLARU,
PhD, the Institute of legal and political research, ASM

Alexandru MARIT,
science doctor, university associate professor

The present article includes the general information about the human genome and reflects the necessity of its legal protection. Also, in this article was performed an analysis of international and regional acts that assure the protection of human genetics against the scientific researches, particularly of applications of medicine and biology.

Keywords: Human genetics, human genome, medicine and biology applications, legal protection, international regulations.

Introducere. Problemele ridicate de biotehnologii și medicină au condus la necesitatea protecției juridico-penale a genetica umane. În acest sens, au fost adoptate un șir de acte normative la nivel internațional. Aceste reglementări sunt de o valoare incontestabilă, atât timp, cât asemenea practici pot prezenta eventuale riscuri pentru viață, sănătate sau pot pune în discuție viitorul speciei, mai ales, atunci când vorbim despre experimente asupra genomului uman.[11, p. 82].

Evoluția actelor normative în domeniul protecției internaționale a genetica umane poate fi reprezentată în două etape: elaborarea Recomandărilor Consiliului Europei în privința protecției fătului și a prevenirii folosirii abuzive a manipulărilor genetice, precum și adoptarea Convenției asupra drepturilor omului și biomedicinei (Oviedo, Spania, aprilie 1997)[2], adoptată în scopul protecției demnității, drepturilor și libertăților omului față de aplicațiile biologiei și medicinei.

Materiale utilizate și metode aplicate. La elaborarea prezentei lucrări a fost studiat și utilizat cadrul normativ internațional, regional ce asigură protecția juridică a genomului uman, precum și un vast cadru doctrinar în domeniul genetica și a dreptului penal. Au fost folosite metodele: logică, comparativă, a analizei și sintezei, sistemică.

Rezultate obținute și discuții. Problematika manipulărilor genetice a stârnit puternice controverse, fiind abordate diferit, de la apogeul progresului științific cu multiple efecte pozitive, până la intervenție abuzivă și iresponsabilă în patrimoniul genetic, pasibilă de răspundere penală. Dezvoltarea rapidă a biologiei și medicinei, necesitatea respectării ființei umane, ca individ, dar și ca specie, actele de alterare a genomului care ar putea pune în pericol demnitatea, respectul individului ca atare, progresele în domeniul genetic care nu sunt utilizate întotdeauna în beneficiul ființei umane prezente și viitoare, au constituit doar câteva dintre premisele pentru reglementarea juridică a genetica umane la nivel internațional și regional.

Analiza reglementărilor internaționale care asigură protecție juridică genetica umane.

La nivel internațional și regional au fost adoptate reglementări privind protecția genetica umane și genomului uman. Analiza actelor normative în domeniu, ne permite să menționăm că legiuitorul a progresat constant în efortul de asigurare a unei protecții juridice a genomului uman.

Declarația universală a drepturilor omului adoptată de Adunarea generală ONU la 10.12.1948, este un act normativ internațional cu caracter general, care conține doar dispoziții indirecte privind protecția

geneticii umane. Aceste dispoziții pot fi deduse din conținutul art. 1-3 din Declarație. [8].

Declarația americană a drepturilor și îndatoririlor omului a fost adoptată în 1948, reglementează atât drepturi civile și politice, cât și drepturi economice, sociale și culturale, foarte asemănătoare cu cele cuprinse în Declarația Universală a Drepturilor Omului, dintre care menționăm: - dreptul la viață, libertatea și securitatea persoanei; - dreptul la egalitate în fața legii; - dreptul la viață privată; - dreptul la sănătate; - dreptul la securitate socială; Comisia Interamericană a Drepturilor Omului, creată în anul 1960, [1, p.117].

Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice a fost adoptat de Adunarea generală ONU la 16.12.1966 și ratificat prin Hot. Parl. nr.217-XII din 28.07.90, în vigoare pentru Republica Moldova din 26 aprilie 1993. [14].

Pactul este un act normativ internațional cu caracter general, care conține doar dispoziții indirecte privind protecția geneticii umane. Aceste dispoziții pot fi deduse din conținutul art. 5-7 din pact.

Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale a fost adoptat și deschis spre semnare de Adunarea generală a Națiunilor Unite la 16 septembrie 1966 prin Rezoluția 2200 A (XXI). [13].

Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale este un act normativ internațional cu caracter general, care conține doar dispoziții indirecte privind protecția geneticii umane. Aceste dispoziții pot fi deduse din conținutul art. 10, 12, 15 alin.1 lit.b) din Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale.

În conformitate cu prevederile art. 15 alin.1), lit.b), se recunosc fiecăruia dreptul de a beneficia de progresul științific și de aplicațiile sale. Conform art.15 alin.3) și 4), statele părți la prezentul Pact se angajează să respecte libertatea indispensabilă cercetării științifice și urmările benefice care trebuie să rezulte din încurajarea și dezvoltarea cooperării și contactelor internaționale în domeniul științei.

Convenția europeană pentru protecția drepturilor omului și a demnității ființei umane față de aplicațiile biologiei și medicinei a fost semnată la Oviedo, 4 aprilie 1997, în scopul protecției demnității, identității ființei umane și garantării oricărei persoane, fără discriminare, respectul integrității sale și al celorlalte drepturi și libertăți fundamentale față de aplicațiile biologiei și medicinei. [2]

Convenția este un act normativ special care stabilește principii, norme, reguli și condiții concrete în vederea protecției geneticii umane și genomului uman.

Conform art. 2 din Convenție, interesul și binele ființei umane trebuie să primeze asupra interesului unic al societății sau al științei.

Capitolul IV “Genomul uman” reglementează doar două cazuri de modificări genetice. Astfel, o intervenție asupra genomului uman nu este posibilă decât în vederea unor scopuri preventive, de diagnosticare sau terapeutice, sub condiția de a nu avea ca urmare o modificare în genomul descendenței (articolul 13).

Conform art. 14 al Convenției, nu se admite folosirea tehnicilor medicale pentru a determina sexul copilului ce urmează să se nască, cu excepția cazului când se urmărește evitarea unei boli ereditare grave (articolul 14).

Capitolul V din Convenție este consacrat regulilor privind cercetarea științifică asupra ființei umane. În conformitate cu prevederile art. 15 din Convenție, cercetarea științifică în domeniul biologiei și medicinei se exercită liber, sub rezerva dispozițiilor prezentei convenții și a altor dispoziții juridice care asigură protecția ființei umane.

Conform art. 16 din Convenție sunt stabilite expres condițiile concrete ale cercetărilor având ca obiect ființele umane [2, art.16].

Totodată, art. 17 din Convenție asigură protecția persoanelor care nu au capacitatea de a consimți la o cercetare și se impun anumite condiții cumulative în acest sens.

În articolul 18 al Convenției se statuează un principiu fundamental în planul protecției embrionului uman: “În cazurile în care legea autorizează cercetările pe embrionii în vitro, trebuie să asigure o protecție adecvată a embrionului. Crearea embrionilor umani în scopuri de cercetare este interzisă.” [2, art.18].

Capitolul VI stabilește reguli generale și specifice cu privire la prelevarea de organe și țesuturi de la donatori vii în scopul transplantării.

Convenția este considerată pe bună dreptate actul normativ de bază care stabilește principii, norme, reguli și condiții concrete în vederea protecției geneticii umane și genomului uman.

Ulterior, la 12.01.1998, a fost adoptat Protocolul adițional la Convenția pentru protecția drepturilor omului și a demnității ființei umane față de aplicațiile biologiei și medicinei, în vigoare pentru Republica Moldova din 1 martie 2003. [15]

În conformitate cu prevederile art. 1 al Protocolului, este interzisă orice intervenție având drept scop crearea unei ființe umane genetic identice unei alte ființe umane vii sau moarte. În sensul art. 1, prin expresia ființă umană genetic identică unei alte ființe umane se înțelege o ființă umană care are în comun cu o altă ființă umană ansamblul genelor nucleare.

Articolul 2 din Protocol interzice expres derogările de la dispozițiile protocolului în baza articolului 26 paragraful 1 din Convenție.

Protocolul adițional la Convenția europeană pentru protecția drepturilor omului și a demnității ființei umane față de aplicațiile biologiei și medicinei, referitor la transplantul de organe și țesuturi de origine umană, a fost semnat la Strasbourg la 20 februarie 2015, având în vedere faptul ca o utilizare necorespunzătoare a organelor sau tesuturilor ar putea pune în pericol viața, bunăstarea sau demnitatea umană.

Conform art. 1, părțile Protocolului protejează omul în demnitatea și identitatea sa și îi garantează, fără discriminare, respectarea integrității sale și a celorlalte drepturi și libertăți fundamentale ale sale în domeniul transplantului de organe și țesuturi de origine umană.[16].

Declarația universală UNESCO privind genomul uman și drepturile omului (11 noiembrie 1997) recunoaște că cercetările științifice privind genomul omului și aplicarea în practică a rezultatelor acestor cercetări deschid perspective nelimitate pentru ameliorarea stării sănătății unor oameni și a omenirii întregi, cu toate acestea menționând că astfel de cercetări trebuie să se bazeze pe respectul total al demnității, libertăților și drepturilor omului, precum și pe interzicerea oricărei forme de discriminare privind caracteristicile genetice. [7].

În conformitate cu prevederile art.1 din Declarație, genomul omului se află la baza comunității inițiale a tuturor reprezentanților neamului omenesc, precum și a recunoașterii demnității și diversității lor indispensabile. Genomul omului semnifică patrimoniul întregii omeniri. [art.3, 4].

Conform art. 2 din Declarație, fiecare om are dreptul la respectarea demnității și drepturilor lui, indiferent de caracteristicile lui genetice. O astfel de demnitate semnifică neîndoiește că personalitatea omului nu se poate limita doar la caracteristicile lui genetice și solicită respectarea unicității și irepetabilității lui.

În conformitate cu prevederile art.10 din Declarație, niciun fel de cercetări referitor la genomul omului, precum și niciun fel de cercetări aplicate în acest domeniu, mai ales în domeniile biologiei, geneticii și medicinei, nu trebuie să prevaleze asupra respectării drepturilor omului, drepturilor fundamentale și a demnității umane privind persoane separate sau, în cazuri respective, a grupurilor de oameni.

Declarația interzice expres practica care contravine demnității umane, cum ar fi practica de clonare în scopul reproducerii ființei umane. Statelor și organizațiilor internaționale competente se propune colaborare cu scopul de a depista o asemenea practică și de a adopta la nivel național și internațional măsurile necesare în concordanță cu principiile, stipulate în prezenta Declarație. [art.11].

Statele trebuie, în particular, să contribuie la efectuarea cercetărilor științifice, orientate spre depistarea, preîntâmpinarea și tratamentul bolilor genetice sau bolilor, provocate de influența factorilor genetici, în special, bolilor rar întâlnite, precum și bolilor cu caracter endemic, din a căror cauză suferă o parte considerabilă a populației lumii. [7, art.17].

Declarația universală UNESCO privind bioetica și drepturile omului (2005) proclamă necesitatea de a reflecta asupra cercetărilor și inovațiilor apte să amelioreze condiția umană și, în același timp, trasează ferm principiile responsabilității individuale, consimțământului, respectării integrității persoanei, vieții private, confidențialității, egalității, echității, nediscriminării, non-stigmatizării, respectării diversității culturale și pluralismului, protecției generațiilor viitoare și protecției mediului, biosferei și biodiversității. [10]

Declarația internațională cu privire la datele genetice ale omului a fost adoptată de sesiunea a 32-a a Conferinței Internaționale UNESCO la Paris, 17 octombrie a.2003. [9].

În conformitate cu prevederile art. 2 din Declarație, datele genetice ale omului sunt definite ca informația privind caracteristicile moștenite ale unor persoane aparte, obținută pe calea analizei acizilor nucleici sau pe calea unei alte analize științifice. Prin date proteome ale omului se înțelege informația, ce se referă la proteinele unei persoane aparte, care include expresarea, modificarea și interacțiunea lor.

Conform prevederilor art. 5 din Declarație, datele genetice și datele proteome ale omului pot fi colectate, prelucrate, utilizate și păstrate doar în următoarele scopuri: (i) diagnosticarea și acordarea asistenței medico-sanitare, inclusiv efectuarea examenului medical și a testării de pronostic; (ii) efectuarea cercetărilor științifice medicale, inclusiv ale celor epidemiologice, în special, cercetarea genetică a populației, precum și cercetările antropologice și arheologice, în continuare numite “cercetări medicale și științifice”; (iii) medicina legală și procedura judiciară privind anchetarea civilă, penală sau alte anchetări în corespundere cu prevederile din articolul 1 (c); (iv) sau în alte scopuri care nu contravin Declarației Generale privind genomul omului și drepturile omului și dreptului internațional în domeniul drepturilor omului. [9,art.5].

Convenția privind Diversitatea Biologică a fost semnată în cadrul Summitului de la Rio de Janeiro din 1992, de către 150 de lideri de guvern. Republica Moldova a ratificat Convenția privind Diversitatea Biologică în 1995 (Hotărârea Parlamentului nr. 457-XIII din 16.03.1995) [3]

În conformitate cu prevederile art. 15 din Convenție, ”Accesul la resurse genetice”, se prevede că autoritatea de a determina accesul la resurse genetice aparține

guvernurilor naționale și este supusă legislației naționale. Fiecare parte contractantă va face eforturi pentru dezvoltarea și efectuarea de cercetări științifice bazate pe resurse genetice furnizate de către alte părți contractante cu deplina participare a acestora și, în măsura posibilităților, pe teritoriul lor. Fiecare parte contractantă va lua măsurile legislative, administrative sau politice adecvate pentru a asigura împărțirea justă și echitabilă, cu partea contractantă care furnizează resursele genetice, a rezultatelor cercetării și dezvoltării și a beneficiilor cercetării, obținute din utilizarea comercială sau de alt tip a acestor resurse.

Protocolul de la Cartagena privind biosecuritatea la Convenția privind Diversitatea Biologică încheiat în orașul Montreal (Canada) la 29 ianuarie 2000 vine să rezolve actuala problemă extrem de complicată legată de utilizarea organismelor modificate genetic. Protocolul este structurat în 40 de articole și 3 anexe. [17].

Republica Moldova a ratificat Protocolul de la Cartagena privind Biosecuritatea în 2002 (M. O. nr.149-150 din 07.11.2002). Protocolul a fost elaborat pentru prevenirea riscurilor biotehnologice, care se va referi, în special, la mișcarea transfrontalieră a oricărui organism modificat genetic rezultat din biotehnologiile moderne care ar putea avea efecte adverse asupra conservării și utilizării durabile a diversității biologice. [17, art.1].

Părțile la Protocol trebuie să se asigure că producerea, manipularea, transportul, utilizarea, transferul și eliberarea oricărui organism modificat genetic se realizează într-o manieră care previne sau reduce riscurile pentru diversitatea biologică, ținând de asemenea cont de riscurile pentru sănătatea umană. [17,art.2 alin.2].

Recomandarea Consiliului Europei privind folosirea embrionilor umani și a fetoșilor în scopuri terapeutice, științifice, industriale și comerciale, nr. 1046/198612. Ea cuprinde și un Appendix, care trasează regulile ce guvernează folosirea embrionului sau fetoșului uman și prelevarea țesuturilor lor în scopuri de diagnosticare și terapeutice.

Recomandarea Consiliului Europei privind folosirea embrionilor și fetoșilor umani în cercetările științifice, nr. 1100/198913. Conform acestui document, se consideră că este potrivit ca protecția legală să fie acordată embrionului uman din momentul fertilizării celulei ou, urmărind aceleași reguli ca cele menționate în Recomandarea CE nr. 1046/1986.

Recomandarea Consiliului Europei asupra pregătirii unei Convenții de Bioetică, nr. 1160/199114, accentuează importanța acestui nou domeniu: aplicațiile combinate ale biologiei, biochimiei și medicinei, dau naștere unor probleme universale care necesită soluții eficiente și care au determinat apariția unei noi discipline numită Bioetică.

Recomandarea Consiliului Europei referitoare la protecția și brevetabilitatea produselor de origine umană, nr. 1240/199415, precizează că „ființa umană este un subiect de drept – și nu obiect, iar corpul uman este inviolabil și inalienabil, fiind legat de persoana fizică titulară de drepturi și obligații și că în consecință pot fi instituite limite în privința folosirii acestuia”. În plus, corpul uman sau diferite părți ale sale nu trebuie să constituie o sursă de profit.

Rezoluția Comisiei pentru probleme de bioetică a Parlamentului Europei, din 7 septembrie 2000, interzice „utilizarea embrionilor umani pentru producerea de celule tulpinare” Declarația Parlamentului European prevede: “Clonarea ființelor umane nu poate fi absolut justificată și tolerată de societate, întrucât ea reprezintă o gravă violare a drepturilor fundamentale ale omului, e contrară principiului egalității dintre ființele umane fiindcă permite o selecție eugenistă și rasistă a speciei umane, lezează demnitatea ființei umane...”. [8]

Directiva Parlamentului European și a Consiliului 98/44/CE din 6 iulie 1998 privind protecția juridică a invențiilor biotehnologice pune la baza adoptării un șir de premise, dintre care: biotehnologia și ingineria genetică joacă un rol din ce în ce mai important într-o gamă largă de sectoare, iar protecția invențiilor biotehnologice va prezenta cu siguranță o importanță fundamentală pentru dezvoltarea industrială comunitară; în domeniul ingineriei genetice, cercetarea și dezvoltarea necesită investiții considerabile cu grad ridicat de risc și doar o protecție juridică adecvată le poate face așa-dar profitabile; o protecție eficientă și armonizată în toate statele membre este esențială pentru menținerea și încurajarea investițiilor în domeniul biotehnologiei, etc. [12]

Conform art. 6 alin. 2) din Directivă, trebuie considerate ca nebrevetabile: (a) procesele de clonare a ființelor umane. (b) procesele de modificare a identității genetice a ființelor umane. (c) utilizarea embrionilor umani în scopuri industriale sau comerciale. (d) procesele de modificare a identității genetice a animalelor, care le pot produce suferință fără un beneficiu medical substanțial pentru om sau animale, precum și animalele rezultate din astfel de procese.

Declarația asupra clonării adoptată de Adunarea generală a ONU la 16 martie 2005 face apel la guvernele statelor membre să interzică toate formele de clonare umană, inclusiv tehnicile folosite în cercetarea asupra celulelor stern umane, întrucât acestea “sunt incompatibile cu demnitatea umană și protecția vieții umane” și să adopte “măsuri să interzică aplicarea tehnicilor de inginerie genetică care ar fi contrare demnității umane”. [6]

În contextul celor expuse, pot fi menționate încă un șir de acte care reglementează domeniul clonării, cum

ar fi: Recomandarea Consiliului Europei nr. 934/1982 privind ingineria genetică; Recomandarea Consiliului Europei nr. 1046/1986 cu privire la utilizarea embrionilor și feteșilor umani în scop diagnostic, terapeutic, științific, industrial și comercial”[18]; Recomandarea Consiliului Europei nr. 1100/1989 privind folosirea embrionilor și feteșilor umani în cercetările științifice; Recomandarea Consiliului Europei nr. 1160/1991 privind elaborarea unei Convenții de bioetică”. [19]; Recomandarea Consiliului Europei nr. 1240/1994 relativă la protecția și brevetabilitatea produselor de origine umană”[20]; Recomandarea Consiliului Europei nr. 1512/2001 privind protecția genomului uman; Recomandarea Consiliului Europei nr. 1468/2002 privind biotehnologiile; etc.

Concluzii: Protecția juridică a genetei umane este realizată printr-un șir de reglementări la nivel internațional și regional. Un rol aparte îl au Convenția privind drepturile omului și biomedicina, semnată la Oviedo la 4 aprilie 1997, precum și protocoalele adiționale la această convenție. Pot fi menționate Rezoluțiile și declarațiile ONU, declarațiile Consiliului Europei, Parlamentului European, UNESCO, etc.

Referințe bibliografice

1. CEBAN, Cristina. Protecția internațională a drepturilor omului. Note de curs www.usem.md/uploads/files/Note_de_curs_drept_ciclul_1/030.pdf accesat 06.10.2016
2. Convenția privind protecția drepturilor omului și a demnității ființei umane față de aplicațiile biologiei și medicinei, semnată la Oviedo, 4 aprilie 1997. //Tratate internaționale 38/295, 2006.
3. Convenția privind Diversitatea Biologică a fost semnată în cadrul Summitului de la Rio de Janeiro din 1992, de către 150 de lideri de guvern. Republica Moldova a ratificat Convenția privind Diversitatea Biologică în 1995 (Hotărârea Parlamentului nr. 457-XIII din 16.03.1995).
4. Convenția pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților fundamentale, semnată la Roma, 04 noiembrie 1950. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ROM.pdf (accesat 29.10.2016).
5. Ciochină L., Iftime C. O viziune asupra vieții. PR Vita Media, București, 2003, p. 87.
6. Declarația ONU despre clonarea umană, adoptată prin Rezoluția nr. 59/280 a Adunării Generale din 08.03.2005. www.provitabucuresti.ro/.../declaratia.ONU.privind.cl... (vizitat 09.04.2015).
7. Declarația generală UNESCO cu privire la genomul omului și drepturile omului adoptată la 11 noiembrie 1997. http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Moscow/pdf/bioetica_romanian_publication.pdf (vizitat 29.10.2016)
8. Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată la 10 decembrie 1948 la New York (Republica Moldova a aderat prin Hotărârea Parlamentului Republicii Moldova nr.217-XII din 28.07.1990), în: *Tratate internaționale*, 1998, vol.1, p.11-18.
9. Declarația internațională cu privire la datele genetice ale omului a fost adoptată de sesiunea a 32-a a Conferinței Internaționale UNESCO la Paris, 17 octombrie a.2003 http://bioethicsmd.narod.ru/consult4_ro.html, accesat 29.10.2016
10. Declarația universală UNESCO privind bioetica și drepturile omului (2005). <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/bioethics-and-human-rights/> accesat 29.10.2016
11. Deleanu Ion. *Biologie și drept*. Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1983, 199 p.
12. Directiva Parlamentului European și a Consiliului 98/44/CE din 6 iulie 1998 privind protecția juridică a invențiilor biotehnologice. <http://www.justice.gov.md/file/Centrul%20de%20armonizare%20a%20legislatiei/Baza%20de%20date/Materiale%202007/Legislatie/31998L0044%20-%20Ro.pdf>. (vizitat 15.04.2015).
13. Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale a fost adoptat și deschis spre semnare de Adunarea generală a Națiunilor Unite la 16 septembrie 1996 prin Rezoluția 2200 A (XXI). Publicat : 30.12.1998 în *Tratate Internaționale Nr. 1 art Nr : 19 Data intrării în vigoare : 26.04.1993.*
14. Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice a fost adoptat de Adunarea generală ONU la 16.12.1966 și ratificat prin Hot. Parl. nr.217-XII din 28.07.90, în vigoare pentru Republica Moldova din 26 aprilie 1993.
15. Protocol adițional din 12.01.98 la Convenția pentru protecția drepturilor omului și a demnității ființei umane față de aplicațiile biologiei și medicinei, referitor la interzicerea clonării ființelor umane //Tratate internaționale 38/295, 2006.
16. Protocolul adițional la Convenția pentru protecția drepturilor omului și a demnității umane în ceea ce privește aplicațiile biologiei și ale medicinei referitor la transplantul de organe și țesuturi de origine umană, a fost semnat la Strasbourg la 20 februarie 2015 <http://www.dreptonline.ro/legislatie/legea92016.php> accesat 25.10.2016
17. Protocolul general asupra biosecurității (Cartagena 2000) la Convenția cadru a ONU deversitatea biologică, ratificat de Republica Moldova în 2002 (M. O. nr.149-150 din 07.11.2002).
18. Recomandarea Consiliului Europei nr. 1100/1989 privind folosirea embrionilor și feteșilor umani în cercetările științifice <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta89/EREC1100.htm>
19. Recomandarea Consiliului Europei nr. 1160/1991 privind elaborarea unei Convenții de bioetică <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta91/EREC1160.htm>
20. Recomandarea Consiliului Europei nr. 1240/1994 relativă la protecția și brevetabilitatea produselor de origine umană Disponibil pe Internet: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta94/EREC1240.htm>

АЛЬТЕРНАТИВНІ ПІДХОДИ У ПИТАННІ ВИБОРУ ІНОЗЕМНОГО ПРАВА

Герман ГАЛУЩЕНКО,

кандидат юридичних наук, доцент, кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Т. Шевченка

У статті досліджуються альтернативні підходи до вибору іноземного права, а саме – застосуванням норм прямої дії, *renvoi ad depesage*. Ці підходи хоч і не є широкоживаними та піддаються критиці, але все ж викликають чималий інтерес як серед науковців, так і серед практикуючих юристів та суддів. Звертається увага на практичні складнощі застосування цих підходів, а також досліджується їхнє законодавче закріплення у різних країнах. Також автор звертає окрему увагу на міжнародні конвенції, які використовують зазначені підходи, або ж досліджує причини, чому той чи інший підхід не передбачений у міжнародних конвенціях.

Ключові слова: міжнародне приватне право, колізійні прив'язки, *renvoi*, норми прямої дії, *depesage*.

ALTERNATIVE APPROACHES IN THE ISSUES OF CHOICE OF FOREIGN LAW

German GALUSHCHENKO,

Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Taras Shevchenko National University of Kyiv
(Institute of International Relations)

The article studies alternative approaches to the choice of applicable foreign law, namely – rules of immediate application, *renvoi and depesage*. Though these approaches are not widely used and are subject to criticism, still they draw attention of scientists, legal practitioners and judges. The author pays attention to the practical difficulties of these approaches and study their legalization in different countries. In addition, the author pays attention to international conventions which use these approaches, as well as finds out the grounds why international conventions refuse to apply the above approaches.

Keywords: private international law, conflict of laws rules, rules of immediate application, *renvoi*, *depesage*.

Articolul studiază abordări alternative la alegerea legislației externe aplicabile, și anume - reguli de aplicare mediată, *renvoi* și respectare. Deși aceste abordări nu sunt utilizate pe scară largă și sunt supuse criticii, totuși atrag atenția oamenilor de știință, practicienilor juridici și judecătorilor. Autorul acordă atenție dificultăților practice ale acestora *abordări* și studiază legalizarea acestora în diferite țări. În plus, autorul acordă atenție convențiilor internaționale care utilizează aceste *abordări*, precum și descoperă motivele pentru care convențiile internaționale refuză să aplice *abordările* de mai sus.

Cuvinte-cheie: drept internațional privat, norme privind conflictul de legi, reguli de aplicare imediată, respect.

Постановка проблеми. Застосування альтернативних підходів у міжнародному приватному праві по пошуку застосованого іноземного права, який матиме найбільш тісний зв'язок із правовідносинами, для їхнього найбільш ефективного регулювання.

Актуальність теми дослідження пояснюється її практичною значущістю. Отримані результати є корисними як практикуючих юристів та і для суддів, перед якими стоїть задача вибрати іноземний правопорядок для регулювання правовідносин, ускладнених іноземним елементом.

Стан дослідження. У вітчизняній науковій літературі дана тема не є достатньо розкритою та потребує додаткового вивчення. В той час, як західні науковці присвятили чималу кількість праці досліджуваній темі, серед таких науковців можна назвати А. Оберт (Andrea Aubart), М. Екельманс

(Marc Ekkelmans), П. Лагарде (Paul Lagarde) та П. Манковські (Peter Mankowski).

Ціллю та задачею статті є вивчення альтернативних підходів до вибору іноземного права, які застосовуються окремо від або разом із класичними колізійними прив'язками.

Виклад основного матеріалу. Попри різноманітну кількість колізійних норм, а також різних підходів до їхнього застосування, сьогодні досі функціонують такі альтернативні підходи до вибору іноземного права у справах, ускладнених іноземним елементом, як доктрина *renvoi*, доктрина *lois depesage* та доктрина *depesage*. Усі вони мають як своїх прибічників так і критиків у зв'язку з неоднозначними результатами від їхнього застосування. У цій статті ми спробуємо все ж дослідити теоретичні засади кожної з цих доктрин та надати їм об'єктивну оцінку.

Почнемо наше дослідження із вивчення доктрини про норми прямої дії, які в іноземній літературі також називають як *rules of immediate application* або *lois de police*.

Норми прямої дії за своєю суттю є матеріальними нормами національного права, застосування яких відбувається безпосередньо в транскордонних справах. Особливою відмінністю таких норм є те, що вони завжди застосовуються незалежно від того, чи передбачає колізійне право країни місця суду їхнє застосування чи ні.

Історично досить непросто зафіксувати момент, коли в цілому зародилася концепція про норми прямої дії, однак широке визнання науковою доктриною та судовою практикою вони отримали лише у ХХ-му сторіччі, що пов'язується із розвитком політичної школи права.[9, ст. 33]

У доктрині міжнародного приватного права норми прямої дії завжди протиставляються колізійним нормам права. Відсутність чітких критеріїв для розмежування їхньої сфери дії часто призводить до того, що їх важко відрізнити від конкуруючих із ними мультилатеральних норм. Неабиякий інтерес, який ці норми знову викликають сьогодні є показником того, що мультилатералізм або класична школа права не достатньо ефективно відповідають на виклики сучасного міжнародного приватного права.

Особливо активно норми прямої дії сьогодні вивчаються на території континентальної Європи, де вважається, що за такими сталими та звичними для нас формулюваннями як «захист політичної, соціальної та економічної організації країни» стоїть проста ідея – важливі змістовні цінності, визнані позитивним правом країни суду, не варто класти на вівтар вирішальної гармонії.[8, ст. 291]

Однак на ряду з прихильниками застосування цієї категорії є також і їхні критики. Зокрема, своє несприйняття норм прямої дії висловлював німецький вчений Карл Юнгер.

На практиці норми прямої дії також плутають із публічним порядком. Саме тому французькі вчені вважають, що різниця між цими правовими інструментами полягає в наступному. Публічний порядок є механізмом, який дозволяє уникати застосування певного іноземного правопорядку, ставлення до якого є в цілому негативним. Що ж стосується норм прямої дії, то вони застосовуються не у зв'язку неприйнятністю певних положень іноземного законодавства, а через те, що вони самі по собі передбачають своє застосування до певних правовідносин, що дозволяє не відходити від цих правовідносин під час визначення

застосованого права і сконцентруватися на цілях норм, що будуть застосовуватися.

Оскільки порівняльний аналіз публічного порядку та норм прямої дії не є метою цієї статті, ми не будемо концентрувати нашу увагу на детальній різниці між цими поняттями, однак варто зазначити, що вони мають досить схожі цілі. Суть їхніх цілей зводиться до встановлення певних обмежень у застосуванні іноземного права. Також, проаналізувавши застереження про публічний порядок та норми прямої дії певної держави можна зробити висновок про те, наскільки ця держава терпима до іноземного права та наскільки вона готова співпрацювати з іншими державами у цих питаннях.[6, ст. 17]

Сьогодні норми прямої дії отримали своє офіційне закріплення в ряді законодавств різних держав. Наприклад, стаття 18 Закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право» передбачає, що цей закон не завдає шкоди нормам прямої дії швейцарського права, які в силу свого спеціального призначення будуть застосовуватися, незважаючи на те, що даний цей закон може передбачати застосування інших норм.[10] При цьому деякі науковці вважають, що існування цієї норми не має жодного практичного значення, оскільки 1) коли імперативна норма містить застереження про її застосування до конкретних правовідносин, тоді ця норма неодмінно превалюватиме над іншими колізійними прив'язками; 2) коли, як це досить часто трапляється, імперативна норма не містить прямої вказівки про її застосування до конкретних правовідносин, застосування цієї норми може забезпечуватися через застереження про публічний порядок. Варто зазначити, що ця стаття також передбачає, що «під час визначення того, чи має така норма застосовуватися, мають бути також проаналізовані цілі та наслідки застосування такої норми». Такий підхід є дуже схожим до концепції аналізу державних інтересів, який широко практикується в США.[7, ст. 17]

Цивільного кодексу Франції, зокрема, передбачає, що норми прямої дії поширюються на всіх, хто проживає на території Франції. Такі ж положення є в законодавстві Іспанії (переглянуто в 1974 році), Квебека, Швейцарії, Венесуели та Турніса.[5, ст. 45]

Що стосується конвенційних норм, то тут ситуація є наступною. Наприклад, в Римській Конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1978 року (стаття 7.2) передбачається пріоритет імперативних норм країни суду над правом, що застосовується до договору. Крім того, Конвенція дозволяє суду застосовувати імпе-

ративні норми іншої країни, з якою правовідносини мають тісний зв'язок.[1]

Міжамериканська Конвенція про право, що застосовується до міжнародних контрактів також містить аналогічне правило. А саме, Конвенція передбачає, що положення права країни суду повинні обов'язково застосовуватися, якщо вони є імперативними. В такому випадку суд буде самостійно вирішувати, коли йому застосовувати імперативні норми того права, з яким правовідносини мають найбільш тісний зв'язок (статті 11, 33). [3]

Ці дві міжнародні конвенції є прикладом того, що міжнародне законодавство вкрай обережно ставиться до територіальної сфери дії своїх національних законів.

Далі розглянемо доктрину *renvoi*, яка є не менш значущою, але і не менш проблемною.

Термін «*renvoi*» походить з французької мови та буквально означає «відсилати назад». Відповідно до доктрини *renvoi*, коли колізійні норми іноземного права, що має застосовуватися судом, передбачають застосування матеріальних норм країни суду, то суд має застосувати це право, яке є його національним правом. Таким чином, виникає замкнуте коло, оскільки правові системи відсилають одна до одної суд для врегулювання певних правовідносин ускладнених іноземним елементом. Варто зазначити, що існують випадки, як ось в Англії та Франції, так званого подвійного *renvoi*, коли відсилання здійснюється не до права країни суду, а до іншого третього правопорядку.[11] Результати застосування цієї доктрини є досить суперечливими, за що вона піддається гострій критиці. Не дивно, що у Законі про міжнародне приватне право 1942 року Італія прямо відмовилася від її застосування (заборону *renvoi* скасовано в 1995 році).

Розглянемо приклади інших законодавств більш детально. Так у цивільних кодексах Греції (1946 року), Іспанії (1974 року), Перу (1984 року) та Квебека (1991 року) заперечується *renvoi*. У Польщі, Португалії (з деякими обмеженнями), Австрії, Угорщині, Туреччині, Німеччині (з деякими обмеженнями), Швейцарії, Мексиці, Румунії, Італії, Ліхтенштейні та Венесуелі передбачається застосування *renvoi* до права країни суду або третьої держави (за виключенням Угорщини, Румунії та Ліхтенштейну). У США (Section 8 of the Second Restatement) також передбачається застосування *renvoi*, однак в межах «міркувань практичності та доцільності».[4, ст. 411]

Далі для кращого розуміння цієї доктрини візьмемо досить відому справу *Re Annesley case*, де все ж *renvoi* застосовувалося. Припустимо, що ан-

глійський суд в силу заборону зв'язку із заборонаю *renvoi* не застосовував би іноземні колізійні норми, відразу б звернувся да одразу застосовував би французьке право в силу *lex domocilii* спадкоємиці, а французький суд в цьому ж випадку застосовував би *lex patriae*, яке є англійським правом. В результаті складалася б ситуація, в якій кожен суд вирішував би справу не тільки відповідно до незнайомого йому іноземного права, однак і всупереч власній правовій політиці. Врешті-решт рішення обох суддів виявилися б несумісними, оскільки одне з них визнавало б право спадкодавця позбавити найближчих родичів спадщини; а в другому – визнавало б за останніми право на його гарантовану частку. Очевидно, що такий результат є негативним. Однак англійський суддя вирішив цю справу іншим чином. Знаючи з попередньої практики французьких судів про те, що вони б застосовували за цих же обставин французьке право, англійський суддя розтлумачив власну, англійську, колізійну норму до іноземної норми, яку «...мав би застосувати іноземний суд». Таким чином, англійський суддя застосував французьке право для того, щоб уникнути суперечливих результатів. В подальшому такий підхід отримав своє визнання як *foreign court theory*.

Суддя Х. Дженнер наступним чином коментував *foreign court theory*: «цей суд буде вирішувати справу так, як би вирішував справу суд Бельгії та бельгійський суд буде вирішувати справу відповідно до закону померлого, тобто англійського закону». Як бачимо судді, які застосовують *renvoi* вважають, що ця доктрина дозволяє отримувати досить «гармонічні» рішення.

Як вже зазначалося, доктрина *renvoi* піддається критиці. Зокрема, європейські вчені вважають, що *renvoi*, не слід закріплювати законодавчо. Сьогодні є певні складнощі із вирішенням питання щодо *renvoi*. Проте різноманітні приклади того, що це поняття все ж регулюється в національних законодавствах свідчать про те, що не існує консенсусу в правовій спільноті щодо цього.

Розглянемо, яким чином регулюється питання доктрини *renvoi* міжнародних документах. В цілому, конвенційні норми не підтримують *renvoi*. Стаття 15 Римської Конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 року, яка навіть називається «Виключення *renvoi*» передбачає, що застосування права будь-якої іншої країни, визначеної цією Конвенцією, означає застосування чинних норм права цієї країни, а не її норм міжнародного приватного права.[1]

В Гаазькій Конвенції про право, що застосовується до режимів власності подружжя закріплене

те саме правило. Як ми бачимо, конвенції передбачають або те, що застосованим правом є внутрішнє право певної держави або, що зазначене право, не включає колізійні прив'язки.

На нашу думку, хоч і міжнародні конвенції включають доктрину *renvoi*, така тенденція не є показником того, що ця доктрина нечасто застосовується на практиці. Це пов'язано з тим, що, коли застосовуються конвенційні норми, вони матимуть пріоритет над положеннями внутрішнього права, включаючи колізійні норми. Тому відмова від *renvoi* міжнародних конвенцій є очевидною та зрозумілою.

Ще одним альтернативним підходом до вибору іноземного права, який ми розглянемо у цій статті, є *depecage*. *Depecage* є прийомом, який розділяє формально одне питання на дві або більше частини, кожна з яких буде регулюватися окремим правом. На думку деяких вчених, метою цього підходу є досягнення ідеальної справедливості в міжнародному приватному праві, однак його застосування має відбуватися з обережністю, оскільки такий «поділ правовідносин» на підпитання має зберегти цілісність цих правовідносин та не допустити прогалин у їхньому регулюванні.

Необхідною умовою для застосування *depecage* є можливість поділу питань. Зокрема такий поділ буде можливим, коли окремі поділені предмети регулювання зможуть теоретично існувати один без одного поза площиною правовідносин. В будь-якому разі, застосування *depecage* завжди потребує серйозного обґрунтування учасниками правовідносин.[2, 526]

Depecage можна назвати виключенням із колізійних прив'язок, скоріше його можна назвати методом, який дозволяє застосувати одночасно кілька колізійних прив'язок, а в результаті – кілька іноземних законодавств. Для пояснення, як працює доктрина *depecage* на практиці звернемося до ілюстративної моделі, яка зустрічається у підручниках з міжнародного приватного права.

Водій автомобіля потрапляє у ДТП, в результаті чого його дружина, яка знаходилася в цей момент в авто, зазнає серйозної травми. За особистим законом подружжя, страховий поліс не покриватиме її лікування, оскільки її ремінь безпеки на момент інциденту не був застібнутий. Аналогічне положення є в законодавстві країни, де сталася аварія. Крім того, дружина не може подати позов проти свого чоловіка, що означає, що вона практично позбавлена будь-яких засобів отримати компенсацію. У такому випадку правовідносини можна «розділити», та застосувати право країни, де сталася аварія, до питань, що стосуються не-

престебнутого ременя безпеки, а особистий закон подружжя до питань щодо позову між членами подружжя.[5, ст. ст. 47-48]

Отже, *depecage* застосовується у тих випадках, коли в рамках одних правовідносин утворюється дві або навіть більше колізій, що потребує застосування різних іноземних правопорядків для кожної із них. *Depecage* дозволяє індивідуально підходити до кожної колізії в рамках одних правовідносин та вирішити їх у спосіб, який найбільшим чином буде

Далі розглянемо, яким чином доктрина *depecage* знайшла своє конвенційне закріплення.

Яскравим прикладом застосування цієї доктрини є вже згадані Римська Конвенція про право, що застосовується до договірних зобов'язань та Міжамериканська Конвенція про право, що застосовується до міжнародних контрактів, які дають сторонам можливість обирати право, що буде застосовуватися до всього або до частини їхнього контракту. Зокрема, стаття 9 Міжамериканської Конвенції передбачає, що: «Різні законодавства, які застосовуються для регулювання різних аспектів одних і тих же правовідносин, мають застосовуватися гармонійно для досягнення цілей кожного з них. Будь-які проблеми, що можуть виникнути у зв'язку з їхнім одночасним застосуванням, повинні вирішуватися з огляду на вимоги справедливості у кожній конкретній справі». Тобто, якщо сторони не передбачили вибір права, то суд повинен буде обрати таке право. При чому, він може обрати одне право до однієї частини договору та інше право до іншої частини договору.

Що стосується закріплення *depecage* в національному праві, варто сказати, що така ситуація є дуже непоширеною. Це пояснюється тим, що, коли правовідносини мають найбільш тісний зв'язок із кількома різними правопорядками, їхнє регулювання є надзвичайно складним.

Прикладом закріплення *depecage* в національному праві є стаття 14.5 Цивільного кодексу Мексики. Ця стаття передбачає, що, коли одні правовідносини регулюються різними правопорядками, гарантує їхнє скоординоване застосування для досягнення їхніх цілей та мети.[11]

Висновки. Отже, інструментарій міжнародного приватного права є дуже різноманітним та окрім класичних колізійних норм налічує альтернативні методи, які, зокрема, дозволяють обрати застосоване іноземне право. У статті ми дослідили три таких методи – норми прямої дії, *renvoit* та *depecage*. Принцип дії кожного з них має свої особливості, що робить їх несхожими між со-

бою. Норми прямої дії дозволяють суду застосувати положення свого національного права, які мають спеціальний статус «норм прямої дії», навіть якщо колізійне право не передбачає їхнього застосування. *Renvoi* передбачає «зворотне відсилення» до права країни суду або до права третьої країни. Цей підхід залишається на сьогодні неоднозначним, оскільки водить учасників правовідносин по так званому «замкненому колу». Окрім того, існує думка, що обране іноземне право слід застосовувати обмежуючись його матеріальними нормами, тобто без врахування колізійного права, яке може передбачати застосування геть іншого правопорядку. Ще одним досить цікавим та не дуже поширеним підходом є доктрина *depeçage*. Саме ця доктрина дозволяє максимально точно враховувати особливості комплексних правовідносин, кожен елемент яких потребує окремого регулювання окремим іноземним правопорядком. Основним проблемним питанням цієї доктрини є можливість поділу правовідносин на такі елементи та детальний аналіз кожного з них для вибору іноземного права, яке матиме найбільш тісний зв'язок із ними.

Список використаної літератури

1. Convention on the law applicable to contractual obligations of 1980 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22cc5c49-2b36-4962-aa60-e928a52efa66.0008.02/DOC_1&format=PDF
2. Encyclopedia of Private International Law. J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio, eds., 4 vol., Edward Elgar forthcoming, 2017
3. Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-56.html>
4. International conflict of laws for the third millennium: essays in honor of Friedrich K. Juenger / edited by Patrick J. Borchers and Joachim Zekoll

5. International conflict of laws for the third millennium: essays in honor of Friedrich K. Juenger / edited by Patrick J. Borchers and Joachim Zekoll

6. International Congress of Comparative Law, Symeonides, S., & International Academy of Comparative Law. (2000). Private international law at the end of the 20th century: Progress or regress? XVth International Congress of Comparative Law. The Hague: Kluwer Law International, p 17

7. Loussouarn and Bourel, Droit International Privé (1996)

8. Savigny, Friedrich Carl von: System des heutigen Römischen Rechts. Bd. 3. Berlin, 1840.

9. Swiss Federal Act on Private International Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.unine.ch/files/live/sites/florence.guillaume/files/shared/publications/pil_act_1987_as_from_1_1_2017.pdf

10. The Rule of Doctrine of Renvoi Explained [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.pearse-trust.ie/blog/bid/110454/the-rule-of-doctrine-of-renvoi-explained>

11. The Federal Civil Code of Mexico [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://wrlc.gulaw.primo.exlibrisgroup.com/discovery/search?tab=Everything&search_scope=MyInst_and_CI&vid=01WRLC_GUNIVLAW:01WRLC_GUNIVLAW&lang=en&offset=0&query=any,contains,b459518%3F

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
 GALUSHCHENKO German Valeriyovych,
 Candidate of Law Sciences, Associate Professor
 at the Department of Private international law
 of the Institute of international relations of Taras
 Shevchenko National University of Kyiv.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА
 ГАЛУЩЕНКО Герман Валерійович,
 кандидат юридичних наук, доцент
 кафедр міжнародного приватного права
 Інституту міжнародних відносин Київського
 національного університету ім. Т. Шевченка.
 ggenn@ukr.net

УДК 341.215

INTERNATIONAL AND LEGAL ASPECTS OF SIMPLIFICATION AND HARMONIZATION OF CUSTOMS PROCEDURES IN THE FIELD OF INTERNATIONAL TRADE IN THE EUROPEAN UNION

Sergiy DENYSENKO,

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Department of International, European and Environmental Law, Sumy State University

Oleksandr ILCHENKO,

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Department of Criminal Justice, Sumy State University

In this article, the peculiarities of the international legal regulation of the simplification and harmonization of the customs procedures in the field of international trade within the European Union are examined. The analysis of the extensive regulatory framework of the European Union (EU) in the field of the simplification and harmonization of the customs procedures is carried out in two main directions: customs cooperation of the European Union at the international level within the framework of the authoritative universal international organizations and international agreements and customs cooperation between the member states of the EU.

At present, the study of the European Union's experience in the international legal regulation of the simplification and harmonization of the customs procedures in the field of international trade is very important for Ukraine, first of all, from the point of view of the effective bringing its customs legislation to European standards, which is one of the acute problems of nowadays, the solution of which will enable to create a qualitative legal basis for the future membership of Ukraine in the European Union.

Keywords: *economic integration, simplification and harmonization of the customs procedures, electronic declaration, Modernized EU Customs Code, customs blueprints.*

МІЖНАРОДНІ ТА ПРАВОВІ АСПЕКТИ СПРОЩЕННЯ ТА ГАРМОНІЗАЦІЇ МИТНИХ ПРОЦЕДУР У СФЕРІ МІЖНАРОДНОЇ ТОРГІВЛІ В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

Сергій ДЕНИСЕНКО

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри міжнародного, європейського та екологічного права Сумського державного університету

Олександр ІЛЬЧЕНКО

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінально-правових дисциплін та судочинства Сумського державного університету

У статті досліджуються особливості міжнародно-правового регулювання спрощення і гармонізації митних процедур у сфері міжнародної торгівлі в рамках Європейського Союзу. Приділено увагу аналізу розгалуженої нормативно-правової бази Європейського Союзу (ЄС) в сфері спрощення і гармонізації митних процедур, яка здійснюється в двох основних напрямках: митне співробітництво Європейського Союзу на міжнародному рівні в рамках авторитетних універсальних міжнародних організацій і міжнародних договорів та митне співробітництво між країнами членами ЄС.

На даний час вивчення досвіду Європейського Союзу з міжнародно-правовому регулюванню спрощення і гармонізації митних процедур у сфері міжнародної торгівлі є дуже важливим для України, що дозволить створити якісну правову базу для майбутнього членства України в Європейському Союзі.

Ключові слова: *економічна інтеграція, спрощення та гармонізація митних процедур, електронне декларування, Модернізований Митний кодекс ЄС, митні прототипи.*

În acest articol, sunt examinate particularitățile reglementării juridice internaționale a simplificării și armonizării procedurilor vamale în domeniul comerțului internațional în cadrul Uniunii Europene. Analiza cadrului de reglementare extensiv al Uniunii Europene (UE) în domeniul simplificării și armonizării procedurilor vamale se realizează în două direcții principale: cooperarea vamală a Uniunii Europene la nivel internațional în cadrul autorității organizației internaționale universale și acorduri internaționale și cooperare vamală între statele membre ale UE. În prezent, studiul experienței Uniunii Europene în reglementarea juridică internațională a simplificării și armonizării procedurilor vamale în domeniul comerțului internațional este foarte important pentru Ucraina, în primul rând, din punctul de vedere al aducerii efective a acesteia legislația vamală conform standardelor europene, care este una dintre problemele acute din zilele noastre, a cărei soluție va permite crearea unei baze legale calitative pentru viitoarea aderare a Ucrainei la Uniunea Europeană.

Cuvinte-cheie: *integrare economică, simplificare și armonizare a procedurilor vamale, declarație electronică, Codul vamal modernizat al UE, planuri vamale.*

Introduction. At present, the study of the European Union's experience in the international legal regulation of the simplification and harmonization of the customs procedures in the field of international trade is very important for Ukraine, first of all, from the point of view of the effective bringing its customs legislation to European standards, which is one of the acute problems of nowadays, the solution of which will enable to create a qualitative legal basis for the future membership of Ukraine in the European Union.

Analysis of recent researches and publications. Conceptual bases of the harmonization and simplification of the customs procedures were researched in the works of I. G. Berezhnyuk, V. S. Davidiuk, S. V. Zhluktenko, S. V. Koval, I. V. Konovalov, F. G. Klyan, P. V. Pashko, S.M. Peripolkin, A. Y. Raikova, K. K. Sandrovsky, V. V. Filatov and others. Much attention was paid to the conceptual framework of the harmonization and simplification of the customs procedures in the international trade, while the peculiarities of the international legal regulation of the simplification and harmonization of the customs procedures within the European Union were not enough researched.

The purpose of the study is to provide a detailed analysis of the peculiarities of the international legal regulation of the simplification and harmonization of the customs procedures in the field of international trade within the European Union for the effective bringing of Ukrainian customs legislation to European standards.

Main results of the study. The international legal regulation of the simplification and harmonization of the national customs procedures in the international trade is carried out both at the world level and at the regional (multilateral) level by the international organizations and the regional economic integration associations. One of the incentives for the association of the states into the regional economic integration associations is the creation of the favorable conditions for the development of the international trade, which is the part of the simplification and harmonization of the national customs procedures.

It should be noted that the legal regulation of the simplification of the customs procedures consists of the actions of the states to reduce the length and the complexity of carrying out the procedures of the customs control, the customs clearance and the collection of the statutory customs payments, can be carried out through the international legal integration in two forms: unification and harmonization. [1, p. 219]

Indeed, economic integration is a process of the gradual merging of the economic mechanisms of two or more states, which are usually located in one geo-

graphical region, approximately at the same level of the economic development, have compatible socio-economic and political systems and priorities, as well as pursue an integration policy. This process is manifested in the creation of the regional integration associations (free trade zones, customs unions, common markets, economic and political unions), which contain a certain set of economic and legal instruments and norms [2, p. 337].

Most regional economic integration associations are at the first (simpler) stages of the development in the form of the preferential trade agreements or free trade areas. Traditionally, three centers of the economic integration are distinguished in the world: Europe, North America, Asia-Pacific region [3, p. 34].

As a rule, first of all the "classical regional integration blocks" are distinguished: the European Union (EU), NAFTA, APEC, MERCOSUR, ASEAN [4, p. 57].

It should be noted that the main trading partner of Ukraine in the first half of 2018 is the European Union, whose share in Ukrainian imports is more than 41%. It is important that compared to the 1st half of 2017, the volume of Ukrainian imports with EU countries increased by 12,8%. The main European supplier countries are Poland, Germany, Italy and France. (Fig. 1, 2). [5].

Also taking into account that in today's conditions the main and priority direction of Ukraine's foreign policy is its integration into the EU and according to the EU-Ukraine Association Agreement, our state has undertaken obligations as for gradual harmonization the customs legislation of Ukraine with the existing European standards, the EU itself, as the most powerful center of economic integration in the world, is of great interest to study and obtain some kind of experience.

The customs territory of the European Union brings together the territories of 29 member states, including their territorial waters, airspace and "free customs zones", where the single customs legislation of the EU is working in its full [6].

The Treaty establishing the European Economic Community (EEC) of 1957 established the following basic principles of the activities of states in the field of the customs regulation:

- refusal from the charge of the customs duties and set quantitative restrictions on the import and export of goods and on all measures of the equivalent effect between Member States;
- formation of the internal market that includes eliminating obstacles to free movement of people, goods, services and capital between Member States;

- forthcoming of the legislation of Member States to the level required for the functioning of the common market;

- association with other countries and territories in order to increase trading and promote common economic and social development [7].

Another important document regulating the customs activities of European customs cooperation and facilitating the customs procedures of the international trade is the EU Customs Code, designed to integrate the EU customs rules into a single set of rules and the codification of numerous customs regulations contained in various numerous regulations and directives.

The adoption of the Council Regulation (EEC) No 2913/92 of 12 October 1992 establishing the Customs Code of the Community, which became the legal basis for the entry into force of the EU Customs Code [8], played a significant role in the simplification and harmonization of the national customs procedures. In order to implement the provisions of the EU Customs Code, a special Council Regulation No. 2454/93 of 02.07.1993 was adopted (the so-called Implementing Regulation, or the Implementation Code) [9]. This normative act contains the main EU rules, which regulate the application of the customs legislation, including the field of the simplification of the customs procedures. The structure of the Regulation duplicated the structure of the Code, which greatly enhanced the clarity and consistency of the whole set of the customs rules, which were used in the EU. Thus, the vast majority of EU customs regulations in the field of the customs regulation is focused on two main documents: the EU Customs Code and the Implementing Regulation.

In addition, it should be noted that the Modernized Customs Code of the EU (EUMM), which came into force on 24.06.2008, was approved by Regulation (EC) No 450/2008 of the European Parliament and Council of 23.04.2008 and was to start being used in full no later than 24.06.2013. The EUMC significantly simplifies the legislation, the customs procedures for both customs authorities and for national business entities. The main innovation of the EUMM is the creation of the so-called “new electronic customs environment” that simplifies the customs rules and rationalizes the customs procedures [10].

One can agree with M.V.Romanova who refers such points to the main innovations of the EUMC as [11]:

- submission of the customs declarations and accompanying documents only in the electronic form.

- ensuring the exchange of information between the customs authorities and other competent authorities of the EU in electronic form (Article 5 of the EUMC). It should be noted that the system of information interaction between the customs and other competent authori-

ties of the EU member states has been worked out and adjusted for several years. For example, in Sweden, all relations of foreign economic entities with state authorities involved in customs procedures are carried out through the customs service, thus the “Single Window” system is organized. All information from the subjects of the foreign economic activity is concentrated in the customs authority, and then, if necessary, sent to other state bodies (veterinary and phytosanitary control services, tax and banking institutions). In Sweden, it is also decided that the carrier must send a cargo customs declaration by SMS [12].

- introduction of the concept of “centralized registration”, which enables the goods to be declared to the subjects of foreign economic activity and to pay customs payments electronically at the place of their location, regardless of whether the EU state has imported goods into the customs territory or in which EU they were used (from Article 106 of the EUMC).

- development of the concepts of the “Single Window” and “one stop”. Within the framework of the “Single Window” concept and given the availability of information exchange, foreign economic entities submit information on products to only one authority, even if it is to be provided to several competent authorities. The “one stop” concept implies that controlling actions of all competent authorities (customs, sanitary, etc.) for goods will be carried out at one time and in one place (Article 5 of the EUMC).

February 20, 2012 The EU Commission proposed to modernize the EU Modernized Customs Code (Community Customs Code (Modernized Customs Code)), and on September 11, 2013, the EU Parliament adopted amendments to the EU Customs Code. They are aimed at the simplifying and the unifying customs rules and procedures throughout the EU customs space.

The new edition of the EU MK envisages the transition to the paperless, non-documentary form of the customs clearance by the end of 2020. This means that the paperwork between the enterprises and the customs authorities will be done in the electronic form. In the intermediate, transitional period both paper and electronic forms will be used for the customs documents. The EU is working on the e-circulation objective under the long-term strategic plan. Adoption and maintenance of the new edition of the MK EU has a positive effect. The implementation of these innovations will further enhance the optimization of the customs procedures in the international trade. According to the European Commission, it is expected that the provisions of the EU MK should be fully implemented by the end of 2019. [12]

According to the new edition of the MC, some entities will the rights to:

- move goods that are in the “temporary storage” mode, to another country [13, p. 148];
- carry out customs clearance in the country of its location, and not in the territory of the country, to which goods are imported or in what territory they are consumed [13, p. 60];
- provide only a customs declaration in order to release goods in free circulation, without the need for submission of goods themselves [13, p. 179];
- provide a guarantee for a smaller amount of deferred payments [13, p. 89]. So far, the size of such a reduction is not set, but will be further determined by additional regulations developed for the implementation of the EU MK. In addition, the EU MK introduces a mandatory guarantee requirement for all traders who want to use a simplified customs procedure [13, p. 89].

Tariffication of goods is based on the Combined Nomenclature of the European Union, in which each type of product has a specific code. The EU Customs Code also defines the origin and customs value of goods. Tariff rates are fixed in the Unified Customs Tariff (UCT), sometimes known as the “Unified External Tariff”. The implementation of UCT is carried out through the direct actions. The Unified Customs Tariff was put into effect on June 1, 1968 [14].

The basis of the formation of the UCT of the EU have become customs tariffs in Germany, Italy, France and the Benelux countries. The main elements taken into account when forming and establishing a common customs tariff are: commodity nomenclature; customs value of goods; determining the country of origin of goods [15, p. 61].

The system of exemption from the duty applies to both import and export duties. In addition, it should be noted that the EU countries, in implementing their common customs strategy, are guided by both the provisions of the WTO documents, as well as regional trade agreements and acts that unilaterally provide preferences to certain countries.

The provisions on exemption from the customs duties in the European Union are contained in the EU Council Regulation No. 1186/2009 of 16.11.2009 on the establishment of a system of exemptions from the duties in the EU [16]. Art. 1 of this Regulation establishes cases in which goods are exempted from the import duties, the export duties, etc., if the goods are released for free circulation or exported from the customs territory of the EU [16].

The signing of the International Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedures (updated by the Kyoto Convention) on May 18, 1973 [13] by the EU became the most important step towards the harmonization and simplification of the

customs procedures in the EU. At present, the EU is a treaty party to the revised Kyoto Convention in the wording of the Brussels Protocol. Taking into account the requirements of the Kyoto Convention on the simplification of the customs formalities, the Single Administrative Document (SAD) [14] was introduced in the EU countries (since 1993) as the single form of the written customs declaration. In addition, taking into account the requirements of the Kyoto Convention, the significant achievements of the EU in the field of the simplification of the customs procedures are the development of the electronic declaration and the introduction of the unified electronic data exchange between the importers (exporters) and the customs authorities. EU Member States apply the “Single Standard of the Electronic Documentation” - EDI [14].

At the same time, one cannot forget that all EU Member States and the EU itself are WTO members and all provisions of the GATT and other international agreements of the WTO system are circulated to them. In addition, the EU, as a regional economic union, enjoys the privileges granted to its members under the GATT. As Gerdeen Mathias notes, for a long time the European community has not formally joined the GATT, but as a result of exercising its competence in the field of the customs and trade policy, it has “grew into” the rights of its member states and thus actually acquired the status of a contracting party to the Agreement.

An important role in the simplification and harmonization of the customs procedures in the EU is played by customs blueprints. In fact, they are the minimum standards for customs services aimed at developing and implementing a mechanism to simplify trade procedures to reduce costs, information, documentation and time required for the customs and other formalities, for the trade community and guarantee the security of the foreign trade supplies. This document was published in 1998. In 2007, the updated customs protocols (customs blueprints) have become a precise reflection of the new challenges and tasks which the EU customs faces and must cope with them in the new century. According to the new edition of the customs standards, the customs services of the EU Member States as well as EU candidate countries should fulfill their functions in accordance with the following criteria: a transparent, comprehensive and efficient system of the customs legislation; effective personnel management system; fair, honest and impartial fulfillment of the official duties; continuous education and advanced training; fast and clear information exchange between the staff and the interested persons; effective assessment and collection of the customs payments; maximum application of the measures to reduce the cost, time and

documentation requirements during the customs formalities; ensuring the security measures throughout the whole supply chain; creation of the effective system of risk management during the customs control; effective and efficient customs control on the borders and inside the country; effective and efficient investigative and law enforcement activities; creation of a transit system based on the Convention on General Transit; creation of the efficient and effective post-customs control and audit service; prevention of the violations of the intellectual property rights and the fight against such violations; maximum use of information and communication technologies that meets international standards; creation, maintenance and placement of proper infrastructure and modern equip-

ment; creation of conditions for laboratory research on customs issues; creation of the effective internal audit. [15].

Therefore, it can be noted that customs standards are intended to help, improve and develop the operational and administrative capabilities of the customs services in order to achieve certain results and serve as criteria for the identifying shortcomings in each of the key areas of activity, as well as for the further improvements in this area.

Taking into account the necessity of obtaining Ukraine’s EU experience in the field of the simplification and harmonization of the customs procedures, we will carry out a brief comparative analysis of the achievements of the EU and Ukraine in this area:

Simplification and harmonization of EU customs procedures, according to the Modernized Customs Union Code (EUMC), the International Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedures, the Agreement on the Application of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, the “customs blueprints”			Simplification and harmonization of the customs procedures of Ukraine according to the Customs Code of Ukraine, the International Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedures, the Agreement on the Application of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, “Customs prototypes” (customs blueprints)		
Customs control	Customs clearance	Customs clearance payments	Customs control	Customs clearance	Customs clearance payments
1	2	3	4	5	6
<p>1. Completely automated, centralized and based on risk management system</p> <p>2. To be carried out using the customs post</p> <p>3. Customs control is limited to the minimum which is necessary to ensure the compliance with the customs legislation</p>	<p>1. Completely electronic conduction of the customs procedures</p> <p>2. Ensuring the exchange of information between the customs authorities and other competent authorities of the EU in electronic form.</p> <p>3. The “Single Window” system is fully operational (under this system, all information from foreign economic entities in the EU is concentrated in the customs authority, and then, if necessary, sent to other government agencies).</p>	<p>1. Customs product evaluation meets the requirements of Art. VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994</p> <p>2. The calculation of customs payments is carried out as soon as possible after the submission of the declaration of any kind</p> <p>3. Unified commodity nomenclature throughout the EU</p>	<p>1. Partly automated, centralized, based on the risk management system that does not work efficiently.</p> <p>2. Insufficient customs post is carried out (in the Customs Code of Ukraine customs authorities do not provide the provision of post-customs audit, which makes it impossible to carry out these checks in the qualitative way)</p> <p>3. Customs control is limited to the minimum necessary to ensure the compliance with the customs legislation</p>	<p>1. Partial electronic conduction of the customs procedures</p> <p>2. The exchange of information between the customs authorities and other competent authorities of Ukraine is not fully ensured in the electronic form (not all ministries and departments of Ukraine have an opportunity of the electronic document circulation)</p> <p>3. The “Single Window” system is created, but it works with complexity (the bureaucratization of this process continues, so with respect to the goods subject to phytosanitary control in 100% of cases, a customs inspection is mandatory)</p> <p>4. Ukraine has introduced and applies a single standard of the electronic customs documentation of EDI</p>	<p>1. Customs evaluation of the goods does not meet the requirements of Art. VII of the General Agreement on Tariffs and Trade of 1994 (control of the correctness of the determination of the customs value of goods by the customs authorities is opaque and rather subjective)</p> <p>2. Charging of the customs payments is carried out as soon as possible after the submission of a declaration of any kind</p> <p>3. Unified commodity nomenclature on the whole territory of Ukraine</p>

In addition, it should be noted that under current conditions, customs standards will also be useful for Ukraine as an EU candidate country, which needs to adopt the EU *acquis* and provide sufficient operational opportunities in preparation for the implementation of EU legislation in accordance with chapter 5 of the chapter IV and Annex XV of the Association Agreement between Ukraine and the EU.

Conclusions

In summary, it should be noted that the EU has a strict and clear regulatory framework for the simplification and harmonization of the national customs procedures in two main areas: customs cooperation of states at the international level, within the framework of authoritative universal international organizations and international treaties, and customs cooperation within the EU.

The analysis makes it possible to generalize EU achievements in the field of the harmonization and unification of the international customs legislation:

- as for the customs control: the customs control is fully automated, centralized and based on a system of risk management; customs control can be carried out using the customs post;

- as for the customs clearance: the transition to a paperless, non – documentary form of the customs clearance (full transition will be made by 2020, the submission of customs declarations and accompanying documents is now carried out in the electronic form only, as well as ensuring the exchange of the information between the customs authorities and other competent authorities of the EU in the electronic form;

- the system of the “Single Window” was created, according to which all information from the subjects of foreign economic activity is concentrated in the customs authority, and then, if necessary, sent to other state bodies (veterinary and phytosanitary control services, tax and banking institutions);

- the single standard of the electronic customs documentation EDI has been introduced and applied in the EU member states; as for collecting customs duties and fees: customs payments in EU internal trade are concealed; the process of the customs valuation of goods for charging customs duties is unified throughout the EU, the commodity nomenclature is unified throughout the EU.

In the current conditions of the international legal regulation of the issue of the simplification and harmonization of the national customs procedures in the international trade, the adoption of the Modernized Customs Code of the EU is very important. This Code contains the basic customs rules, the numerous customs regulations are codified (previously they were

in different regulations and directives). It should be noted that in modern conditions, Ukraine as a candidate country to the EU is obliged to implement the Modernized EU Customs Code in the national legislation during three years from the date of entry into force of the Association Agreement between Ukraine and the EU (except of the certain articles). However, one should not forget that bringing the customs legislation of Ukraine into the laws of the EU requires a balanced approach, taking into account the mandatory observance of the interests of the state.

Based on the results of the analysis, one can conclude that in spite of Ukraine’s significant progress towards bringing its national customs legislation to European standards in the field of the simplification and harmonization of the customs procedures, this process has not been completed yet [16]. In connection with this fact, we can offer a number of practical recommendations.

Firstly, the risk management system in the course of the customs control should be developed in Ukraine taking into account the specifics of foreign trade activities with the maximum automation and with minimal human impact on this process. Local customs authorities should be able to create their own risk profiles.

Secondly, in order to improve the customs duty in Ukraine, it is necessary to adopt a separate law that creates the proper legal basis for the customs to carry out such inspections and establish specific rights and duties of the auditors.

Thirdly, in order to ensure the electronic exchange of information between the customs authorities and other competent authorities of Ukraine in full, all the ministries and departments of Ukraine, which interact with the State fiscal service of Ukraine during the customs clearance must use an electronic form of information exchange, and they also should start issuing and accepting the documents required for the customs control and registration of goods, completely in electronic form.

Fourthly, it is necessary to exclude the bureaucratization of the process of passing the “Single Window” system in Ukraine; to achieve this, it is necessary:

- to stop the inspection of goods by the customs bodies which are subject to phytosanitary control by adjacent control services in 100% of cases;

- to reduce the number of scanned documents, submitted by the declarants to the adjacent control services each time;

Fifthly, at the legislative level, it is necessary to improve the procedure of adjusting the customs value of goods (declared by the declarant) by the customs authorities. In this regard, it is necessary to introduce

WTO practice in cases where the customs authorities have grounds to doubt the truthfulness or accuracy of the declared customs value.

References

1. Denisenko S. I. (2015) "International legal standards of simplification and harmonization of customs procedures in the sphere of foreign trade", Abstract of Cand. Sci (Law) dissertation, 12.00.11 – International law – National University "Odessa Academy of Law", Odessa, Ukraine
2. Danilzev A.V., Danilzeva E.V (2006) Basics of trade policy and WTO rules [International relationships]. Moscow, 448p.
3. Bershadszkaya T. V. Economic and social geography of the world (2003) [Textbooks and manuals] Ternopil, 296 p.
4. Lukyanenko D., Kolesov V. Global economic development: trends, asymmetries, regulation: monograph / D. Lukyanenko, V. Kolesov, A. Kolot, etc. - K.: KNEU, 2013. - 466 p.
5. Ukraine has increased imports from the EU by 13% at : <https://www.unn.com.ua/uk/news/1739931-ukrayina-narostila-import-z-yes-na-13>
6. EU member countries. Available at: http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/index_en.htm.
7. Treaty on the Establishment of the European Economic Community of March 25, 1957 Available at : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_017.
8. Council Regulation (EEC) N 2913/92, establishing the Customs Code of the Community of 12.10.1992 Available at : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_742.
9. Commission Regulation (EEC) No. 2454/93 of 02.07.1993 laying down provisions for the implementation of Council Regulation (EEC) No. 2913/92 establishing the Customs Code. Available at : <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?qid=1405659727228&uri=CELEX:31993R245>
10. Regulation (EU) No 450/2008 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 laying down the Customs Code of the EU (Modernized Customs Code) Available at : <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/ALL/?uri=CE-LEX:32008R0450>
11. Romanova M.V. In the European Union, the

new Customs Code will be amended even before it enters into force. Available at : <http://www.zakonia.ru/analytics/31/52742>.

12. Berezhniuk I. G. (2013) Mitna Encyclopaedia [in two volumes] Khmelnytsky, PP Melnik A.A. 2 volume, 536p.

13. International convention on the simplification and harmonization of customs procedures (Kyoto Convention) of 18.05.1973 Available at : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_643.

14. Single Administrative Document (*SAD reform Data reduction Data coding A brief summary*) Available at: http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/procedural_aspects/general/sad/index_en.htm.

15. Code of Customs Standards "The way to improve quality of customs services" Available at: http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/common/eutraining/customs_blueprintsru.pdf

16. Kobushko I. M. Ilchenko O. V. Denisenko S. I. Implementation of international standards in customs legislation of Ukraine as a way to increase foreign trade [World economy and international economic relations], Economic Annals-XXI 2016, 161(9-10) pp. 23-26

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРІВ ДЕНИСЕНКО Сергій Іванович,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри міжнародного, європейського та екологічного права Сумського державного університету

Ільченко Олександр Васильович – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінально-правових дисциплін та судочинства Сумського державного університету

INFORMATION THE AUTHORS

DENISENKO Sergiy Ivanovich,

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Department of International, European and Environmental Law, Sumy State University.

Ilchenko Oleksandr Vasilevich – Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Department of Criminal Justice, Sumy State University.

Drept penal, criminalistica

CZU 343.321

DELIMITAREA INFRAȚIUNII DE DIVULGARE A SECRETULUI DE STAT DE SPIONAJ

Valentin CHIRIȚA,

prorector pentru studii și management al calității al Academiei „Ștefan cel Mare” a MAI, doctor în drept, conferențiar universitar

Alexandru GAINA,

ofițer principal de investigații al Serviciului protecție internă și anticorupție al Republicii Moldova, doctorand

Conținutul prezentului articol se referă la delimitarea infracțiunii privind divulgarea secretului de stat de spionaj, prin analiza comparativă a semnelor componente: obiective și cele subiective.

Cuvinte-cheie: divulgare, transmiterea ilegală, secret de stat, regimul secret, gradul de secretizare, dreptul de acces, reguli de păstrare, securitate de stat, spionaj.

DELIMITATION OF INFRACTION ON THE DISCLOSURE OF STATE CLASSIFIED INFORMATION ON THE

Valentin CHIRIȚA,

vice-rector for studies and quality management of the „Ștefan cel Mare” Academy of the MIA, doctor in law, associate professor

Alexandru GAINA,

chief investigator officer at the Internal Protection anticorruption Service of the Republic of Moldova, PhD student

The content of the present article refers to the delimitation of infraction on the disclosure of state classified information from espionage, by comparative analysis of component signs: the object, the objective side, the subject and the subjective side.

Keywords: disclosure, illicit dissemination, state classified information, confidential status, confidentiality level, access right, storage provisions, state security, espionage.

Introducere. Aplicarea corectă a normei juridico-penale ce reglementează infracțiunea divulgării secretului de stat, presupune, în mod firesc, și efectuarea unui studiu comparat al altor tipuri de infracțiuni cu componente asemănătoare.

Reieșind din faptul că, infracțiunea privind divulgarea secretului de stat, specificată la art. 344 CP RM, din punct de vedere al elementelor obiective și subiective, ar avea la prima vedere unele semne înrudite sau asemănătoare cu alte tipuri de infracțiuni contra autorităților publice și a securității de stat (de exemplu, *spionaj* (art. 338 CP RM) este necesară o abordare atentă și corectă a tuturor particularităților specifice ale fiecărei infracțiuni în parte.

Prevederile art. 338 CP RM definesc *spionajul* ca transmiterea, precum și sustragerea sau culegerea de informații ce constituie secret de stat în scopul transmiterii lor unui stat străin, unei organizații străine sau agenturii lor, precum și transmiterea sau culegerea,

din însărcinarea serviciului de spionaj străin, a altor informații pentru a fi folosite în dauna intereselor Republicii Moldova, dacă spionajul este săvârșit de un cetățean străin sau de un apatrid. [1].

Metode aplicate și materiale utilizate. În vederea realizării scopului propus, în respectivul articol științific au fost utilizate următoarele metode: metoda logică (bazată pe analiza inductivă și deductivă) și metoda comparativă.

În procesul elaborării articolului științific, au fost consultate următoarele materiale: Codul penal al Republicii Moldova, actele normative în domeniu, precum și lucrările științifice ale autorilor Brânză S., Stati V., Ulianovschi X., Grosu V., Țurcanu I., Diaconescu Gh., Vaulina T., Volostnov P., Covaliov M., Culev A. etc.

Rezultate obținute și discuții. Comparând infracțiunea de trădare de Patrie și cea de spionaj, autorul Gh. Diaconescu menționează: „Examinarea

atitudinii psihice a autorilor infracțiunii de spionaj, adică a ideilor, intențiilor și sentimentelor ce le inspiră și poartă acțiunile, este de natură a dezvoltării unui complex de valențe spirituale ce-i situează la antipodul subiecților infracțiunii de trădare: loialitate și abnegație – până la sacrificiul suprem uneori – față de propriul stat. Asumarea riscurilor implicate de violarea deliberată a legii penale străine, caracterul și importanța cu totul aparte ale misiunilor acestora, „regulile de joc” unice care operează în acest domeniu, ca și, de cele mai multe ori, comunitatea de interese ale statelor implicate în astfel de afaceri oculte, conduc însă, de regulă, la acordarea reciprocă a unei „imunități” penale *sui generis* acestor luptători ai „frontului invizibil”; a intrat într-o practică curentă negocierea și efectuarea schimbului, la cote de paritate diferențiale, de agenți capturați de fiecare stat, deseori chiar și mai înainte de a compărea în fața „judecătorului” [10, p. 59].

Bazându-ne pe faptul că, primul criteriu în baza căruia vom efectua delimitarea divulgării secretului de stat de infracțiunea privind spionaj, este *obiectul infracțiunii*, constatăm la fel că, ambele sunt incluse în același grup de infracțiuni din Partea Specială a Codului penal, și anume, Capitolul XVII „*Infracțiuni contra autorităților publice și a securității de stat*”, prin urmare, *obiectul juridic generic* al acestora îl formează relațiile sociale cu privire la autoritatea publică și securitatea de stat.

Cu referire la *obiectul juridic special*, ca parte integrantă a obiectului juridic generic, prin care subînțelegem o anumită valoare socială împotriva căreia este îndreptată acțiunea sau inacțiunea reglementată de legislația penală, constatăm că ambele infracțiuni au tangențial, unele puncte comune, și anume, relațiile sociale cu privire la securitatea de stat, privită din perspectiva necesității păstrării cu strictețe a informațiilor ce constituie secret de stat.

În aceasta ordine de idei, referindu-ne la *obiectul juridic special* al infracțiunii de divulgare a secretului de stat, observăm că acesta reprezintă relațiile sociale cu privire la inviolabilitatea informațiilor ce constituie secret de stat, iar în ipoteza variantei agravate consemnate la alin. (2) art. 344 CP RM, în plan secundar, se aduce atingere relațiilor sociale cu privire la securitatea de stat, sub aspectul asigurării funcționării în bune condiții a domeniilor apărării naționale, economiei, științei, tehnicii, relațiilor externe etc. [7, p. 1031].

Totodată, *obiectul juridic special* al infracțiunii de spionaj, prevăzute la art. 338 CP RM îl formează relațiile sociale cu privire la securitatea de stat, privită din perspectiva necesității păstrării cu strictețe a informațiilor ce constituie secret de stat sau a altor

informații care pot fi folosite în dauna intereselor Republicii Moldova [7, p. 1002].

În general, prin „informații”, se are în vedere: cunoștințele despre persoane, subiecte, fapte, evenimente, fenomene, procese, obiecte, situații și idei (în corespundere cu art. 3 al Legii cu privire la informatizare și la resursele informaționale de stat, adoptate de Parlamentul Republicii Moldova la 21.11.2003) [4]; orice expunere de fapt, opinie sau idee sub formă de text, sunet și/sau imagine (potrivit art. 2 al Legii cu privire la libertatea de exprimare, adoptate de Parlamentul Republicii Moldova la 23.04.2010) [5].

Obiectul material al infracțiunii de spionaj îl prezintă, după caz:

- 1) informațiile ce constituie secret de stat;
- 2) alte informații care pot fi folosite în dauna intereselor Republicii Moldova [7, p. 1002].

Astfel, prin prisma acestui aspect, observăm și aici unele tangențe ale infracțiunilor analizate și anume, acelea care se referă la „informații ce constituie secret de stat”, care, la fel, pot fi reprezentate ca obiecte materiale, inclusiv câmpuri fizice, în care informațiile atribuite la secret de stat sunt expuse în formă de texte, semne, simboluri, imagini, semnale sau soluții tehnice [8, p. 688].

În ceea ce privește sintagma „alte informații (altele decât cele care constituie secret de stat), care pot fi folosite în dauna intereselor Republicii Moldova”, se au în vedere informațiile care pot fi folosite în detrimentul Republicii Moldova, deși nu constituie secret de stat. În cazul analizat, contează nu caracterul informațiilor, ci faptul că acestea sunt transmise sau culese din însărcinarea serviciului de spionaj străin. Dacă alte informații (altele decât cele ce constituie secret de stat) sunt transmise sau culese din propria inițiativă a făptuitorului ori din însărcinarea altor instituții sau organizații decât serviciile de spionaj străine, art. 338 CP RM este inaplicabil.

La alte informații (altele decât cele care constituie secret de stat), care pot fi folosite în dauna intereselor Republicii Moldova, pot fi atribuite informațiile vizând:

- 1) caracteristicile personale ale unor persoane cu funcții de răspundere;
- 2) probele de sol, de apă sau de aer dintr-o anumită locație;
- 3) schemele sau imaginile foto ori video ale unor noduri de cale ferată sau ale unor obiective de comunicație ori telecomunicație etc.

De regulă, astfel de informații sunt transmise sau culese de serviciile de spionaj străine în vederea soluționării prospective a sarcinilor de racolare, a săvârșirii actelor de diversiune, a elaborării unor pla-

nuri strategice de activitate subversivă pentru situații deosebite etc. [7, p. 1006].

Cu referire la delimitarea infracțiunilor specificate la art. 338 CP RM și art. 344 CP RM după criteriul *laturii obiective*, observăm o diferență între aceste două fapte penale, îndeosebi la capitolul ce ține de semnele obligatorii ale laturii obiective (acțiunea sau inacțiunea prejudiciabilă).

Așadar, dacă infracțiunea de spionaj poate fi săvârșită doar prin acțiune – ca formă activă de manifestare a comportamentului uman, atunci infracțiunea de divulgare a informațiilor ce constituie secret poate fi exprimată inclusiv și prin inacțiune din partea făptuitorului.

Prin urmare, *latura obiectivă* a infracțiunii de spionaj se realizează prin fapta prejudiciabilă exprimată în acțiunea de transmitere, sustragere sau culegere de informații ce constituie secret de stat ori de transmitere sau culegere, din însărcinarea serviciului de spionaj străin, a altor informații.

Pot fi distinse următoarele cinci modalități normative cu caracter alternativ ale acțiunii prejudiciabile specificate la art. 388 CP RM:

- 1) transmiterea de informații ce constituie secret de stat;
- 2) sustragerea de informații ce constituie secret de stat;
- 3) culegerea de informații ce constituie secret de stat;
- 4) transmiterea, din însărcinarea serviciului de spionaj străin, a altor informații;
- 5) culegerea, din însărcinarea serviciului de spionaj străin, a altor informații.

Cât privește *transmiterea de informații*, aceasta presupune trimiterea sau comunicarea de informații prin intermediul unei persoane, al unei scrisori etc., pe cale verbală sau în scris, prin telefon sau prin utilizarea altor mijloace de comunicație etc.

Sustragerea de informații reprezintă scoaterea acestora din posesia deținătorului de drept și trecerea lor în posesia făptuitorului. Pentru calificarea faptei în conformitate cu art. 388 CP RM, nu contează dacă sustragerea informațiilor este manifestată sau clandestină, cu aplicarea violenței sau prin înșelăciune etc. De asemenea, faptul săvârșirii sustragerii informațiilor în timpul unei calamități, de o persoană mascată, deghizată sau travestită, cu aplicarea armei sau a altor obiecte folosite în calitate de armă etc., nu influențează asupra calificării celor săvârșite în baza art. 338 CP RM. Astfel de împrejurări pot fi luate în considerare la individualizarea pedepsei.

Dacă, de rând cu sustragerea informațiilor ce constituie secret de stat, se comite sustragerea altor entități, cele săvârșite vor forma concursul

infracțiunilor prevăzute la art. 338 și 186 – 188, 190-192, 360 sau altele din Codul penal.

În fine, *culegerea de informații* presupune obținerea acestora pe oricare altă cale ilegală. În ipoteza culegerii de informații ce constituie secret de stat, această cale ilegală trebuie să fie oricare alta decât sustragerea. Culegerea informațiilor se poate realiza prin:

- a) monitorizare, incluzând aplicarea unor mijloace tehnice speciale destinate pentru obținerea ascunsă a informației;
- b) comunicarea nemijlocită, inclusiv legendată, cu persoanele ce posedă informații;
- c) interceptarea telefonică;
- d) interceptarea corespondenței;
- e) studierea nemijlocită a corespondenței, materialelor, bazelor de date etc. [7, p. 1006-1007].

Cu referire la *latura obiectivă* a infracțiunii prevăzute la art. 344 CP RM este de menționat că, aceasta constă în fapta prejudiciabilă exprimată în acțiunea de divulgare a informațiilor ce constituie secret de stat, de către o persoană căreia aceste informații i-au fost încredințate sau i-au devenit cunoscute în legătură cu serviciul sau munca sa, doar în cazul dacă aceste fapte nu constituie trădare de Patrie sau spionaj [8, p. 688].

După cum s-a menționat anterior, faptul divulgării a secretului de stat, nu se manifestă doar prin *acțiune*, ci și prin *inacțiune* din partea făptuitorului.

Prin *acțiuni* subînțelegem comportamentul activ al subiectului infracțiunii, datorită căruia secretul de stat poate fi divulgat: orice încălcare a regulilor de păstrare a documentelor sau purtătorilor materiali, ce conțin secret de stat, care, prin urmare va dezvălui conținutul acestor documente sau purtători materiali persoanelor străine, iar *inacțiunea* se manifestă prin încălcarea regulilor de păstrare a documentelor, fapt care ușurează accesul la informație secretă, precum și neîntreprinderea măsurilor necesare în vederea asigurării păstrării acestora sau a măsurilor de securitate [9, p. 727].

Din punct de vedere al *componentei de infracțiune* la care se atribuie spionajul și divulgarea secretului de stat, constatăm prezența unor asemănări, dar și diferențe în același timp dintre aceste două fapte penale.

Așadar, infracțiunea de spionaj este, după caz o *infracțiune formală* sau *materială*. Atunci când este formală, ea se consideră consumată, după caz, din momentul:

- 1) transmiterii sau culegerii de informații ce constituie secret de stat;
- 2) transmiterii sau culegerii, din însărcinarea serviciului de spionaj străin, a altor informații.

Atunci când este *materială* – în ipoteza sustragerii de informații ce constituie secret de stat – ea se con-

sideră consumată din momentul în care făptuitorul obține posibilitatea reală de a se folosi și a dispune de respectivelor informații [7, p. 1007].

Pe când în cazul divulgării secretului de stat, prevăzut la art. 344 CP RM, aceasta constituie doar *infracțiune formală*. Ea se consideră consumată din momentul în care informațiile ce constituie secret de stat au devenit cunoscute chiar și unei singure persoane care nu avea dreptul să le cunoască. Dacă informațiile în cauză au fost trimise, însă din cauze independente de voința făptuitorului, nu au ajuns la cunoștința unei alte persoane, vom fi în prezența tentativei de infracțiune specificată la art. 344 CP RM [7, p. 1034].

Realizând o analiză a *laturii subiective* a divulgării secretului de stat și infracțiunii de spionaj, constatăm intența directă la ambele din ele, însă în cazul infracțiunii prevăzute la art. 344 CP RM, aceasta poate fi săvârșită și cu intenție indirectă, precum și din imprudență, în ambele modalități ale sale.

Reieșind din faptul că, *latura subiectivă* a infracțiunii prevăzute la art. 338 CP RM se caracterizează prin intenție directă, în unele cazuri, este necesară stabilirea scopului special al infracțiunii:

a) Scopul transmiterii informațiilor ce constituie secret de stat unui stat străin unei organizații străine sau agenturii lor (în cazul transmiterii, sustragerii sau culegerii de informații ce constituie secret de stat);

b) Scopul folosirii în dauna intereselor Republicii Moldova a altor informații decât a celor ce constituie secret de stat (în ipoteza transmiterii sau culegerii, din însărcinarea serviciului de spionaj străin, a altor informații pentru a fi folosite în dauna intereselor Republicii Moldova). În calitate de scop special subsidiar apare scopul de cupiditate (în situația sustragerii de informații ce constituie secret de stat).

Spre deosebire de *latura subiectivă* a infracțiunilor analizate, care au tangențial unele deosebiri, discutate mai sus, *subiectul infracțiunii*, însă, este unul diferit.

Așadar, în ambele fapte penale, *subiectul infracțiunii* constituie persoana fizică responsabilă care la momentul săvârșirii infracțiunii a atins vârsta de 16 ani și are calitate specială, însă, în cazul infracțiunii de spionaj, complementar, făptuitorul trebuie să fie cetățean străin sau apatrid.

Persoana care este cetățean al Republicii Moldova nu poate fi subiect al infracțiunii prevăzute la art. 338 CP RM [7, p. 1007].

Concluzii. Rezumând cele menționate, am constat că, ambele infracțiuni analizate sunt incluse în același grup de infracțiuni din Partea Specială a Codului penal, și anume Capitolul XVII „*Infracțiuni contra autorităților publice și a securității de stat*”, prin urmare, *obiectul juridic generic* al acestora îl formează

relațiile sociale cu privire la autoritatea publică și securitatea de stat.

Cu referire la *obiectul juridic special*, ca parte integrantă a obiectului juridic generic, prin care subînțelegem o anumită valoare socială împotriva căreia este îndreptată acțiunea sau inacțiunea reglementată de legislația penală, constatăm că ambele infracțiuni au tangențial, unele puncte comune, și anume, relațiile sociale cu privire la securitatea de stat, privită din perspectiva necesității păstrării cu strictețe a informațiilor ce constituie secret de stat.

Însă, efectuând o delimitare a infracțiunilor specificate la art. 338 CP și respectiv art. 344 CP după criteriul *laturii obiective*, observăm o diferență între aceste două fapte penale, îndeosebi la capitolul ce ține de semnele obligatorii ale laturii obiective (acțiunea sau inacțiunea prejudiciabilă).

Așadar, dacă infracțiunea de spionaj poate fi săvârșită doar prin acțiune – ca formă activă de manifestare a comportamentului uman, atunci infracțiunea de divulgare a informațiilor ce constituie secret poate fi exprimată inclusiv și prin inacțiune din partea făptuitorului.

Realizând o analiză a *laturii subiective* a divulgării secretului de stat și infracțiunii de spionaj, constatăm intența directă la ambele din ele, însă în cazul infracțiunii prevăzute la art. 344 CP RM, aceasta poate fi săvârșită și cu intenție indirectă, precum și din imprudență, în ambele modalități ale sale.

Spre deosebire de *latura subiectivă* a infracțiunilor analizate, care au tangențial unele deosebiri, discutate mai sus, *subiectul infracțiunii*, este unul diferit, în ambele fapte penale, *subiectul infracțiunii* constituie persoana fizică responsabilă care la momentul săvârșirii infracțiunii a atins vârsta de 16 ani și are calitate specială, însă, în cazul infracțiunii de spionaj, complementar, făptuitorul trebuie să fie cetățean străin sau apatrid, iar persoana care este cetățean al Republicii Moldova nu poate fi subiect al infracțiunii prevăzute la art. 338 CP RM.

Referințe bibliografice

1. Codul penal al RM Nr. 985 din 18.04.2002 (MO Nr. 72-74 din 14.04.2009).
2. Legea nr. 245 din 27.11.2008 cu privire la secretul de stat (publicată la 27.02.2009 în MO Nr. 45-46, art Nr. 123, data intrării în vigoare: 27.05.2009).
3. Legea nr. 1024 din 02.06.2000 a cetățeniei Republicii Moldova (publicată la 10.08.2000 în MO Nr. 98-101, art Nr. 709).
4. Legea nr. 467 din 21.11.2003 cu privire la informare și la resursele informaționale de stat (Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2004, nr. 6-12).

5. Legea nr. 64 din 23.04.2010 cu privire la libertatea de exprimare (Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2010, nr. 117-118).

6. Hotărârea Guvernului nr. 1176 din 22.12.2010 „*Pentru aprobarea Regulamentului cu privire la asigurarea regimului secret în cadrul autorităților publice și al altor persoane juridice*”. (publicată la 26.08.2011 în MO Nr. 139-145, art Nr. 686).

7. Brânza S., Stati V. *Tratat de drept penal. Partea specială. Vol. II*, Chișinău, 2015.

8. Brânza S., Ulianovschi X., Stati V., Grosu V., Țurcanu I. *Drept penal. Partea specială. Volumul II*. Ediția a II-a, 2005.

9. Ваулина Т. И., Волостнов П. А., Ковалёв М. И. и др. *Уголовное право. Особенная часть: Учебник для вузов, 3-е издание, изм. и доп.* – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФА * М), 2001.

10. Diaconescu Gh. *Infracțiunile în Codul Penal Român. Volumul I*. Editura OSCAR PRINT. București, 1997.

11. Кулев А.Г. *Преступления против внешней безопасности государства: вопросы законодательной техники и дифференциации ответственности*: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Самара, 2009.

12. Diaconescu Gh., Duvac C. *Tratat de drept penal. Partea specială*. București: C.H. Beck, 2009.

13. Charter of the United Nations. <https://www.un.org/en/documents/charter/index.html>

INFORMAȚIA DESPRE AUTORI

Valentin CHIRIȚA,
prorector pentru studii și management al calității
al Academiei „Ștefan cel Mare” a MAI, doctor în
drept, conferențiar universitar;

Alexandru GAINA,
ofițer principal de investigații al Serviciului protecție
internă și anticorupție al Republicii Moldova,
doctorand.
e-mail: alexandru.gaina@mai.gov.md
tel. 078710699.

INFORMATION ABOUT AUTHORS

Valentin CHIRIȚA,
vice-rector for studies and quality management of
the „Ștefan cel Mare” Academy of the MIA,
doctor in law, associate professor

Alexandru GAINA,
chief investigator officer at the Internal Protection
anticorruption Service of the Republic of Moldova,
PhD student.
e-mail: alexandru.gaina@mai.gov.md
tel. 078710699.

CZU: 343.982

CONSIDERAȚII PROCESUAL-ORGANIZATORICE GENERALE PRIVIND PARTICIPAREA SPECIALISTULUI CRIMINALIST ÎN ACTIVITATEA DE CERCETARE LA FAȚA LOCULUI

Dragoș CHIOTICI,

Doctorand, Universitatea Liberă Internațională din Moldova

Prezenta lucrare este consacrată problematicii aplicării cunoștințelor specializate în actele de urmărire penală, aspectelor procesuale și organizatorice de participare a specialistului criminalist în cercetarea la fața locului, dar și a statutului procesual al acestuia. Se analizează formele de ajutor tehnico-criminalistic acordat de specialist anchetatorului în activitatea de investigare a infracțiunilor, se argumentează în acest sens propuneri de perfecționare a legislației procesual-penale.

Cuvinte-cheie: *specialist, expert, cunoștințe specializate, cercetarea locului faptei, urme materiale, anchetator.*

GENERAL PROCESSUAL-ORGANIZATIONAL CONSIDERATIONS REGARDING THE PARTICIPATION OF THE FORENSIC SPECIALIST IN THE ACTIVITY OF CRIME-SCENE INVESTIGATION

Dragoș CHIOTICI,

PhD student, Free International University of Moldova

The present work relates to the problems of applying specialized knowledge in the criminal investigation documents, the processual and organizational aspects concerning the participation in the investigation of the crime-scene of the forensic specialist and his processual status. The author analyses the forms of the technical-forensic help provided by the specialist in the activity of crime investigation and brings suggestions regarding the improvement of the actual criminal-processual legislation.

Keywords: *specialist, expert, specialized knowledge, crime-scene investigation, material traces, detective.*

Introducere. Îmbunătățirea muncii organelor de drept în lupta împotriva criminalității este inseparabilă de aplicarea realizărilor progresului tehnico-stiințific, implementarea în practica de investigare a infracțiunilor a metodelor și mijloacelor tehnico-stiințifice. Unul dintre cei mai activi promotori ai acestor realizări în această activitate este domeniul criminalistici, care asigură posibilitatea obținerii informației probante în baza exploatării urmelor materiale și ideale lăsate de făptuitori, precum și a cunoștințelor specializate aplicate de specialiștii criminaliști în procesul de descoperire al infracțiunilor. Studiarea practicii autohtone de contracarare a infracțiunilor permite a scoate în evidență o serie de cauze privind rezultatele nesemnificative ale statisticii oficiale în utilizarea a astfel de mijloace, legate atât de cadrul organizatoric, cât și de condițiile procesuale de activitate la fața locului a specialistului criminalist, stipulate în legea procesual penală. Toate acestea, dar și insuficiența analizei sub aspect teoretic și practic în publicațiile de specialitate a acestor problem, dictează necesitatea precizării și reevaluării unor teze legate de această problemă.

Rezultate și discuții. Condițiile procesual-organizatorice de participare a specialistului criminalist în procesul efectuării acțiunilor de urmărire penală sunt statuate, în primul rând, de legea procesual penală, precum și de actele normative departamentale. Și, întrucât

în calitate de specialiști criminaliști în acțiunile de urmărire penală sunt antrenați, mai cu seamă, angajații subdiviziunilor tehnico-criminalistice și expertiză judiciară ale IGP a MAI RM, atunci și documentul normativ de bază ce determină ordinea și condițiile participării lor în efectuarea activităților procesuale, prezintă Regulamentul privind organizarea și funcționarea Centrului tehnico-criminalistic și expertize judiciare al Inspectoratului General al Poliției, aprobat prin Ordinul MAI al Republicii Moldova nr.192 din 17.06.2013 [7], alte acte normative departamentale care vizează organizarea interacțiunii dintre servicii și subdiviziuni privind activitatea de descoperire și cercetare a infracțiunilor.

Alin (1) și (2) ale art.87 CPP RM *Specialistul* stabilesc, în esență, două condiții de participare a specialistului în acțiunile de urmărire penală și anume, competența și dezinteresul în rezultatele procesului penal. În alin (3) a acestui articol se specifică că, înainte de începerea acțiunii procesuale la care participă specialistul, organul de urmărire penală sau instanța stabilește identitatea și competența specialistului, domiciliul lui, precum și în ce relații se află cu persoanele care participă la acțiunea respectivă.

În ce privește competența specialistului, ea este înlesnită de instruirea acestuia în cadrul căreia se obțin cunoștințe specializate și deprinderi de a le folosi în

practică. Această competență poate fi verificată de ofițerul de urmărire penală după documentele care certifică identitatea specialistului, funcția lui, gradul special, precum și după Certificatul de model prestabil, eliberat angajatului subdiviziunii tehnico-criminalistice drept dovadă că a urmat cursuri de pregătire și deține competențe de a executa de sinestătător una sau altă activitate, precum este și cercetarea la fața locului. Competența în acest sens, este atestată inclusiv și după licența eliberată pe numele lui de Ministerul Justiției al RM care oferă dreptul de semnătură a rapoartelor alcătuite de persoana respectivă la efectuarea anumitor tipuri sau varietăți de expertize judiciare.

În practică, responsabilitatea privind competența specialistului desemnat pentru participarea la o acțiune de urmărire penală concretă o poartă conducătorul subdiviziunii tehnico-criminalistice, în care specialistul respectiv se află în serviciu.

O altă condiție de participare a specialistului în actele de urmărire penală este dezinteresul personal (direct sau indirect) al acestuia în soluționarea cauzei, în care el urmează să acorde asistență tehnico-criminalistică. Cointeresele în proces înseamnă că specialistul nutrește dorință sau are posibilitate de a obține prin participarea sa la această activitate un oarecare folos, avantaj de orice natură pentru sine sau pentru alte persoane. Mai mult, specialistul nu poate participa în activitățile de urmărire penală, dacă se constată prezența a cel puțin una din circumstanțele prevăzute la art.33 CPP RM, care se aplică în mod corespunzător. La fel, nu poate participa dacă, conform p.2, 3 alin (1) al art.86 se află în relații de rudenie sau în alte relații de dependență personală cu ofițerul care efectuează urmărirea penală (judecătorul), sau se află în dependență de serviciu de vreuna dintre părți ori de interpret, traducător, expert. Această dependență poate fi determinată și de anumite relații amicale sau, dinpotrivă, relații tensionate (dușmănie, răzburare, invidie etc.) cu unele persoane participante la proces. Această dependență poate fi generată atât de motive morale, cât și materiale, subordonarea manifestându-se în interesul apărut față de rezultatele soluționării cazului, în rezultativitatea sau lipsa acesteia la efectuarea acțiunii de urmărire penală în care participă specialistul dat. Aici însă trebuie spus că, dezinteresul specialistului, integritatea lui nu totdeauna poate fi relevată sau obiectiv verificată de anchetator către momentul antrenării lui pentru a participa în acțiunea procesuală. Iată de ce, organul de urmărire penală, chemând specialistul pentru a participa în proces, mizează pe faptul că conducătorul subdiviziunii tehnico-criminalistice, în subordinea căreia se află acest specialist, este înștiințat despre dezinteresul lui în rezultatele

anchetei, dar și în lipsa legăturilor acestuia cu părțile în proces, inclusiv și cu cele de ordin criminal.

Deci, ordinea participării în efectuarea acțiunilor de urmărire penală a specialistului criminalist, colaborator al Serviciului criminalistic al IGP MAI RM este stabilită de Regulamentul sus-amintit, p.12 al căruia indică că angajații acestui serviciu sunt antrenați în activitatea de urmărire penală în scopul aplicării mijloacelor tehnico-criminalistice pentru depistarea și ridicarea materialelor de probă, în special, la realizarea cercetărilor la fața locului pe cazurile comiterii infracțiunilor grave, terorismului, aplicării și depistării dispozitivelor explozive, armelor de foc, pe cazurile traficului de droguri, crimelor cibernetice, altor infracțiuni cu rezonanță socială sporită [7]. Pentru a înlăptui această activitate în timpi utili, în funcție de efectivul subdiviziunii și starea operativă, este organizat serviciul de gardă al specialiștilor (24h) în componența echipelor de cercetare (grup operativ de anchetă) după un anumit grafic calendaristic de schimb, în care sunt cuprinși doar acei colaboratori care dețin permis special pentru participarea de sinestătătoare în cercetările de teren. Aceste aspecte prezintă importanță semnificativă, întrucât deficiențele în sistemul de măsuri organizatorice se pot solda cu consecințe serioase privind rezultativitatea cercetării la fața locului. Spre exemplu, specialistul criminalist a sosit la locul faptei după ce numeroși colaboratori incompetenți ai organelor de interne au prejudiciat o mare parte de urme lăsate de făptuitori sau la locul în cauză s-a prezentat un angajat al serviciului criminalistic insuficient pregătit pentru lucrul cu urmele infracționale, incapabil de a analiza starea materială de fapt sau de a aplica judicios procedeele și mijloacele de relevare a cercului larg de probe din perimetrul infracțiunii cu evidențierea acelor materiale de probă care au legătură cu evenimentul investigat.

Analiza practicii de antrenare a specialiștilor criminaliști în activitatea de cercetare la fața locului denotă că la locul faptei privind cauzele grave, cu rezonanță socială sporită, de regulă, se îndreaptă o echipă de specialiști, în care se includ persoane pregătite temeinic pentru munca cu urmele materiale tradiționale, cu microurmele, microfibrele, microcantitățile de substanțe ce necesită în plus echipament special, dar și specialistul pregătit pentru profilul infracțiunii comise (în cazul omorului – specialist medic legist cu cunoștințe în biologie, în cazul aplicării armei de foc – specialistul criminalist – balistician, într-o eventuală explozie criminală – colaboratorul în materie de cercetare a exploziilor și de demontare a dispozitivelor explozive etc.)

Dacă în stările de personal ale inspectoratului respectiv de poliție lipsește specialistul criminalist pentru cercetarea la fața locului, el poate fi cooptat

din alt organ al afacerilor interne, printr-o înțelegere prealabilă cu conducătorul acestuia. Ordinea în cauză se extinde și asupra persoanelor versate, care dețin cunoștințe specializate în anumite ramuri în cazul, în care ele sunt lipsă în statele de personal ale subdiviziunii tehnico-criminalistice date [9, p.22]. Anchetatorul, expediind specialistului apelul pentru participarea în acțiunea de urmărire penală respectivă, pornește de la norma CPP RM (alin (1), art.87) în care se specifică expres că cererea organului de urmărire penală sau a instanței de judecată este obligatorie pentru conducătorul întreprinderii, instituției sau organizației în care activează specialistul. Prin urmare, această chemare este indispensabilă pentru specialist, însă există și unele recomandări persoanei care administrează procesul în cauză care, în acest sens, ar fi de dorit să se respecte. Prof.V.A.Snetkov are dreptate când scrie că ”anchetatorul trebuie, după posibilități, să determine gradul de utilitate a participării specialistului invitat în acțiunea de urmărire, adică să motiveze necesitatea acestei decizii prin scopul, sarcinile acțiunii procesuale, prin informația pe care o deține despre situația evenimentului cercetat [10, p.56]”.

În opinia noastră, oportunitatea antrenării specialistului urmează a fi stabilită cu luarea în calcul a următoarelor împrejurări: - categoria de probe care există sau acele pe care anchetatorul speră că le va obține în perimetrul locului faptei sau în cadrul acțiunii de urmărire penală respective; - existența specialistului, care deține o instruire profesională necesară, adecvată sarcinilor activității procesuale planificate; - disponibilitatea specialistului și funcționalitatea mijloacelor tehnice din dotare pentru a participa în această activitate.

Prin urmare, decizia întemeiată a anchetatorului cu privire la oportunitatea participării specialistului criminalist în acțiunea de urmărire penală va permite să evităm o muncă inutilă la fața locului, să asigurăm o eficacitate sporită a aplicării metodelor și mijloacelor tehnico-criminalistice de către acesta, o rezultativitate maximă a acțiunii procesuale respective, în ansamblu.

În acest context, trebuie menționat că randamentul lucrului specialistului în cadrul acțiunii de urmărire penală depinde nu numai de calitățile profesionale, experiența, competența lui, dar și de coeficientul de înzestrare cu utilaj tehnico-criminalistic, adică mijloace de depistare, fixare, ridicare de la locul faptei a urmelor și altor materiale de probă.

Subdiviziunile tehnico-criminalistice și de expertiză judiciară ale IGP MAI RM sunt înzestrate în egală măsură cu utilaj unificat de teren și cu truse specializate, care se folosesc în funcție de caracterul infracțiunii și particularitățile situației tehnico-criminalistice. Cercetătorul moldovean A.Badia menționează, pe drept, cu acest prilej că, „anume analiza genului de infracți-

une și a mecanismului faptei penale permite a înainta presupunerii întemeiate privind felul de urme și obiecte, alți purtători de informație ce ar putea să rămână în scena infracțiunii și să devină obiectul căutării. Totodată, aceasta permite să pregătim și mijloacele tehnice necesare în activitatea de căutare, lista cărora poate varia de la simpla trusă universală până la laboratorul criminalistic mobil, dotat cu multiple complete specializate în căutarea și relevarea diverselor mijloace de probă (urme de mâini, de spargere, microureme etc.)” [1, p.97].

Apucându-se de lucru la fața locului, specialistul criminalist se familiarizează, în primul rând și în prealabil cu circumstanțele cauzei, activitățile întreprinse cu privire la paza locului faptei, precizează sarcinile ce urmează a fi soluționate cu participarea lui. Clarificând starea de fapt, specialistul propune ofițerului de urmărire penală planul acțiunilor sale ce asigură îndeplinirea obiectivelor puse în fața lui, consecutivitatea activităților de depistare, fixare și ridicare a urmelor și altor materiale de probă. În lipsa obiectivelor din partea anchetatorului cu privire la suita de operații care urmează a fi efectuate de specialist, acesta purcede la realizarea lor.

Specialistul acordă sprijin organului de urmărire penală în căutarea, descoperirea, fixarea, ridicarea, ambalarea și conservarea urmelor și altor materiale de probă, în prelevarea mostrelor de comparație și de control, precum și alt ajutor ce necesită cunoștințe specializate. Sarcinile tactice privind aplicarea fotografiei la fața locului (ordinea efectuării pozelor, alegerea obiectelor de fotografiat și a procedurilor respective etc.) sunt stabilite de comun acord cu conducătorul echipei de cercetare, iar aspectele tehnice legate de perspectivă, distanță, modul de iluminare a obiectelor de fotografiat ș.a. se adoptă de însuși specialistul [11, p.25].

La redactarea procesului-verbal de cercetare la fața locului (CFL) de către organul de urmărire penală, specialistul își dă concursul la oglindirea deplină și corectă a informației cu semnificație criminalistică obținută, precum și a datelor legate de aplicarea metodelor și mijloacelor tehnico-criminalistice (MMTC). La necesitate și în conformitate cu indicațiile anchetatorului, specialistul pachetează obiectele, mulajele și alte probe materiale ridicate din perimetrul locului faptei. În prezența ordonanței de dispunere a expertizei (constatării tehnico-științifice) sau a demersului de verificare a urmelor după bazele de date centralizate (colecții) specialistul livrează probele recoltate unității teritoriale tehnico-criminalistice și expertiză judiciară respectivă.

Specialistul criminalist, coordonându-și activitatea cu conducătorul echipei de investigație, realizează la locul faptei examinări preliminare ale urmelor, de în-

interpretare a acestora în scopul adoptării măsurilor urgente pentru descoperirea și căutarea autorilor faptei pe urme proaspete. Deci, rolul lor este de a furniza informație orientativă și probantă ce caracterizează faptele și modul de operare al acestuia, necesare cercetării infracțiunilor în etapa inițială a investigațiilor. Cadrul procesual al R. Moldova permite ca rezultatele examinărilor preliminare ale urmelor la fața locului, să fie expuse de către specialistul criminalist fie, într-un raport de constatare tehnico-științifică aparte fie, acestea, dacă respectivul specialist este participant la cercetarea locului faptei, să fie cuprinse în procesul-verbal al acțiunii respective, așa cum prevede alin (3) al art.141 CPP RM. Efectele acestor examinări, înfăptuite, de regulă, până la pornirea urmăririi penale [6], în conformitate cu p.4, 7 alin (2) al art.93 CPP RM în vigoare, dețin forță probantă.

La revenirea lui de la locul faptei la biroul de lucru, în condiții de laborator, pe lângă fotoanexa la procesul-verbal, redactează la necesitate și raportul de constatare tehnico-științifică ca urmare a examinării preliminare a urmelor cu demonstrațiile de rigoare, mai cu seamă, când concluziile specialistului oferă răspuns la întrebări cu caracter identificator. Prof. român Gh.Pășescu scrie cu această ocazie, că examinările preliminare ale urmelor la fața locului se particularizează tocmai prin faptul efectuării lor la locul evenimentului, care și determină deplasarea ofițerului de urmărire penală și a specialistului criminalist la fața locului [8, p.447].

Ulterior, în baza rezultatelor CFL și a examinărilor preliminare specialistul, împreună cu anchetatorul și ofițerul de investigații planifică alte acțiuni de urmărire (cercetarea la fața locului repetată sau suplimentară, dispunerea expertizelor, obținerea mostrelor de comparație, experimentul de urmărire ș.a.), precum și efectuarea măsurilor speciale de investigații (verificarea urmelor ridicate după evidențele criminalistice, alcătuirea portretelor subiective, realizarea altor măsuri pentru descoperirea diverselor urme cu antrenarea altor specialiști (scafandrier), utilizarea unui spectru mai larg de aparate de detecție etc.).

Prin urmare, cadrul organizatoric al participării specialistului criminalist în acțiunile de urmărire penală urmează a fi sprijinit și pe anumite reguli sau criterii ce vizează interacțiunea dintre organele de urmărire penală cu cele criminalistice care, fără îndoială, ar eficientiza aplicarea cunoștințelor specializate. Se are în vedere, în primul rând, ideea unei libertăți procesuale a specialistului – participant al procesului judiciar, înlesnită de neatârarea administrativă a subdiviziunii sau departamentului, colaboratorul căruia el este. Serviciul criminalistic și expertiză judiciară și cel de anchetă, în pofida unor îndoieli cu privire la independența celui criminalistic [4, p.237], nu sunt legate prin relații de

subordonare și sunt, în opinia noastră, independente unul față de altul, care îndeplinesc funcțiile lor specifice în investigarea infracțiunilor.

Aici însă, trebuie avut în vedere că legea procesual penală statuează rolul îndrumător al ofițerului de urmărire penală privind organizarea și efectuarea acțiunilor procesuale concrete. Anchetatorul prezintă subiectul străngerii probelor, specialistul însă, își dă concursul în această activitate cu cunoștințele sale profesionale și mijloacele tehnico-științifice aplicate în limitele competenței sale. El aplică aceste metode și mijloace de comun acord cu organul de urmărire, la indicația acestuia sau cu permisiunea lui, dacă are de gând să manifeste inițiativă în utilizarea lor.

Deci, toată activitatea specialistului criminalist în cadrul unei acțiuni de urmărire penală este guvernată de anchetator, aceasta însă nu înseamnă că el este în drept să intervină în procesul aplicării metodelor și mijloacelor tehnico-științifice bazate pe cunoștințele profesionale ale specialistului. Aceasta este prerogativa specialistului criminalist care, nefiind respectată, încălcă drepturile procesuale ale acestuia, contravine atribuțiilor funcționale ale specialistului.

Aici însă, abordând problematica drepturilor și obligațiilor specialistului, amintim că legea procesual penală privește specialistul ca persoana chemată pentru a participa la efectuarea unei acțiuni procesuale în cazurile prevăzute de CPP, care nu este interesată în rezultatele procesului penal. Art.87 CPP RM specifică anumite drepturi și obligații ale specialistului (formale și de fond), ce derivă din statutul acestora, comune tuturor celor antrenați în activitățile procesuale. Conform alin (7) a acestui articol, specialistul este în drept: - să ia cunoștință de materialele cauzei și să pună întrebări participanților la acțiunea respectivă pentru a formula o concluzie adecvată, să ceară completarea materialelor puse la dispoziție pentru darea concluziei; - să-i atenționeze pe cei prezenți asupra circumstanțelor legate de descoperirea, ridicarea și păstrarea probelor, să dea explicații cu privire la competența sa profesională; - să facă observații, care vor fi incluse în procesul-verbal al acțiunii respective, referitor la descoperirea, ridicarea și păstrarea obiectelor; - să ia cunoștință de procesele-verbale ale acțiunilor la care a participat și să ceară completarea lor sau includerea obiectivelor sale în acest document; - să ceară compensarea cheltuielilor suportate în cauza penală și repararea prejudiciului cauzat de acțiunile nelegitime ale organului de urmărire penală sau ale instituției; - să primească recompensă pentru lucrul efectuat.

Specialistul are și anumite obligații (formale și de fond), și anume, cele formale: - să se prezinte la chemarea organului de urmărire penală sau a instanței; - să prezinte documentele ce confirmă calificarea de

specialist; - să comunice, la cerere, despre experiența sa și despre relațiile sale cu persoanele participante în cauza respectivă; - să nu părăsească fără permisiune locul efectuării acțiunii procesuale sau ședința de judecată; - să nu divulge datele care i-au devenit cunoscute în urma efectuării acțiunii procesuale, inclusiv circumstanțele ce se referă la inviolabilitatea vieții private, de familie, precum și cele ce constituie secret de stat, secret comercial sau alte informații oficiale cu accesibilitate limitată.

Obligațiile de fond ale specialistului privesc, mai cu seamă, acordarea de ajutor la descoperirea, fixarea sau excluderea probelor, la aplicarea mijloacelor tehnice și ale programelor computerizate, adică, dacă vorbim de specialistul criminalist, acesta trebuie să prezinte concluzii și asistență tehnico-criminalistică calificată în domeniul său, solicitată de organul de urmărire penală sau de către instanța de judecată. Însă, opinia expusă de specialist nu substitue concluzia expertului. Mai mult, conform alin (3) al art.87 CPP RM, specialistul nu poate fi numit sau în alt mod implicat în procesul penal ca specialist în probleme juridice [3].

Participarea lui anterioară în această cauză în calitate de specialist nu constituie temei sau obstacol care exclude asistența ulterioară a acestuia în această calitate în procedura dată. Deci, recuzarea specialistului criminalist poate fi făcută doar în condițiile prevăzute pentru recuzarea interpretului, traducătorului (art. 86 CPP RM) conform prevederilor art.33 ale CPP RM, care se aplică în mod corespunzător. La fel, specialistul după cum s-a menționat, nu poate participa în cauza penală dacă el, direct sau indirect, este interesat în soluționarea cauzei, dacă se constată incompetența lui. Aceasta din urmă se exprimă prin faptul că, persoana recrutată în calitate de specialist fie că nu deține cunoștințe specializate necesare, fie abilitați de a le utiliza în practică (spre exemplu, nu a însușit metodologia aplicării în cazul concret a unui mijloc tehnico-criminalistic de relevare și fixare a probelor).

Un interes deosebit prezintă chestiunea examinării aspectelor comune și a deosebirilor cu privire la drepturile și obligațiile specialistului și expertului.

Ceea ce, în linii generale, este comun specialistului și expertului constă în următoarele:

a) și specialistul și expertul sunt persoane ce dețin cunoștințe specializate, antrenate în procesul penal în lipsa a astfel de cunoștințe la anchetator, instanța de judecată și care țin de anumite ramuri ale științei, tehnicii, artei, alte domenii;

b) specialistul și expertul sunt pasibili de a fi recuzați, practic, în prezența aceluiași circumstanțe ce împiedică participarea lor în cauza penală – incompatibilitatea, relațiile de rudenie, incompetență ș.a.

În acest sens, faptul care este specific exclusiv expertului privește interdicția de a presta servicii de expertiză în cazul în care, anterior, acesta a fost atras în această cauză, în calitate de specialist (p.5) alin (1) al art.89 CPP RM). Legat de aceasta, prof. I.Dolea scrie, pe drept că, acest fapt este firesc, determinat de asigurarea independenței proprii convingeri asupra rezultatelor cercetării [4, p.243]. La aceasta se poate de adăuga că, probabilistic, aici poate fi vorba și de excluderea posibilității de a cumula diferite funcții procesuale de către o persoană într-un proces penal (a specialistului și expertului) care, desigur, poate prejudicia stabilirea adevărului obiectiv în cauza dată. Excepțiile de la această regulă țin de medicul-legist și de specialistul tehnician pentru explozii, abaterile în cauză fiind, în opinia savanților [4, p.243] determinate, ”probabil, de ideea că, la examinarea exterioară a cadavrului sau a locurilor exploziilor, obiectul cercetării este altul decât în cazul unei expertize medico-legale sau tehnică” [5] (tehnico-explozivă – Ch.D.). Se are în vedere că, o astfel de abordare nu poate influența propria convingere a expertului la efectuarea unei eventuale expertize.

De notat însă că, actualmente Serviciul Criminalistic al IGP al MAI RM este organizat astfel, încât expertizele, conform Regulamentului privind organizarea și funcționarea CTCEJ al IGP [7] se efectuează doar de experții ce activează în exclusivitate pe această dimensiune în 5 subdiviziuni, subordonate teritorial (Direcția tehnico-criminalistică și expertize judiciare Centru; Direcția tehnico-criminalistică și expertize judiciare Nord; Direcția tehnico-criminalistică și expertize judiciare Sud; Secția tehnico-criminalistică și expertize judiciare Est; Secția tehnico-criminalistică și expertize judiciare UTA Găgăuz-Yeri) care, în fond, exclud, cu unele excepții, situația menționată.

c) ambii subiecți formulează concluzii obiective și întemeiate în rapoartele lor asupra întrebărilor puse de către organul de urmărire penală sau instanța de judecată care, conform alin (2) art.93 CPP RM prezintă probe în procesul penal;

d) și specialistul și expertul, în conformitate cu art.312 CP RM poartă răspundere penală pentru prezentarea cu bună-știință de concluzii false în cadrul urmăririi penale sau judecării cauzei.

Deosebirea dintre specialist și expert privesc, în principal, atribuțiile lor procesuale.

Toată activitatea specialistului decurge în cadrul acelei acțiuni de urmărire penală, în care el este antrenat, funcțiile lui reducându-se, în acest context, la următoarele:

a) acordarea sprijinului organului de urmărire penală în depistarea, fixarea, ridicarea sau excluderea probelor, a obiectelor și documentelor, a altor materiale de probă;

b) aplicarea mijloacelor tehnice și a programelor computerizate în examinarea materialelor dosarului penal;

c) acordarea de ajutor în formularea întrebărilor pentru expert;

d) oferirea de explicații părților în proces, instanței de judecată referitor la problemele ce țin de competența sa profesională, adică darea de sfaturi, consultanță etc.

Spre deosebire de funcțiile specialistului, sarcinile expertului se limitează, în principal, la efectuarea expertizei judiciare și redactarea raportului respectiv. În concepția legislației procesual penale a României și Republicii Moldova expertul este un subiect cu statut independent al procesului, ce deține un volum personal de obligații și drepturi procesuale, care îl deosebesc de alți subiecți, inclusiv de martori. Funcția lui principală este de a prezenta instanței de judecată mijlocul de probă – raportul de expertiză. În comparație cu alți participanți ai cauzei, el nu stăpânește premergător procesului date cu caracter probant – el le obține în cadrul cercetărilor cu aplicarea cunoștințelor specializate, devenind purtător a astfel de date doar după finalizarea investigațiilor de expertiză. Pe expert îl evidențiază faptul că obiectiv el nu are interese juridice în cauză, adică acesta nu vine în proces pentru a-și adjuca anumite drepturi sau privilegii, ci din obligația de a face claritate într-o anumită chestiune, contribuind pe această cale la stabilirea adevărului judiciar. Iată de ce credem că, punerea în prim plan a drepturilor expertului, precum s-a prezentat în CPP a României și în Legea RM nr.68 din 14.04.2016 *Cu privire la expertiza judiciară și statutul expertului judiciar*, o considerăm nejustificată. În opinia noastră, punerea accentului pe obligațiile expertului, așa cum s-a procedat în cazul art.88 CPP RM, este mai corect, întrucât legiuitorul prin aceasta subordonează statutul expertului, scopurilor procesului penal. De aici și necesitatea modificării acestor aspecte în CPP al României și în Legea RM nr.68 *Cu privire la expertiza judiciară și statutul expertului judiciar* din 14.04.2016, adică a formula mai întâi obligațiile expertului și mai apoi drepturile acestuia.

Concluzii. Analiza practicii de antrenare a specialiștilor criminaliști de către organele de urmărire penală în acțiunile procesuale, îndeosebi la cercetarea locului faptei, permite a evidenția genurile principale de ajutor ale acestora privind aplicarea cunoștințelor specializate, și anume: 1) asistență tehnico-criminalistică la descoperirea urmelor și altor materiale de probă, explicarea mecanismului apariției urmelor și a modificărilor ambianței locului faptei ca urmare a comiterii infracțiunii, fixarea procesuală și tehnică a probelor; 2) ajutor metodic, acordat de spe-

cialit în utilizarea procedeele de relevare, fixare și ridicare a probelor; 3) ajutor consultativ de ordinul unui sfat, lămurire, explicare, comunicare a unor date de factură informațională și profesională ce contribuie la depistarea și conservarea urmelor și altor materiale de probă. Scopul general al utilizării cunoștințelor specializate este unul - obținerea de probe în cauzele penale. Aplicarea lor pe larg deschide posibilități nelimitate în implementarea realizărilor progresului tehnico-științific la investigarea infracțiunilor, mai ales în epoca modernă, când în scopuri criminale infractorii folosesc cele mai noi tehnici și tehnologii informaționale, devenind capabili să opună rezistență considerabilă organelor de urmărire penală și de judecată, de unde și necesitatea atragerii acestor persoane, versate în cele mai diverse domenii ale științei și tehnicii.

Bibliografie

1. Badia A. Metode și mijloace tehnico-criminalistice contemporane aplicate la cercetarea locului faptei. Teză de doctor în drept. Chișinău: Academia "Ștefan cel Mare" a MAI RM, 2017. 208 p.
2. Gugu A. Cercetarea criminalistică a locului faptei în cauzele privind furturile din apartamente. Teză de doctor în drept, Chișinău: ULIM, 2010. 163 p.
3. Codul de procedură penală al Republicii Moldova din 14.03.2003. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 104-110 din 12.06.2003. <http://lex.justice.md/md/326970/>.
4. Dolea Ig. Codul de procedură penală al Republicii Moldova: (comentariu aplicativ). Chișinău: Cartea Juridică, 2016. 1172 p.
5. Hotărârea de Guvern nr.195 din 24.03.2017 privind aprobarea Nomenclatorului expertizelor judiciare. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 109-118 din 07.04.2017 // <http://lex.justice.md/index.php?doc&lang=1&id>
6. Recomandarea nr.38 din 23.04.2013 a CSJ RM *Cu privire la acțiunile procesuale care pot fi efectuate din momentul sesizării sau autosesizării organului competent la declanșarea urmăririi penale.* // www.csj.md
7. Regulamentul privind organizarea și funcționarea Centrului tehnico-criminalistic și expertize judiciare al Inspectoratului General al Poliției, aprobat prin Ordinul MAI al Republicii Moldova nr.192 din 17.06.2013 // http://www.mai.md/dirtehncrim_ro.
8. Pășescu Gh. Interpretarea criminalistică a urmelor la locul faptei. București: Național, 2000. 528 p.
9. Зинин А.М. Криминалист в следственных действиях. М.: Экзамен, 2004. 144 с.
10. Снетков В.А. Основы деятельности специалиста экспертно-криминалистических подразделений органов внутренних дел. М.: ГУ ЭКЦ МВД России, 2001. 172 с.
11. Хрусталева В.Н., Трубицын Р.Ю. Участие специалиста в следственных действиях. СПб.: Питер, 2003. 208 с.

CZU: 349.57

ROLUL STRUCTURILOR POLIȚIENEȘTI INTERNAȚIONALE ÎN PREVENIREA ȘI COMBATerea TRAFICULUI DE FIINȚE UMANE.

Vitalie JITARIUC,

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

La etapa actuală, omenirea se confruntă cu probleme din ce în ce mai complexe în domeniul infracționalității. Cooperația internațională a organelor polițienești are în vedere o paletă largă de infracțiuni, cum ar fi: cele împotriva persoanei, împotriva proprietății, criminalitatea organizată, traficul ilicit cu droguri, traficul ilicit cu arme și muniții, falsul și contrafacerea de monedă și, nu în ultimul rând, traficul de ființe umane.

Actualmente, comunitatea internațională a strâns rândurile în jurul structurilor internaționale de poliție, considerate ca instituții interguvernamentale, capabile să facă față situației. Prin intermediul acestora, noua și magnifică tehnică din rândul comunicațiilor pe care știința o pune la dispoziția statelor și persoanelor poate servi, în primul rând, la prevenirea și combaterea criminalității, inclusiv și a traficului de ființe umane.

De asemenea, practica a demonstrat că numai implicarea statului nu este suficientă pentru stăpânirea fenomenului infracțional. La luptă împotriva celor care încalcă legea trebuie să participe întreaga societate, în special, prin acțiuni cu caracter educativ și preventiv.

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

THE ROLE OF INTERNATIONAL POLICE STRUCTURES IN PREVENTING AND COMBATING HUMAN TRAFFICKING.

Vitalie JITARIUC,

PhD student, University Lecturer, Faculty of Law and Public Administration, „B. P. Hasdeu” State University of Cahul.

At the present stage, humanity is facing increasingly complex problems in the field of crime. The international cooperation of the police authorities envisages a wide range of crimes, such as: those against the person, against property, organized crime, illicit trafficking in drugs, illicit trafficking in weapons and ammunition, falsification and counterfeiting of currency, and last but not least, trafficking in human beings.

Currently, the international community has tightened the lines around the international police structures, considered as intergovernmental institutions, capable of coping with the situation. Through them, the new and magnificent techniques in the field of communications that science provides to states and individuals can serve, first and foremost, to prevent and combat crime, including trafficking in human beings. Thereafter, practice has shown that just the involvement of the state is not sufficient to control the criminal phenomenon. The whole society must participate in the fight against those who break the law, especially through educational and preventive actions.

Keywords: *trafficking in human beings, victim, injured party, criminal prosecution action, revictimization, criminal trial, trial, trafficker, exploitation, violence, investigation methodology, crime, international collaboration, international police structures.*

Introducere. Traficul de ființe umane este o parte a criminalității organizate, o formă contemporană a robiei, însoțită de cele mai grave încălcări ale drepturilor omului. Actualmente, constatăm faptul că această problemă este caracteristică și Republicii Moldova, tot mai mulți cetățeni devin victime ale acestor infracțiuni, printre ele, în primul rând, femeile și copiii, adică membrii cei mai vulnerabili ai societății noastre. Este evident faptul că, în scopul soluționării acestei grave probleme, e nevoie de eforturile considerabile ale întregii comunități internaționale. Aceasta este condiționată de faptul că traficul de ființe umane

nu ține de limitele unei singure țări, el este îndeplinit prin traversarea hotarelor, cu atragerea traficantilor de diferite naționalități și a unei multitudini de locuri de comitere a infracțiunii și depășește raza de acțiune a organelor de corotire a normelor de drept ale Republicii Moldova [4, p. 33].

Generând probleme sociale complexe, ale căror modalități de manifestare, repercusiuni și moduri de soluționare interesează atât factorii instituționalizați de control, cât și opinia publică, criminalitatea organizată transfrontalieră tinde să devină un fenomen deosebit de grav și periculos, cu consecințe distruc-

tive asupra structurii și stabilității organismelor și instituțiilor unui stat democratic, și cu un impact care pune în discuție nu doar stabilitatea social-economică a oricărei comunități umane, ci, *in extremis*, chiar securitatea și pacea națiunilor.

Generat de cauze complexe, traficul transfrontalier de persoane, formă modernă a sclaviei, constituie un fenomen cu implicații profunde în plan economic, social, demografic, axiologic și psihologic, alterează valorile umane și frânează progresul social. Se vorbește astăzi de o veritabilă industrie a migrației ilegale, a prostituției și proxenetismului internațional, de un înfloritor turism sexual, de dimensiunile crescânde ale pornografiei – inclusiv pe Internet – de asasinat la comandă, șantaj, răpire, trafic cu arme și muniții, droguri și chiar trafic cu organe și țesuturi umane [18, p. 67].

Materiale utilizate și metode aplicate. Articolul elaborat se bazează pe un complex de metode generale științifice și speciale, axate pe perceperea realității juridice, elaborate de știință și aplicate în activitatea practică. În conținutul acestuia sunt aplicate metode dialectice generale ale cunoașterii; analiza și sinteza, deducția, interpretarea structural-sistemică, metodele percepției, analizei sistemice, inducția și deducția, metoda istorică, comparativă, logico-formală, sociologică, statistică etc.

Baza juridică și teoretică a cercetării este constituită din reglementările internaționale din domeniu, din CPP al RM și actele normative ce reglementează activitatea organelor de drept pe segmentul prevenirii și combaterii traficului de ființe umane și, nu în ultimul rând, din doctrina și legislația altor state în materia vizată.

Scopul studiului. În cadrul acestui demers științific ne-am pus scopul de a descrie rolul și importanța structurilor polițienești internaționale în cadrul activității de prevenire și combatere a infracțiunilor de trafic de ființe umane, de a formula anumite concluzii în această materie în vederea eficientizării colaborării internaționale în latura prevenirii și combaterii acestui gen de fapte socialmente-periculoase.

Rezultate obținute și discuții. Necesitatea colaborării internaționale în problemele ce țin de poliție în spațiul european a apărut încă la începutul secolului trecut, odată cu înființarea Interpolului. Țările europene reprezentate de șefii polițiilor naționale, după congresele de la Monaco (1914) și Viena (1923) au pus bazele unei Comisii Internaționale de Poliție Criminală, care avea să devină mai târziu Organizația Internațională de Poliție Criminală, cunoscută și sub denumirea de Interpol.

Pe parcursul anilor, s-a constituit, ca o condiție absolut necesară, cooperarea polițienească internațională în domeniile:

- combaterea terorismului internațional;
- combaterea producerii, consumului și traficului de droguri și substanțe psihotrope;
- combaterea activității economice ilegale;
- combaterea contrabandei cu bunuri de valoare istorică sau artistică;
- combaterea trecerii ilegale a frontierei.

Datorită diversificării fenomenului infracțional, ulterior s-s impus și cooperarea internațională în combaterea traficului de ființe umane [15, p. 98].

De asemenea, trecem în revistă și faptul că la mijlocul anilor 90 ai secolului trecut, Uniunea Europeană a început să întreprindă măsuri pentru combaterea traficului de ființe umane, punând accentul pe traficul de femei în scopul prostituției. Cele mai importante etape au fost: Hotărârea adoptată de Parlamentul European în anul 1996 (Rezoluția cu privire la traficul de ființe umane, OJ No C032, 05/02/1996); Acțiunea comună din anul 1997, adoptată de Consiliul European și Declarația de la Haga din anul 1997 (Declarația de la Haga – Principii europene de călăuză cu privire la prevenirea și combaterea traficului de femei, 26 aprilie 1997, DCE-97-429), adoptată de Conferința Miniștrilor. Majoritatea acestor documente se referă la traficul de femei și traficul de copii [3, p. 81].

Actualmente, prevenirea și combaterea traficului de ființe umane este cea mai actuală problemă, pe plan internațional și național, care stă la ordinea de zi a Organizației Națiunilor Unite, Organizației pentru Securitate și Cooperare în Europa, guvernele și parlamentele statelor-membre ale acestora fiind obligate să întreprindă acțiuni de prevenire, urmărire și persecutare a fenomenului, asigurând protecția și susținerea victimelor traficului în baza actelor normative la nivel național și internațional [1, p. 121].

În continuare, dorim să atragem atenție asupra faptului că la investigarea infracțiunilor privind traficul transnațional de ființe umane, sub aspectul interacțiunii procesuale, o importanță deosebită o are colaborarea internațională a organelor de drept. Prevederi, ce reglementează anumite chestiuni în materia colaborării internaționale a mai multor state în sfera luptei cu criminalitatea transnațională, inclusiv și cu traficul de persoane, se conțin în Convenția ONU împotriva criminalității transnaționale organizate, semnată la Palermo la 9 decembrie 2000 [7] și în protocoalele adiționale ale acestui document: a) Protocolul privind prevenirea, reprimarea și pedepsirea traficului de persoane, în special, a femeilor și copiilor din 15.11.2000 [13]; b) Protocolul privind traficul ilegal de migranți pe cale terestră, a aerului și pe mare, din 15.11.2000 [14].

Anumite norme ce reglementează colaborarea internațională a statelor CSI se regăsesc și în

Convenția de la Minsk, privind asistența juridică și raporturile de drept în procesele civile, familiale și penale, semnată la 22 ianuarie 1993 [6].

Direcțiile prioritare ale colaborării internaționale pe segmentul combaterii criminalității, concretizate prin aceste reglementări se referă la:

- 1) asistența juridică internațională în materie penală;
- 2) direcționarea materialelor cauzelor penale pentru efectuarea urmăririi penale;
- 3) executarea solicitărilor privind începerea urmăririi penale și efectuarea acestora pe teritoriul statelor CSI;
- 4) extrădarea persoanelor în vederea atragerii la răspundere penală;
- 5) transferul persoanelor condamnate în vederea executării pedepselor în statele a căror cetățeni sunt.

Convențiile indicate supra (de la Palermo și Minsk) prevăd, de asemenea, și posibilitatea adresării solicitărilor referitoare la efectuarea măsurilor speciale de investigații pe teritoriul statelor-membre. Astfel, art. 20 din Convenția de la Palermo prevede posibilitatea efectuării de către organele competente ale statelor-membre, în ordinea și în limitele stabilite prin legile interne, a livrărilor controlate, a diverselor forme de supraveghere (electronică etc.) cu folosirea metodelor și mijloacelor speciale, precum și a diferitor operații de agentură.

Este necesar să menționăm că între state pot fi încheiate și alte acorduri privind colaborarea și asistența judiciară reciprocă, care ar stabili un nivel mai înalt al integrării în materie penală și ar materializa forme mai perfecte ale colaborării internaționale. În particular, Convenția de la Palermo pune temelia pentru încheierea unor acorduri care ar prevedea posibilitatea creării grupelor internaționale de anchetă, ceea ce este, destul de actual pentru starea de lucruri existentă la momentul de față, deoarece anume grupările criminale transnaționale desfășoară o activitate infracțională, legată de crearea „rețelelor” internaționale pentru traficul de ființe umane.

La organizarea și aranjarea colaborării internaționale se recomandă a folosi posibilitățile și oportunitățile diferitor organizații polițienești internaționale, cum ar fi, în primul rând, *Interpolul* și *Europolul*. În lupta cu traficul de persoane, cu circulația ilegală a organelor și țesuturilor umane, cu migrația ilegală și infracțiunile sexuale în privința minorilor este antrenată secția *THB (Trafficking in Human Beings)* din cadrul *Interpolului*. De asemenea, un anumit interes îl prezintă și informațiile acumulate în cadrul secției *OCP (Organised Crime Projects)* – specializată în probele luptei cu criminalitatea organizată internațională. Unul din domeniile de ac-

tivitate ale acestei secții se referă la proiectul „*Millennium*”, specializat în domeniul luptei cu grupările criminale organizate din Estul Europei.

Cele mai importante și prioritare direcții pentru descoperirea și investigarea faptelor de trafic de ființe umane, desfășurate pe segmentul colaborării organelor de drept cu *Interpolul* și *Europolul* sunt: anunțarea în căutare internațională a victimelor pierdute fără urmă și a învinuitorilor; coordonarea operațiilor polițienești comune; adresarea solicitărilor privind efectuarea anumitor acțiuni de urmărire penală sau măsuri speciale de investigații; adresarea solicitărilor referitoare la obținerea informațiilor, păstrate în cadrul structurilor ce dețin evidențe operativ-informative, de urmărire, de expertiză criminalistică etc.

Cu referire la cauzele penale privind traficul de ființe umane pe linia *Interpolului*, în temeiul solicitărilor corespunzătoare, pot fi realizate următoarele activități:

- 1) căutarea învinuitorilor, cu ulterioarea lor arestare și extrădare;
- 2) identificarea victimelor, a bănuitorilor, precum și a altor persoane care prezintă un anumit interes operativ, cu urmărirea și supravegherea ulterioară a acestora;
- 3) căutarea victimelor, pierdute fără urmă [20, p. 152].

Trecem în revistă faptul că dacă urmărirea locală presupune implicarea la înlăptuirea ei numai a subdiviziunilor organelor afacerilor interne și a altor organe de stat din Republica Moldova, atunci urmărirea interstatală și cea internațională presupune implicarea la înlăptuirea acestor acțiuni a organelor de drept din alte state, conform tratatelor internaționale la care Republica Moldova este parte.

În acest context, un rol deosebit în vederea combaterii criminalității și soluționării sarcinilor procesului penal îi revine urmăririi internaționale prin intermediul Biroului Național Central – *Interpol*. Importanța acestei modalități se datorează faptului că deseori persoanele care au comis infracțiuni, îndeosebi grave, se eschivează de la urmărirea penală și judecată, plecând peste hotare. Anume din aceste considerente aportul Organizației Internaționale de Poliție Criminală – *Interpol*, este să asigure și să promoveze cea mai largă asistență mutuală posibilă tuturor autorităților de poliție criminală în limitele reglementărilor existente în diferite țări și în spiritul Declarației Universale a Drepturilor Omului [9], să stabilească și să dezvolte toate instituțiile capabile să contribuie în mod eficient la prevenirea și reprimarea infracțiunilor de drept comun.

Urmărirea internațională a persoanelor puse sub învinuire și a inculpaților reprezintă un complex de

măsurii operativ-investigative îndeplinite de organele competente ale statului inițiator al urmăririi și statul interpelat, îndreptate spre depistarea, arestarea și extrădarea infractorilor urmăriți, îndeplinite pe teritoriul fiecărui stat participant la căutare, în conformitate cu normele și principiile dreptului internațional și tratatele internaționale încheiate între aceste state.

Urmărirea internațională reprezintă una din direcțiile principale de activitate întreprinse spre cooperarea în lupta cu criminalitatea din statele-membre ale Interpol-ului [5, p. 390]. Urmărirea internațională prin intermediul Interpol-ului se efectuează în cazurile când:

- este dat în urmărire un infractor pus sub învinuire (acuzat, condamnat) pentru săvârșirea unei infracțiuni grave;

- se dispune de informație precisă sau presupusă despre plecarea persoanei urmărite peste hotare;

- persoana urmărită (cu mandat de arestare) nu a fost depistată pe teritoriul Republicii Moldova timp de 3 luni;

- se dispune de informație precisă sau presupusă despre plecarea peste hotare a persoanelor declarate dispărute;

- cadavrele și persoanele cu identitate necunoscută n-au fost identificate timp de 3 luni și există date că sunt persoane străine [5, p. 391].

Cu referire la investigarea traficului de ființe umane la nivel transnațional, pot prezenta interes următoarele categorii ale evidenței, organizate în cadrul Interpolului:

- a) cartoteca alfabetică a persoanelor cu antecedente penale, bănuite în comiterea infracțiunilor. În cadrul acesteia putem găsi informații privind comportamentul dubios al acestora, relațiile și deplasarea lor;

- b) cartoteca documentelor și denumirilor. Aici, la compartimentul „documente” sunt plasate informațiile referitoare la pașapoartele de care s-au folosit infractorii, precum și denumirile anumitor firme luate la evidență în legătură cu antrenarea în activitatea infracțională, inclusiv și în traficul de ființe umane;

- c) cartoteca infracțiunilor. Aceasta cuprinde câteva compartimente, fiecare dintre ele stocând informații în dependență de criteriul de gen și specie al infracțiunii comise. Aici se regăsesc și infracțiunile de trafic de persoane. În informațiile referitoare la infracțiuni se fixează, în mod obligatoriu, modalitatea de comitere a acestora. Prin folosirea acestei modalități de evidență este posibilă identificarea structurii infracționale după criteriul comportamentului criminal (ceea ce este specific, în special, pentru infracțiunile de trafic de ființe umane);

- d) cartoteca dactiloscopică;

- e) fototeca persoanelor. Pe lângă imaginea pe fo-

tografie în documentele de evidență se mai conțin și portretele compoziționale, precum și semnalmentele exterioare caracteristice infractorilor;

- f) cartoteca datelor referitoare la aspectul exterior al persoanei (*cartoteca „S”*). Aici sunt stocate datele expuse în baza metodei portretului vorbit. Ea conține circa 177 de indicatori, inclusiv sexul, naționalitatea, rasa, trăsăturile particulare etc.;

- g) cartoteca persoanelor dispărute fără de urmă și a cadavrelor neidentificate [19, p. 102-103].

Este interesant sistemul original de transmitere a informațiilor, în afara sistemului computerizat X-400 și anume cel al notițelor. Acestea sunt documente editate de Secretariatul general (de exemplu: Divizia de poliție, Subdivizia IV, Grupul notițe internaționale, difuzate tuturor Birourilor Centrale Naționale. Informațiile, deseori, sunt primite de Secretariatul General de la mai multe surse aflate în diferite țări, care sunt combinate și analizate la Lyon. De exemplu, datele de identitate și motivele urmăririi sunt furnizate de un birou solicitant, iar amprentele digitale, alte date de interes operativ și fotografia judiciară pot proveni de la alte birouri. În practică, sunt cinci tipuri de notițe, toate având în colțul dreapta sus un pătrat de diferite culori, în interiorul căruia se află emblema organizației [17, p. 44].

Notițe cu colț roșu – întocmite pentru arestarea și extrădarea unui infractor. Ele conțin toate datele necesare identificării unei persoane, fapta sau faptele comise ce fac obiectul urmăririi, încadrarea juridică din Codul penal, numărul și data mandatului de arestare sau de executare a pedepsei penale, numele celui care l-a emis (procurorul sau respectiv judecătorul), fotografia, amprentele digitale, precum și numele și adresa Biroului Central Național solicitator.

Notițe cu colț roșu – întocmite pentru infractorii care nu sunt urmăriți pentru arestare, dar cu antecedente penale importante, recediviștii, ale căror metode trebuie cunoscute de poliție pentru a-i avea în atenție în timpul șederii lor pe teritoriul țării respective.

Notițe cu colț albastru – întocmite pentru obținerea de informații despre o persoană. Ele se folosesc mai des pentru a afla locul de sejur al unui infractor.

Notițe cu colț galben – întocmite pentru semnalaarea persoanelor dispărute. Ele sunt folosite mai ales în cazul minorilor, cu scopul de a fi descoperiți și redați familiei.

Notițe cu colț negru – întocmite pentru cadavrele neidentificate.

Alte tipuri de notițe sunt folosite în cazul modurilor de operare deosebite, folosite de infractori pentru atingerea scopurilor lor („*Modus operandi*”).

Divizia de informații judiciare și de legătură (Divizia II de poliție) primește informații despre

infracțiuni, infractori, mijloace și metode folosite de ei și alte date operative pe care le analizează și atunci când se dovedesc că sunt utile serviciilor operative ale polițiilor afiliate, le difuzează BNC-urilor interesate și apoi le introduce în fișiere corespunzătoare [17, p. 44-46].

Drept temei pentru declanșarea urmăririi internaționale a unei persoane la inițiativa organelor de drept ale Republicii Moldova servește mesajul acestor organe, conform formei stabilite în adresa BNC Interpol. În mesaj este necesar să fie indicată informația obiectivă și deplină despre evenimente, fapte, persoanele căutate, cu indicarea orașelor străine, a altor denumiri geografice și adrese concrete. Totodată, în caz de urmărire a bănuțului, acuzatului sau condamnatului ce se ascunde peste hotare, în mesaj se reflectă următoarele:

- numărul dosarului penal, data intentării și denumirea organului de urmărire penală, expunerea succintă a faptei comise de persoana pusă sub învinuire, calificarea acțiunilor conform Codului penal, cu indicarea sancțiunii normei incriminate;

- oportunitatea, după stabilirea persoanei urmărite, instituirii controlului asupra deplasării lui (în acest caz, de la partenerii străini poate fi primită „informația de semnal” despre plecarea acestei persoane peste hotarele țării);

- necesitatea reținerii persoanei urmărite și a extrădării ei ulterioare [5, p. 391].

De asemenea, cu ajutorul sistemului internațional de urmărire din cadrul Interpol-ului, subdiviziunile organelor de drept au posibilitatea:

- de a primi informații despre locul de aflare în țările străine și ocupațiile persoanelor în urmărire, suspectate în comiterea infracțiunilor, precum și a acuzațiilor și condamnațiilor ce se eschivează de la răspunderea penală sau ispășirea pedepsei;

- de a stabili locul persoanei ce a trecut frontiera sau a persoanei dispărute;

- de a identifica persoana aflată în urmărire;

- de a stabili controlul asupra activității și deplasării persoanelor ce se ascund de organele de drept peste hotare [5, p. 391].

Informații necesare pentru investigarea faptelor de trafic de ființe umane putem identifica și în conținutul evidențelor operativ-informative și criminalistice ale Europolului, precum și în cadrul evidențelor interstatuale, puse la punct de organele de drept ale statelor CSI conform acordurilor încheiate în acest sens.

Europol reprezintă o instituție supranațională creată pe baza unor acorduri interguvernamentale. Înainte de ratificarea instrumentelor europene privind Europol, a existat un precursor al acestuia, respectiv, *Unitatea de Droguri Europol* (EDU), care a funcționat

la Haga, formată din ofițeri de legătură ai statelor membre și care aveau acces direct la investigarea datelor personale și a cazurilor legate de droguri. În urma unor acțiuni comune ale statelor-membre, la 10 martie 1995 s-a extins aria de competență a EDU cu privire la traficul ilegal cu substanțe radioactive și nucleare, a traficului ilegal cu imigranți și a furturilor de vehicule [2, p. 352-353].

Astfel, constatăm că Europolul a fost înființat prin Convenția Europol din anul 1995, care a fost abrogată de Decizia Consiliului Uniunii Europene 2009/371/JHA din 6 aprilie 2009 [8] privind instituirea Oficiului European de Poliție. Competența Europolului vizează investigarea infracțiunilor din domeniul crimei organizate, prezentate într-o anexă din Decizia 2009/371/JHA, în care se regăsesc și infracțiunile referitoare la traficul de ființe umane.

Conform prevederilor art. 3 din Decizia 2009/371/JHA, „obiectivul Europolului constă în sprijinirea și consolidarea activității autorităților competente ale statelor-membre și a cooperării reciproce a acestora în vederea prevenirii și combaterii criminalității organizate, a terorismului și a altor forme grave de criminalitate care afectează două sau mai multe state-membre”.

Fiecare stat-membru al Uniunii Europene desemnează o unitate națională condusă de către un oficial din fiecare stat-membru. Unitatea națională reprezintă singurul organism de legătură dintre Europol și autoritățile competente din statele-membre. Statele-membre pot permite contacte directe între autoritățile desemnate competente și Europol. Fiecare unitate națională ar trebui să aibă cel puțin un ofițer de legătură la Europol. Europolul utilizează un sistem informatic securizat de prelucrare a datelor cu caracter personal care este foarte util în domeniul combaterii infracțiunilor grave [12, p. 163].

Europol are ca atribuții facilitarea schimbului de informații între statele-membre prin culegerea și analizarea informațiilor și, transmițând autorităților competente din statele-membre, fără întârziere, prin unitățile naționale de profil datele necesare în ceea ce le privește, ajută astfel cercetările din aceste state.

Un sistem de informații conține datele persoanelor care au comis acte transmise în competența Europol sau care au luat parte la săvârșirea acestor fapte în statele-membre. Datele deținute de Europol în scop de analiză sunt cuprinse în alte fișiere. Aceste date cuprind informații cu privire la persoanele care au avut statut de martori sau victime potențiale sau reale ale infracțiunilor [2, p. 352-353].

Europolul este organul de urmărire penală a Uniunii Europene care se ocupă de domeniul criminalității. Misiunea sa este de a îmbunătăți eficiența și coopera-

rea dintre autoritățile competente ale statelor-membre în prevenirea și combaterea formelor grave ale criminalității organizate internațional. Misiunea Europolului este aducerea unei importante contribuții la măsurile de urmărire penală ale Uniunii Europene împotriva criminalității organizate.

În anul 1998, Europolului i-au fost atribuite și alte direcții de activitate: obținerea și analiza informațiilor, informarea țărilor-membre despre pregătirea unor crime, stabilirea unei rețele de comunicare în scopul schimbului de informații de ordin criminal etc.

În baza hotărârii Consiliului din 6 decembrie 2001, domeniul de activitate al Europolului a fost extins, începând cu 1 ianuarie 2002, pe alte forme grave ale criminalității internaționale, cum ar fi: delicta împotriva mediului, tâlhăria organizată, comerț ilicit cu bunuri culturale, traficul de ființe umane etc. [11, p. 366].

În contextul celor expuse, susținem opinia că autoritățile abilitate ar trebui să continue să coopereze pentru a consolida lupta împotriva fenomenului în cauză. În această privință, este esențială cooperarea strânsă dintre state, inclusiv prin schimbul de informații și de bune practici, precum și printr-un dialog permanent deschis între organele polițienești, judiciare și financiare din diferite state [16, p. 13].

De asemenea, trecem în revistă și faptul că, la momentul de față, cel mai important instrument juridic în domeniul combaterii traficului de persoane la nivelul Uniunii Europene este Directiva 2011/36/UE a Parlamentului European și a Consiliului Uniunii Europene din 5 aprilie 2011 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane [10].

Concluzii: În vederea prevenirii și combaterii eficiente a infracțiunilor de trafic de ființe umane este necesar ca statele-membre să întreprindă acțiuni de prevenire, urmărire și persecutare a fenomenului, asigurând protecția și susținerea victimelor traficului în baza actelor normative la nivel național și internațional. La investigarea infracțiunilor privind traficul transnațional de ființe umane, sub aspectul interacțiunii procesuale, o importanță deosebită o are colaborarea internațională a organelor de drept. Este esențială și cooperarea strânsă dintre state, inclusiv prin schimbul de informații și de bune practici, precum și printr-un dialog permanent deschis între organele polițienești, judiciare și financiare din diferite state.

Susținem, de asemenea, că între state pot fi încheiate și alte acorduri privind colaborarea și asistența judiciară reciprocă, care ar stabili un nivel mai înalt al integrării în materie penală și ar materializa forme mai perfecte ale colaborării internaționale. În particular, Convenția de la Palermo pune temelia pentru înche-

ierea unor acorduri care ar prevedea posibilitatea creării grupelor internaționale de anchetă, ceea ce este, destul de actual pentru starea de lucruri existentă la momentul de față, deoarece anume grupările criminale transnaționale desfășoară o activitate infracțională, legată de crearea „rețelelor” internaționale pentru traficul de ființe umane.

La organizarea și aranjarea colaborării internaționale se recomandă a folosi posibilitățile și oportunitățile diferitor organizații polițienești internaționale, cum ar fi, în primul rând, *Interpolul* și *Europolul*. Cele mai importante și prioritare direcții pentru descoperirea și investigarea faptelor de trafic de ființe umane, desfășurate pe segmentul colaborării organelor de drept cu *Interpolul* și *Europolul* sunt: anunțarea în căutare internațională a victimelor pierdute fără urmă și a învinuților; coordonarea operațiunilor polițienești comune; adresarea solicitărilor privind efectuarea anumitor acțiuni de urmărire penală sau măsuri speciale de investigații; adresarea solicitărilor referitoare la obținerea informațiilor, păstrate în cadrul structurilor ce dețin evidențe operative-informative, de urmărire, de expertiză criminalistică etc.

Bibliografie

1. Apolschi L. Prevenirea și conștientizarea fenomenului traficului de ființe umane. Materialele Conferinței științifico-practice internaționale din 23-24 aprilie 2004 cu genericul „Probleme de prevenire și combatere a delicvenței juvenile, traficului de ființe umane și migrațiunii ilegale”. Chișinău, 2004.
2. Belecciu Șt., Denisenco L. Problema prevenirii și combaterii criminalității internaționale în cadrul Uniunii Europene. Materialele Conferinței științifico-practice internaționale din 18-19 aprilie 2003 „Criminalitatea în Republica Moldova: starea actuală, tendințele, măsurile de prevenire și combatere”. Chișinău, 2003.
3. Boeșteanu C. Reglementări de drept comparat în combaterea traficului de ființe umane. Materialele Conferinței științifico-practice internaționale din 23-24 aprilie 2004 cu genericul „Probleme de prevenire și combatere a delicvenței juvenile, traficului de ființe umane și migrațiunii ilegale”. Chișinău, 2004.
4. Botnari V. Organele afacerilor interne ale Republicii Moldova în activitatea de prevenire și combatere a criminalității juvenile, traficului de ființe umane și migrațiunii ilegale. Materialele Conferinței științifico-practice internaționale din 23-24 aprilie 2004 cu genericul „Probleme de prevenire și combatere a delicvenței juvenile, traficului de ființe umane și migrațiunii ilegale”. Chișinău, 2004.
5. Clefos A. Urmărirea internațională prin BNC Interpol a învinuților și inculpaților. Materialele Conferinței științifico-practice internaționale din 18-19 aprilie 2003

„Criminalitatea în Republica Moldova: starea actuală, tendințele, măsurile de prevenire și de combatere”. Chișinău, 2003.

6. Convenția CSI de la Minsk, privind asistența juridică și raporturile de drept în procesele civile, familiale și penale. Ratificată de Parlamentul RM la 16 martie 1995, în vigoare de la 26 martie 1996. În: *Tratate internaționale*, 1999, vol. 16, p. 262.

7. Convenția ONU împotriva criminalității transnaționale organizate. Semnată la Palermo la 9 decembrie 2000. În vigoare pentru Republica Moldova din 16 octombrie 2005. Publicată în: *Tratate internaționale*, 2006, vol. 35, p. 333.

8. Decizia Consiliului Uniunii Europene 2009/371/JHA din 6 aprilie 2009 privind instituirea Oficiului European de Poliție (Europol), publicată în JOUE L 121 din 15 mai 2009.

9. Declarația Universală a Drepturilor Omului. Rezoluția Adunării Generale a ONU nr. 217 A (III) din 10.12.1948. În: *Tratate internaționale*. Vol. I. Chișinău, 2001. p. 11-18.

10. Directiva 2011/36/UE a Parlamentului European și a Consiliului Uniunii Europene din 5 aprilie 2011 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane. Publicată în JOUE L 101/1 din 15 aprilie 2011.

11. Gîrlea R. Relațiile Interpolului cu organizațiile internaționale. Materialele Conferinței științifico-practice internaționale din 18-19 aprilie 2003 „Criminalitatea în Republica Moldova: starea actuală, tendințele, măsurile de prevenire și de combatere”. Chișinău, 2003.

12. Moise A. C., Stancu Em. *Criminalistica. de investigație a infracțiunilor*. Editura Universul Juridic. București, 2017.

13. Protocolul privind prevenirea, reprimarea și pedepsirea traficului de persoane, în special a femeilor și copiilor, din 15.11.2000. Ratificat prin Legea nr. 17-XV din 17.02.2005. Monitorul Oficial al RM, nr. 36-38/126 din 04.03.2005.

14. Protocolul privind traficul ilegal de migranți pe cale terestră, a aerului și pe mare, din 15.11.2000. Ratificat prin Legea nr. 17-XV din 17.02.2005. Monitorul Oficial al RM, nr. 36-38/126 din 04.03.2005.

15. Starasciuc R. Cooperarea polițienească internațională – o metodă de ridicare a nivelului de pre-

gătire profesională a colaboratorilor MAI. Materialele Conferinței științifico-practice internaționale din 21-22 decembrie 2002 „Perfecționarea continuă a cadrelor din organele afacerilor interne și optimizarea procesului de instruire profesională”. Ed. Știința. Chișinău, 2003.

16. Ștefăroaia M. Reglementarea răspunderii pentru infracțiunile privind traficul de persoane în dreptul comparat. Material didactico-științific. CEP USM. Chișinău, 2012.

17. Troneci V. Interpol – poliție fără frontiere. Editura Tehnică. București, 2001.

18. Țical G. Aspecte privind incriminarea traficului de persoane în România. Materialele Conferinței științifico-practice internaționale din 23-24 aprilie 2004 cu genericul „Probleme de prevenire și combatere a delincvenței juvenile, traficului de ființe umane și migrației ilegale”. Chișinău, 2004.

19. Корниенко Н. А. Российские и международные криминалистические учеты. Юридический Центр Пресс. СПб, 2004.

20. Смирнов Г. К. Методика расследования торговли людьми. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2008.

INFORMAȚIA DESPRE AUTOR.

Vitalie JITARIUC
Doctorand, lector-universitar, Facultatea de Drept și
Administrație publică,
Universitatea de Stat „B. P. Hașdeu” din Cahul
e-mail: vjitariuc@gmail.com.
tel: 062033033

INFORMATION ABOUT AUTHOR

Vitalie JITARIUC
Ph.D., university lecturer, Faculty of Law and Public
Administration,
Bogdan Petriceicu Hașdeu State University from
Cahul.
e-mail: vjitariuc@gmail.com.
tel: 062033033

PROBLEMELE CORELAȚIEI DINTRE FORMELE UNITĂȚII LEGALE ȘI PLURALITATEA DE INFRAȚIUNI

Ruslan MUZÎCANT,

doctorand, Academia „Ștefan cel Mare” a Ministerului Afacerilor Interne al Republicii Moldova

În vederea asigurării unei bune funcționalități a legii penale, etapa actuală de evoluție a dreptului penal este caracterizată prin tendința legiuitorilor de a reglementa pe cale normativă numeroasele instituții juridico-penale. Prezența anumitor vide și lacune legislative lasă loc unor interpretări arbitrare din partea organelor de aplicare a normelor de drept, atunci când acestea sunt puse în situația de a le traduce în viață după propria-i percepere.

Cuvinte-cheie: componența de infracțiune, legea penală, făptuitor, delimitarea corectă, calificarea activității infracționale.

THE PROBLEMS OF THE CORRELATION BETWEEN THE FORMS OF LEGAL UNITY AND THE PLURALITY OF INFRINGEMENTS

Ruslan MUZÎCANT,

PhD student, Academy „Ștefan cel Mare” of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Moldova

Plurality of crime, along with crime unit, are part of institutions of criminal law requiring a correlative approach, in the tracing of certain criteria fixed and separators, so that criminal law be applied in strict consonance with the principle of legality and strict reporting the legislature's intention materialized in the regulation. At the same time, a comparative examination of institutions resolve various problems mentioned theoretical and practical nuances, providing solutions across the street from the consequences of establishing criminal liability of the perpetrator, depending on the actions of identifying a plurality of units or criminal.

Keywords: the composition of the offense, criminal law, offender, the correct delimitation, qualification of criminal activity.

Introducere. Pluralitatea de infracțiuni, pe lângă unitatea infracțională, face parte din categoria instituțiilor dreptului penal ce necesită o abordare corelativă, în vederea trasării unor criterii fixe și certe delimitative, astfel încât legea penală să fie aplicată în strictă consonanță cu principiul legalității și cu raportare strictă la voința legiuitorului materializată în cadrul normativ. În același timp, examinarea comparativă a instituțiilor amintite permite soluționarea diferitelor probleme cu nuanțe teoretico-practice, oferind soluții vizavi de stabilirea consecințelor răspunderii penale a făptuitorului, în funcție de identificarea în acțiunile acestuia a unei pluralități sau a unei unități infracționale. Practica judiciară ne demonstrează că caracterizarea unei activități infracționale ca o pluralitate sau ca o unitate legală de infracțiune întâmpină de multe ori dificultăți, fiindcă deseori acțiunea, care constituie elementul material (obiectiv) în conținutul infracțiunii, se realizează nu printr-o singură acțiune sau inacțiune, ci prin mai multe acțiuni (inacțiuni).

Gradul de investigare a problemei la momentul actual, scopul cercetării. Obiectivul cercetării, după cum reiese din însuși titlul articolului științific, rezultă în elucidarea problemelor existente între formele unității legale și pluralității de infracțiuni.

Metode aplicate și materiale utilizate. Baza metodologică a investigațiilor include: metoda istorică, metoda sistematică, metoda comparativă, metoda logică, precum și alte metode științifice generale. În procesul investigării științifice au fost analizate lucrări ale doctrinarilor juriști și profesioniști atât din Republica-Moldova, cât și de peste hotare.

Conținut de bază. De multe ori, în pofida existenței unei pluralități de acte materiale, datorită legăturii indisolubile (de ordin obiectiv și subiectiv) ce există între acțiunile sau inacțiunile prin care s-a realizat conținutul infracțiunii, poate fi identificată o singură infracțiune și nu o pluralitate de infracțiuni. În accepțiunea autorului C. Bulai, problema unității sau pluralității de infracțiuni nu se pune în legătură cu orice complex de acte sau activități, ci numai cu privire la acela la care, între actele și activitățile care îl alcătuiesc, există o legătură anumită, din care decurg consecințele juridice și anume o legătură personală (in personam), constând în faptul că cele două sau mai multe acțiuni sau acte sunt săvârșite de aceeași sau de aceleași persoane [1, p.467].

Delimitarea corectă a pluralității de infracțiuni de unitatea infracțională are relevanță pentru identificarea instituției infracțiuni în limitele normativului penal, fundamentând o încadrare juridică corectă a activității-

lor infracționale, mai ales a celor cu caracter complex. După cum se afirmă, pe drept cuvânt, în doctrina de referință, importanța unei diferențieri precise a unității de infracțiune de pluralitatea de infracțiuni reiese din faptul că stabilirea în mod greșit a trăsăturilor ce caracterizează unitatea de infracțiune poate duce la considerarea unei activități infracționale unice drept o pluralitate de infracțiuni sau viceversa [2, p. 253].

Interesul distincției dintre unitate și pluralitate de infracțiuni este evident și pentru aceea că de numărul faptelor penale existente într-o activitate complexă ori într-un complex de activități depinde numărul de raporturi conflictuale de drept penal ce trebuie să fie soluționate [1, p. 467].

În același timp, delimitarea dintre instituțiile menționate este importantă pentru aplicarea corectă și a altor instituții juridice, cum ar fi: pedeapsa, actele de clemență, aplicarea legii penale mai favorabile, soluționarea conflictelor de legi în timp și spațiu, cauzele care înlătură caracterul penal al faptei sau răspunderea penală a făptuitorului, curgerea termenului de prescripție sau de decădere etc. În doctrina penală, conform tradiției clasice, s-a statuat că principalul criteriu în baza căruia poate fi delimitată pluralitatea de unitatea infracțională de formele pluralității de infracțiuni este reprezentat de conținutul infracțiunii [3, p. 598; 4, p. 325; 5, p. 241; 1, p. 466] sau componența de infracțiune [6, p. 235].

În acest sens autorul C. Bulai afirmă că există unitate de infracțiune atunci când în activitatea desfășurată de o persoană se identifică conținutul unei singure infracțiuni și că există pluralitate de infracțiuni atunci când în acea activitate identificăm conținuturile a două sau mai multe infracțiuni [1, p. 466].

De pe aceleași poziții autorul A. Borodac afirmă că există o unitate de infracțiune atunci când în activitatea desfășurată de o persoană sau de un grup de persoane identificăm componența unei singure infracțiuni; există o pluralitate de infracțiuni atunci când în acea activitate identificăm componențele a două sau a mai multor infracțiuni, cu condiția ca acestea să nu formeze o concurență a normelor juridico-penale [7, p. 211-212].

În linii generale, conținutul de infracțiune (componența de infracțiune), în calitate de entitate distinctivă dintre formele pluralității de infracțiuni și cele ale unității infracționale, se întemeiază pe diferențierea dintre realizarea unui singur conținut de infracțiune, o singură dată, pe de o parte (unitate infracțională), și realizarea aceluiași conținut de infracțiune de mai multe ori sau realizarea mai multor conținuturi diferite de infracțiune, pe de altă parte (pluralitate de infracțiuni). Din acest punct de vedere, dacă o persoană realizează un conținut de infracțiune, în totalitatea elementelor sale, o singură dată, ne găsim în fața unei unități infracționale. Dacă o persoană, prin manifestările sale exterioare,

realizează fie conținutul aceleiași infracțiuni de două sau de mai multe ori – de fiecare dată în totalitatea elementelor sale componente, ori conținuturile a două sau a mai multor infracțiuni diferite, ne găsim, în principiu, în fața unei pluralități de infracțiuni. Unii autori din doctrină sunt adepții ideii potrivit căreia utilizarea unui criteriu fix de delimitare nu este suficient pentru a distinge între unitatea și pluralitatea de infracțiune, din cauza multiplelor elemente cu caracter unificator [8, p. 19].

În acest sens, autorul D. Pavel menționează că doar prin analiza fiecăreia din formele de unitate infracțională, cu toate caracterele sale specifice, se pot desprinde acele acte multiple cu aspect constant și general, care, caracterizând fiecare din formele de unitate infracțională, pot să determine specificitatea elementelor distinctive între aceste forme și cele ale pluralității de infracțiuni [9, p. 25].

Toate cazurile în care, în conținutul unor infracțiuni, se conturează asemenea forme de multiplicitate internă, trebuie să determinăm elementul unificator specific, acela care imprimă conținutului faptic caracter de unitate infracțională, diferențiindu-l implicit de pluralitatea de infracțiuni [10, p. 18-19].

Se mai susține că delimitarea unor infracțiuni unice de diferite forme ale pluralității „... determină necesitatea cunoașterii diverselor manifestări, forme ale infracțiunii unice și specificului lor”; o singură infracțiune, prin natura ei, se realizează prin mai multe acte criminale sau produc câteva rezultate prejudiciabile, ceea ce ne poate induce în eroare cu privire la unitatea sau pluralitatea faptelor penale comise. În unele cazuri însă, însuși legiuitorul „face mai dificilă” determinarea soluției corecte prin faptul că reunește în cadrul unei infracțiuni elementele constitutive ale altor componențe de infracțiune [11, p. 280].

Într-o lucrare mai recentă, luând drept punct de reper tezele expuse supra, se concluzionează că delimitarea pluralității de infracțiuni de unitatea infracțională urmează a fi făcută în baza a unui criteriu principal și a altuia subsidiar. Criteriul principal este reprezentat de conținutul infracțiunii, potrivit căruia dacă în activitatea infracțională desfășurată de subiect se identifică un conținut de infracțiune ne aflăm în prezența unei unități infracționale și, invers, dacă în activitatea acestuia sunt prezente două conținuturi infracționale, se va identifica o pluralitate de fapte infracționale.

Criteriul secundar este reprezentat de particularitățile care caracterizează diferitele forme ale unității infracționale, determinate de elementul unificator care face posibilă delimitarea dintre infracțiunea unică și pluralitatea infracțională [12, p. 14].

Avem rezerve față de cel de al doilea criteriu cu caracter adițional evidențiat de către autorul C. Talos.

În legătură cu aceasta trebuie menționat că trăsăturile ce particularizează un anumit tip de unitate legală infracțională nu pot exista în afara conținutului normativ al infracțiunii. Chiar dacă elementul unificator rezultă din materialitatea actului, acesta urmează a fi regăsit în elementele și subelementele ce configurează conținutul normativ al faptei. Prin urmare, trăsăturile specifice ce caracterizează formele unității legale de infracțiune nu pot exista ca entități distincte ale fizionomiei juridice a conținutului infracțiunii descris de către legiuitor în norma penală. De altfel, unitatea legală, comparativ cu cea naturală, nu este asigurată de factori externi normei de incriminare, ci de factorii interni acesteia, care sunt descriși direct sau derivă implicit din norma penală. Un element definitoriu, prin prisma căruia poate fi făcută delimitarea dintre unitatea legală și pluralitatea de infracțiuni, este consacrat în noțiunea generică a infracțiunii unice prevăzută în art.28 C.pen. al Republicii Moldova, potrivit căruia: „Infracțiunea unică reprezintă o acțiune (inacțiune) sau un sistem de acțiuni (inacțiuni) care se califică conform dispoziției unei singure norme a legii penale” [13].

În textul de lege se pune accent pe posibilitatea calificării activității infracționale, mai ales a celei constituite din două sau mai multe acțiuni (inacțiuni), în baza unei singure dispoziții de incriminare prevăzute în partea specială a C.pen. Prin urmare, la diferențierea unității legale de pluralitatea de infracțiune, urmează a fi evaluată măsura în care norma de incriminare poate sau nu să încorporeze în sine conținutul unei singure componente de infracțiune. Astfel, dacă acțiunea sau sistemul de acțiuni cad sub incidența unei singure norme de incriminare, formând un singur conținut de infracțiune, vom avea de față o infracțiune unică și viceversa, dacă acțiunii sau setului de acțiuni îi sunt incidente două sau mai multe norme de incriminare, va putea fi identificată o pluralitate de infracțiuni.

Concluzii. Prin prisma celor prezentate, putem conchide că baza sau criteriul de evaluare în vederea stabilirii unității sau pluralității de infracțiuni îl constituie conținutul infracțiunii și susceptibilitatea normei de a cuprinde integral acest conținut într-o singură dispoziție de incriminare. Prin urmare, doar atunci când obiectul evaluării, adică ansamblul de acte (acțiuni sau inacțiuni) comise de către făptuitor se integrează total în tiparul juridic al unei norme de incriminare ce descrie un conținut de infracțiune, putem identifica o unitate legală de infracțiune. Bineînțeles că la baza comprimării unui mănunchi de acțiuni sau inacțiuni într-o singură normă se situează tehnica juridică utilizată de către legiuitor la descrierea activității infracționale. Bineînțeles că tehnica legislativă utilizată la descrierea în legea penală a diferitor forme de unitate infracțională depinde într-o mare măsură de esența și particularități-

le acestora. De exemplu, în cazul infracțiunii descrise la art.171 alin.(1) lit. a) C.pen. al Republicii Moldova, violul comis de către o persoană care anterior a mai comis un viol prevăzut de alin.(1), două sau mai multe fapte de viol identice sunt absorbite de către legiuitor în cadrul unei unități legale de infracțiune, denumită infracțiune repetată.

Prin urmare, reieșind din dispoziția definitorie consacrată la art.28 C.pen., baza de evaluare o constituie norma de incriminare (art.171 alin.(1) lit. a) C.pen.) susceptibilă a comprima în sine, în baza voinței legiuitorului, două fapte distincte în interiorul unui conținut de infracțiune.

Referințe bibliografice

1. Bulai C., Manual de drept penal. Partea generală, Ed. ALL EDUCAȚIONAL S.A., București, 1997.
2. Dongoroz V., Kahane S., Oancea I., Fodor I., Iliescu N., Bulai C., Stănoiu R., Explicații teoretice ale codului penal român, Partea generală, vol.I, Ediția a II-a, Ed. Academiei Române și ALL BECK, București, 2003.
3. Pot T., Drept penal comparat. Partea generală, vol. II, Cluj, 1923.
4. Dongoroz V., Drept penal, București, 1939.
5. Biro L., Basarab M., Curs de drept penal, Partea generală, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1963.
6. Borodac A. și col., Manual de drept penal. Partea generală, Ed. Tipografia Centrală, 2005.
7. Borodac A., Gherman M., Calificarea infracțiunilor, Ed. „Tipografia Centrală”, Chișinău, 2006.
8. Antoniu G., „Unitatea de infracțiune. Contribuții”, în Revista de drept penal, anul V, nr.3, Iulie-Septembrie, 1998.
9. Pavel D., „Caractere specifice ale formelor de unitate infracțională”, în Revista română de drept, nr. 10/1980.
10. Papandopol V., Pavel D., Formele unității infracționale în dreptul penal român, Casa de Editură și Presă „Șansa” SRL, București, 1992.
11. Botnaru S., Șavga A., Grosu V., Grama M., Drept penal. Partea generală, vol. I, Chișinău, Cartier juridic, 2005.
12. Taloș C., Pluralitatea de infracțiuni, Autoreferat al tezei de doctor în drept, Chișinău, 2010.
13. Codul Penal al Republicii Moldova, Publicat: 14.04.2009 în Monitorul Oficial Nr. 72-74 art Nr.:195.

INFORMAȚII DESPRE AUTOR:

Ruslan MUȚICANT,
doctorand, Academia „Ștefan cel Mare” a MAI al RM,
email: r.muzicant@mail.ru.

INFORMATIONS SUR L'AUTEUR:

Ruslan MUȚICANT,
doctorant, Académie „Ștefan cel Mare”, du Ministère de l'Intérieur de la République Moldova,
email: r.muzicant@mail.ru.

CZU 343.357

ELEMENTE DE DREPT PENAL COMPARAT PRIVIND INFRAȚIUNEA DE EXCES DE PUTERE SAU DEPĂȘIRE A ATRIBUȚIILOR DE SERVICIU

Vladimir PUICA,
Doctorand, Academia „Ștefan cel Mare”

Articolul este consacrat componenței excesului de putere, unor aspecte ale răspunderii pentru această infracțiune, precum și analizei comparative a excesului de putere sau depășirii atribuțiilor de serviciu. În plus, se atrage atenția asupra unor neajunsuri ale formulării articolului 328 din Codul penal, care prevede răspunderea pentru excesul de putere.

Cuvinte-cheie: atribuții de serviciu, uzurparea atribuțiilor de serviciu, infracțiuni de corupție, depășire a atribuțiilor de serviciu, abuzul de putere, componența de infracțiune, Cod penal, Republica Moldova.

ELEMENTS OF COMPARED CRIMINAL LAW CONCERNING THE CRIME OF EXCESS OF POWER OR OVERRIDING OF THE DUTIES

Vladimir PUICA,
Phdstudent, „Ștefan cel Mare” Academy

The article deals with the composition of abuse of power, some aspects of responsibility for the crime, as well as a comparative analysis of power and abuse of authority. In addition, attention is drawn to some design flaws of article 328 of the criminal code, providing for liability for abuse of office.

Keywords: official powers, appropriation of powers, corruption crimes, excess of powers, abuse of powers, crime structure, Criminal Code, Republic of Moldova.

Introducere. Pentru perfecționarea normelor care reglementează răspunderea penală pentru excesul de putere sau depășirea atribuțiilor de serviciu în Republica Moldova este necesar de luat în considerație experiența și tendințele aplicării acestor norme în țările de peste hotare.

Analiza legislației penale a țărilor străine permite, în primul rând, de a releva particularitățile reglementării legislative a componenței infracțiunii de exces de putere sau depășire a atribuțiilor de serviciu în țările date, iar, în al doilea rând, de a aprecia posibilitatea împrumutării acestora pentru legislația penală autohtonă.

Experiența străină a reglementării excesului de putere sau depășirii atribuțiilor de serviciu permite de a înțelege mai bine importanța socială a acestei norme. Studiarea acestei experiențe deschide noi orizonturi, condiționează o cunoaștere mai bună a legislației proprii, deoarece trăsăturile specifice ale dreptului se evidențiază în cadrul analizei comparative cu alte sisteme.

În cadrul investigării legislației penale a țărilor străine este rațional de evidențiat două grupuri de state: țările foste membre ale URSS (Republica Azerbaidjan, Republica Kirghiză, Republica Tajikistan, Federația Rusă, Republica Letonă, Republica Lituania, Republica Estonia, Ucraina, Republica Kazakhstan, Republica Belarusă, Republica Uzbekistan) și statele evolute ale lumii (Australia, Bulgaria, China, Danemarca, Elveția, Japonia, Polonia, SUA).

Metode și materiale aplicate. În limitele de studiu al acestui articol, în calitate de metodă de cercetare principală a fost utilizată metoda comparativă de studiere a infracțiunii de exces de putere sau depășire a atribuțiilor de serviciu. În afară de metoda comparativă au mai fost utilizate o serie de metode cum ar fi: metoda analizei logice, interpretării logice, clasificării etc.

Conținut de bază. Analiza legislației penale ale statelor evolute ale lumii demonstrează că, în general, obiectul infracțiunilor de serviciu și, în particular, al excesului de putere (depășirii atribuțiilor de serviciu) îl constituie activitatea normală a organelor puterii de stat, organelor de autoadministrare locală, interesele de serviciu. Astfel se evidențiază o asemănare în acest aspect cu abordarea faptei date de către legiuitorul Republicii Moldova. Cea mai evidentă diferență se atestă în poziția legiuitorilor străini referitoare la criminalizarea excesului de putere, inclusiv în reglementarea semnelor subiective și obiective. Criteriul menționat permite să divizăm condiționat aceste state încă în două subgrupuri: cele în care excesul de putere este criminalizat (Polonia, Bulgaria) și cele în legislația penală a cărora nu se conțin indicații directe referitoare la excesul de putere (toate celelalte).

Codul penal al Poloniei nu conține o componență distinctă a excesului de putere, însă depășirea atribuțiilor de serviciu este totuși menționată în §1 art. 231: „Persoana publică care depășindu-și atribuțiile sau neexecutându-și obligațiile sale acționează în dauna inte-

reselor publice sau private se pedepsește cu privațiune de libertate de la 1 an la 10 ani” [8].

În opinia noastră, această componență este formulată nereușit din punct de vedere al tehnicii legislative și al principiului diferențierii răspunderii penale. În primul rând, în aceeași dispoziție sunt incriminate și depășirea atribuțiilor de serviciu, și neglijența de serviciu, prin urmare aceste fapte apreciindu-se ca posedând același grad prejudiciabil, ceea ce, considerăm noi, este discutabil: acțiunea care depășește împuternicirile persoanei publice nu poate avea același grad prejudiciabil ca și inacțiunea, deoarece inacțiunea în cazul echivalenței tuturor celorlalte circumstanțe, întotdeauna are un grad prejudiciabil mai mic. În al doilea rând, nu sunt evidențiate semnele depășirii atribuțiilor de serviciu, nu sunt indicate acțiunile prejudiciabile care o formează. Nu conține Codul penal al Poloniei nici componența infracțiunii de abuz de serviciu, lăsând în afara aprecierii juridice un șir de fapte prejudiciabile, care, astfel, nu nimeresc în categoria celor pasibile de pedeapsă penală, de exemplu, atunci când persoana publică își utilizează atribuțiile în dauna intereselor publice sau private, fără a depăși limitele lor. În calitate de semne adăugătoare sunt indicate scopul de a obține un profit material sau personal (§ 2 art. 231), acțiunea neintenționată și dauna esențială (§ 3). Însă aceste semne nu înăspresc pedeapsa, ci dimpotrivă, dacă depășirea atribuțiilor a avut un caracter neintenționat, cauzând o daună esențială, pedeapsa privativă de libertate nu poate depăși doi ani. Nu este clară logica legiuitorului referitoare la construirea componenței agravate a excesului de putere, deoarece depășirea atribuțiilor de serviciu comisă cu scopul obținerii unui profit material sau personal (§ 2 art. 231) nu atrage sporirea răspunderii penale a persoanei publice. În circumstanțele date este dificil de vorbit despre realizarea de către legiuitorul polonez a principiului diferențierii răspunderii penale, întrucât funcția de bază a semnelor calificative – diferențierea răspunderii prin intermediul stabilirii unor noi limite ale pedepsei penale datorită modificării considerabile a gradului prejudiciabil – nu-și găsește aici realizarea. O deosebire esențială de prevederile codului penal al Republicii Moldova îl constituie și faptul că săvârșirea depășirii atribuțiilor de serviciu, conform legislației penale, poloneze este posibilă atât cu vinovăție intenționată, cât și cu vinovăție imprudentă (§ 3 art. 231). Doctrina penală și practica judiciară a Republicii Moldova nu acceptă o astfel de poziție.

Art. 282 al Codului penal al Bulgariei, care conține dispoziții legale referitoare la depășirea atribuțiilor de serviciu, este apropiat ca conținut art. 231 al Codului penal al Poloniei. Astfel, el tot nu dezvăluie semnele esențiale ale acestei infracțiuni: „Persoana publică care și-a încălcat sau nu și-a executat atribuțiile de serviciu

ori și-a depășit împuternicirile sau drepturile cu scopul de a căpăta pentru sine sau pentru alte persoane profituri materiale sau de a cauza prejudiciu altei persoane, dacă prin aceste acțiuni s-a creat posibilitatea survenirii unor consecințe prejudiciabile importante...” [7]. Spre deosebire de art. 231 al Codului penal al Poloniei componența de infracțiune nu este construită ca o componență formală, ci ca una de pericol, adică doar simpla comitere a acestor acțiuni nu este de ajuns pentru atragerea persoanei la răspundere penală. O normă specială referitoare la abuzul de serviciu în codul penal al Bulgariei la fel lipsește, însă spre deosebire de codul penal al Poloniei, art. 282 al codului penal al Bulgariei cuprinde un șir mai larg de fapte, incriminând nu două fapte, ci trei: excesul de putere, abuzul de putere și neglijența de serviciu. Fapta devine infracțiune doar în prezența scopului cupidant sau scopului cauzării prejudiciului și posibilității survenirii consecințelor prejudiciabile importante. Noțiunea unor astfel de consecințe în codul penal al Bulgariei nu se dezvăluie. În afară de aceasta, în calitate de circumstanțe agravante se mai indică „consecințele prejudiciabile considerabile” (alin. (2)) și „cazurile deosebit de grave” (alin. (3)), noțiunile cărora, la fel, nu sunt descrise. O astfel de multitudine de semne de evaluare, în opinia noastră, nu pot fi referite la virtuțile tehnicii legislative ale acestui cod penal, deoarece orșice categorii de evaluare trezesc multiple probleme și discuții în practica de aplicare a dreptului.

Astfel, stabilind răspunderea penală pentru depășirea atribuțiilor de serviciu, legiuitorii Poloniei și Bulgariei nu dezvăluie semnele esențiale ale faptei supuse investigației, nu menționează criteriile de delimitare ale excesului de putere de abuzul de serviciu, formulând componențele respective ori în cadrul unui singur articol (CP al Bulgariei), ori nu evidențiază abuzul de putere în calitate de faptă pasibilă de pedeapsă penală (CP al Poloniei).

Codurile penale ale țărilor din subgrupa a doua nu conțin indicații directe asupra excesului de putere. Astfel, în majoritatea codurilor penale ale acestor țări spre deosebire de Codul penal al Republicii Moldova, depășirea atribuțiilor de serviciu este absorbită de noțiunea mai largă a abuzului de serviciu.

Caracterizând descrierea legislativă a infracțiunilor de serviciu în legislația penală a țărilor străine din subgrupul dat este necesar de menționat că, în general, pot fi evidențiate doar anumite tendințe comune, neexistând anumite reguli stricte care să se realizeze în toate aceste țări. Totodată este vizibilă tendința legiuitorului de a nu aborda formal problematica infracțiunii și pedepsei. Astfel, Codul penal al Danemarcei conține o prevedere specială referitoare la încălcarea de serviciu neinfracțională: „Dacă în virtutea atribuțiilor de serviciu persoanei care a comis infracțiunea, sau în vir-

tutea caracterului funcției ei în legătură cu exercitarea de către ea a puterii publice în alte relații, sau în virtutea altor circumstanțe, fapta poate fi cercetată ca fiind lipsită de importanță, atunci nu trebuie să se aplice nicio pedeapsă” (art. 1 cap. 20 CP al Danemarcei).

Codul penal al Australiei nu menționează excesul de putere, stabilind răspunderea penală doar pentru abuzul utilizării titlului (statutului) de serviciu. În corespundere cu art. 142.2 drept abuz se recunosc acțiunile funcționarului public al Uniunii Australiene, când acesta: „(i) realizează orice influență, pe care o poate efectua persoana publică în calitate de funcționar public al Uniunii Australiene; sau (ii) participă în oricăre activitate în temeiul atribuțiilor de serviciu ale funcționarului public al Uniunii Australiene; sau (iii) utilizează oricăre informație, pe care o posedă în virtutea funcției sale...”[3]. Fapta se apreciază a fi infracțională dacă ea s-a comis intenționat în scopul obținerii unui profit ilicit (b (i)) sau pentru cauzarea unui prejudiciu ilicit altei persoane (b (ii)). Un avantaj al acestei norme, în opinia noastră, îl constituie indicația directă asupra intenției ca unica formă posibilă de vinovăție în cazul comiterii acestei infracțiuni. Totodată, analiza acțiunilor interzise prin art. 142.2 permite să concluzionăm despre lipsa în el a semnelor depășirii atribuțiilor de serviciu, deoarece în toate cazurile incriminate persoana acționează doar în limitele împuternicirilor acordate.

Codul penal al Danemarcei ca și Codul penal al Australiei conține indicații directe doar referitoare la abuzul de serviciu (§150, 155), însă spre deosebire de Codul penal al Australiei descrie cazurile particulare de exces de putere. Astfel, în corespundere cu § 131 (1) „, Orișice persoană ..., care fără a poseda împuterniciri publice comite acțiuni, pentru exercitarea cărora astfel de împuterniciri sunt necesare ..., se pedepsește cu amendă sau detențiune simplă ...”[4] Această normă, în opinia noastră, nu este lipsită de neajunsuri ale tehnicii construirii ei: în primul rând, nu sunt indicate semnele esențiale ale depășirii, ceea ce ne permite să concluzionăm despre pasibilitatea de pedeapsă a oricărei devieri de la această normă, în al doilea rând, este puțin probabil ca orișice persoană să fie recunoscută subiect al acestei infracțiuni, deoarece aceasta poate în genere să nu fie înzestrată cu careva împuterniciri publice, lucrând, de exemplu, într-o organizație comercială, în al treilea rând, nu sunt dezvăluite semnele laturii subiective ale infracțiunii, ceea ce, în opinia noastră, creează dificultăți în aplicarea acestei norme în practică. Un caz particular al depășirii atribuțiilor de serviciu, în opinia noastră, este descris și în § 147: „Dacă orișice persoană, în obligațiile căreia intră aplicarea forței coercitive a statului, în acest scop utilizează metode ilicite de obținere a recunoașterii sau a probelor ...”. Spre

deosebire de norma generală (§ 131 (1)), în § 147 este stabilit un cerc mai îngust de subiecți și mai concret sunt determinate acțiunile ilicite, care compun latura obiectivă. Ambele componente sunt formale, adică pentru recunoașterea infracțiunii ca fiind consumată nu se cere survenirea consecințelor. În pofida existenței și a unei norme generale, și a unei norme speciale, care stabilește răspunderea penală pentru cazuri particulare de exces de putere, Codul penal al Danemarcei nu incriminează toate acțiunile care sunt apreciate ca infracțiuni conform art. 328 CP RM, deoarece norma generală nu cuprinde acțiunile pe care nicio persoană nu este în drept să le săvârșească, iar norma specială cuprinde doar o parte a acțiunilor menționate, având efecte doar asupra unui cerc îngust de subiecți.

Codul penal al Elveției la fel nu conține o normă specială referitoare la depășirea atribuțiilor de serviciu. Toate infracțiunile de acest gen după logica legiuitorului elvețian se cuprind de art. 312, care stabilește răspunderea penală pentru abuzul de serviciu: „Membrii unei autorități și funcționarii care în scopul obținerii unui avantaj ilicit pentru sine sau pentru terț ori în scopul cauzării unui prejudiciu altei persoane, vor abuza de împuternicirile sale, vor fi pedepsiți cu o pedeapsă privativă de libertate până la 5 ani sau cu o pedeapsă pecuniară” [9]. Latura obiectivă a abuzului de serviciu nu este dezvăluită de către legiuitor, iar după latura subiectivă art. 312 în mare parte se aseamănă cu art. 142.2 al Codului penal al Australiei, deoarece prevede scopul obținerii unui avantaj ilicit sau cauzării unui prejudiciu.

Codul penal al Japoniei din a. 1907 [11] prevede o normă generală referitoare la abuzul de serviciu în art. 193 „Abuzul de putere acordată datorită funcției din partea persoanei publice”, însă o normă generală referitoare la excesul de putere nu conține. Cazurile particulare de depășire a atribuțiilor de serviciu apar doar în calitate de semne agravante ale abuzului de serviciu: „Reținerea sau detenția ca rezultat al abuzului de putere acordată datorită funcției din partea persoanei publice” (art. 194), „Violența sau comportamentul urât ori înjositor din partea persoanei publice” (art. 195). Art. 196 al Codului penal al Japoniei prevede: „, Cazarea morții sau vătămărilor corporale ca rezultat al abuzului de putere datorită funcției din partea persoanei publice”. Menționăm în context, că pentru săvârșirea faptei incriminate la art. 196 nu se stabilește o sancțiune independentă, specificându-se că în aceste cazuri „... trebuie să fie aplicată o pedeapsă stabilită pentru vătămările corporale, dacă ea este mai aspră”. Astfel, specificul depășirii atribuțiilor de serviciu, conform Codului penal al Japoniei constă, în primul rând, în faptul că componenta dată posedă o altă denumire, considerându-se juridic drept o categorie a abuzului de

serviciu, iar, în al doilea rând, în Japonia este criminalizată doar o singură formă a excesului de putere – săvârșirea acțiunilor, pe care nicio persoană publică nu este în drept de a le comite.

Legiuitorul chinez la fel nu a considerat necesar de a evidenția o componentă separată pentru depășirea atribuțiilor de serviciu săvârșită de funcționarii organelor de stat. Faptul dat poate fi lămurit prin particularitățile politicii penale chineze care admite utilizarea largă a noțiunilor de evaluare în formularea componentelor de infracțiune. Astfel, într-un singur articol al Codului penal al RPC (art. 397) sunt reunite două infracțiuni destul de diferite, precum abuzul de putere și neglijența de serviciu. În calitate de semn calificativ în norma dată apare prezența scopurilor cupidante (alin. (2) art. 397 CP RPC), ceea ce contravine naturii imprudente a neglijenței criminale [6].

O modalitate deosebită de construire ale normelor referitoare la răspunderea penală pentru abuzul de serviciu și excesul de serviciu a ales legiuitorul spaniol. Codul penal al Spaniei din a. 1995 de facto nu conține norme generale cu privire la abuzul de serviciu și excesul de serviciu, însă include multiple componente care prevăd cazuri particulare ale acestora. Aceasta corespunde tendinței generale a acestui cod remarcată de specialiștii ruși N.F. Kuznețova și F. M. Reșetnikov „de a include în el masivul de bază al interdicțiilor juridico-penale” [5, p. 4]. În calitate de normă generală referitoare la abuzul de serviciu poate fi condiționat considerat art. 404 al Codului penal al Spaniei, în care se incriminează emiterea de către persoana publică sau funcționarul de stat a unei decizii vădit injuste pe o problemă administrativă. Construcția formală a acestei componente, evident, ușurează dovedirea infracțiunii, însă, acest avantaj, în esență, se anulează din cauza semnului de evaluare „decizie vădit injustă”. Luând în considerație că noțiunea de justete admite o interpretare destul de diversă, o astfel de abordare legislativă stimulează practica judiciară de a elabora criterii unice de înțelegere a acestei noțiuni, de a crea o anumită tradiție juridică.

Codul penal al Germaniei la fel nu conține o normă penală generală referitoare la abuzul sau excesul de serviciu, dar include o componentă specifică legată de depășirea atribuțiilor de serviciu: „Persoana publică care în cadrul exercitării atribuțiilor de serviciu sau în legătură cu serviciul său cauzează o vătămare corporală sau admite cauzarea ei, se pedepsește cu privațiune de libertate de la trei luni până la cinci ani, iar în cazuri mai puțin grave se pedepsește cu privațiune de libertate până la cinci ani sau cu amendă” (alin. (1) art. 340). Într-o formulă atât de concentrată o normă asemănătoare referitoare la excesul de putere nu se relevă în codurile penale ale statelor din subgrupul dat.

Codul penal al statului Texas (SUA) conține o normă penală referitoare la abuzul de serviciu. În conformitate cu p. (a) art. 39.02 (Abuzul de putere), „un funcționar public săvârșește un atentat, dacă el, având intenția de a obține un profit sau de a cauza un prejudiciu ori de a comite o escrocherie în privința altei persoane, intenționat sau conștient: (1) încalcă legea care reglementează obligațiile de serviciu sau de muncă ale unui astfel de funcționar sau, (2) realizează utilizarea incorectă a patrimoniului, serviciilor, personalului de stat ..., care se află sub controlul sau în posesiunea unei astfel de persoane publice în virtutea obligațiilor sale de muncă sau de serviciu” [10]. În pofida faptului că acțiunile indicate legiuitorul le referă la abuz de serviciu, fapta prevăzută la p. (1), în opinia noastră, poate fi privită ca exces de putere, deoarece persoana poate comite și acțiuni care ies în afara limitelor împuternicirilor sale, adică în afara limitelor cercului drepturilor și obligațiilor sale. Săvârșirea infracțiunii este posibilă doar cu intenție directă, iar în calitate de semne obligatorii mai apare scopul obținerii unui profit, cauzării unui prejudiciu sau comiterii escrocheriei în privința altei persoane.

În afară de norma indicată Codul penal al statului Texas conține și art. 39.03 (Hărțuirea din partea persoanei publice), în care la fel sunt prezente semne ale excesului de putere. Astfel, art. 39.03 prevede: „Funcționarul public, care pretinzând că își execută obligațiile de muncă sau de serviciu, săvârșește un atentat, dacă el: (1) intenționat maltratează, arestează o altă persoană ..., cunoscând că acțiunile sale sunt ilegale; (2) intenționat lipsește persoana de dreptul său ori o împiedică în exercitarea dreptului său, cunoscând că acțiunile sale sunt ilegale; (3) intenționat supune o altă persoană hărțuirii sexuale”. Comparând prevederile date cu cele ale legislației penale ale Republicii Moldova [1] putem concluziona că acțiunile enumerate în art. 39.03 pot fi referite la categoria acțiunilor pe care nicio persoană publică nu este în drept de a le comite. Se evidențiază în acest articol și o descriere mult mai detaliată decât în alte coduri a laturii subiective a infracțiunii: legiuitorul indică direct asupra cunoașterii de către făptuitor ca ilegalitatea acțiunilor sale, ceea ce, în opinia noastră, constituie un avantaj al tehnicii legislative penale din statul Texas.

Astfel, Codul penal al statului Texas stabilește răspunderea penală pentru anumite cazuri de depășire ale atribuțiilor de serviciu, însă într-un caz excesul de putere este identificat cu abuzul de serviciu (art. 39.02), iar în alt caz este denumit hărțuire din partea persoanei publice (art. 39.03).

Noul Cod penal al României nu conține o normă generală denumită exces de putere sau depășire a atribuțiilor de serviciu. Totuși în art. 300 „Uzurparea func-

ției” se cuprinde și această faptă „Fapta funcționarului care în timpul serviciului îndeplinește un act ce nu intră în atribuțiile sale, dacă prin aceasta s-a produs una dintre urmările prevăzute în art.297” [2]. Menționăm că art. 297, care incriminează abuzul de serviciu, indică în calitate de astfel de urmări „o pagubă ori o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice”. Respectiv prevederile codului penal român în materia dată sunt mai largi decât cele ale Codului penal al RM, deoarece, în primul rând, incriminează nu doar cazurile când funcționarul depășește atribuțiile sale, dar și îndeplinirea oricăror altor acte care nu intră în atribuțiile sale, iar în al doilea rând nu indică asupra proporțiilor daunelor cauzate drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice. Aparte menționăm că la art. 296 „Purtarea abuziva” incriminează cazurile speciale de exces de putere sau depășire a atribuțiilor de serviciu: la alin. (1): „Întrebuințarea de expresii jignitoare față de o persoană de către cel aflat în exercitarea atribuțiilor de serviciu” și la alin. (2): „Amenințarea ori lovirea sau alte violențe săvârșite în condițiile alin. (1)” [2].

Pe cât de diferite sunt prevederile codurilor penale analizate în materia reglementării legislative a semnelor laturii obiective și laturii subiective ale excesului de putere, într-atât de diferite sunt și abordările subiectului acestei infracțiuni. Printre acestea se evidențiază: persoana publică (CP al Poloniei, CP al Japoniei), funcționarii sau membrii organelor electivă (CP al Elveției), colaboratorii organelor de stat (CP al Chinei), funcționarul public (CP al Australiei); persoana cu funcție de răspundere (CP al Bulgariei), funcționarul public (CP al statului Texas); orișice persoană în cadrul exercitării funcțiilor publice (CP al Danemarcei).

Relevăm diferențe nu doar în denumire, dar și în abordarea noțiunii acestor persoane. Total pot fi evidențiate patru abordări diferite:

- în legislația penală se conține doar denumirea subiectului infracțiunii, iar semnele lui calitative nu sunt dezvăluite (CP al Japoniei, CP al Bulgariei, CP al Danemarcei etc.);

- în legea penală se indică lista exhaustivă a persoanelor recunoscute subiect al acestei infracțiuni, fără a se formula o noțiune a acestuia (CP al Australiei, CP al Poloniei);

- în legea penală se conține noțiunea subiectului infracțiunii, care indică semnele lui calitative esențiale (CP al Elveției). Abordarea corespunzătoare este specifică și legiuitorului Republicii Moldova;

- în legea penală se formulează și noțiunea subiectului, și se enumără lista funcțiilor, pe care ocupându-le, persoana capătă statutul respectiv (CP al statului Texas).

Concluzii. Toate abordările menționate, cu excepția primei, posedă atât laturi pozitive, cât și laturi negative. Totuși, ținând cont de dinamica evoluției legislației Republicii Moldova, considerăm că la etapa actuală de dezvoltare a dreptului este mai favorabilă pentru țara noastră anume abordarea a treia, deoarece includerea în CP al Republicii Moldova a unei liste exhaustive a persoanelor care pot fi considerate persoane publice, în primul rând, este dificil de a fi realizat în practică, dat fiind numărul mare al lor, iar, în al doilea rând, nu va simplifica activitatea de aplicare a dreptului, întrucât va cere modificări permanente ale legislației penale în legătura cu apariția de noi persoane publice, fapt care mărturisește despre calitatea insuficientă a legii penale.

Referințe bibliografice

1. Codul penal al R. Moldova, Cod nr.985 din 18.04.2002 // Monitorul Oficial al R. Moldova din 14.04.2009 Nr. 72-74 art nr. 195.
2. Noul Cod Penal actualizat 2019 - Legea 286/2009 // <https://e-juridic.manager.ro/articole/codul-penal-actualizat-2014-14489.html> (vizitat la 22 august 2019).
3. Уголовный кодекс Австралии 1995 г. / Науч. ред. И.Д. Козочкин, Е.Н. Трикоз. СПб. 2002.
4. Уголовный кодекс Дании / Науч. ред. С.С. Беляев. СПб., 2001.
5. Уголовный кодекс Испании / Под ред. и с предисл. Н. Ф. Кузнецовой и Ф. М. Решетникова. М, 1998.
6. Уголовный кодекс Китайской Народной Республики. // <http://ukknr.ucoz.ru> (vizitat la 16.09.2018).
7. Уголовный кодекс Республики Болгария / Науч. ред. А.И. Лукашов. СПб., 2001.
8. Уголовный кодекс Республики Польша/ Науч. ред. А.И. Лукашов, Н.Ф. Кузнецова. СПб., 2001.
9. Уголовный кодекс Швейцарии / Науч. ред. А.В. Серебренникова. СПб., 2001.
10. Уголовный кодекс штата Техас / Науч. ред. И.Д. Козочкин. СПб., 2006.
11. Уголовный кодекс Японии/Науч. ред. А.И. Коробеев. СПб., 2002.

DATE DESPRE AUTOR:

Vladimir PUICA,
ofițer de urmărire penală detașat în Procuratura Anticorupție,
Doctorand, Academia „Ștefan cel Mare” a
Ministerului Afacerilor Interne al Republicii Moldova,
mail: vladimir.puica@cna.md

ABOUT THE AUTHOR:

Vladimir PUICA,
criminal prosecution officer in the Anti-corruption
Prosecutor's Office,
Phd student, „Ștefan cel Mare”
Academy of the Ministry of Internal Affairs of the
Republic of Moldova,
mail: vladimir.puica@cna.md

ДІЯЛЬНІСТЬ АДВОКАТА ПРИ ПРОВЕДЕННІ ПРИВАТНОГО РОЗСЛІДУВАННЯ В УКРАЇНІ

Віра ГАЛУНЬКО,

доктор юридичних наук, професор кафедри професійних та спеціальних дисциплін Херсонського факультету, Одеського державного університету внутрішніх справ,
м.Херсон, Україна

В статті досліджено діяльність адвоката та його участь при проведенні приватного (детективного) розслідування в Україні і встановлено, що законодавство України, на сьогодні, не передбачає діяльності адвоката та його участі при проведенні приватного (детективної) розслідування в Україні. Згідно, закону України він здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів. Сторона захисту, а саме адвокат може лише ініціювати проведення необхідних слідчих дій. Тобто, будь-яка інформація здобута адвокатом, може бути оформлена у вигляді клопотання про проведення відповідних слідчих дій та надана слідчому на виконання.

Ключові слова: адвокат, адвокатська діяльність, детективна діяльність, оперативно-розшукова діяльність, розслідування, органи досудового слідства.

LAWYER'S ACTIVITIES IN CONDUCTING A PRIVATE INVESTIGATION IN UKRAINE

Vira HALUNKO,

Doctor of Laws, Professor Kherson Faculty Odessa State University of Internal Affairs,
Kherson, Ukraine

The activity of a lawyer and his participation in the private (detective) investigation in Ukraine has been researched, and it has been found out that the legislation of the present Ukraine does not provide a lawyer's activity and his participation in the private (detective) investigation in Ukraine. According to the law of Ukraine, he collects evidence by requiring and receiving from state authorities, local self-government bodies, enterprises, institutions, organizations, officials and individual things, copies of documents, information, expert opinions, conclusions of audits, inspection acts; initiation of investigative actions, unspoken investigative actions and other procedural actions, as well as by carrying out other actions providing the court with proper and admissible evidence. The defense party, namely the lawyer, can only initiate the necessary investigative actions. It means that any information obtained by a lawyer can be formulated as a request for appropriate investigative actions and provided to the investigator for execution.

Keywords: lawyer, lawyer's activity, detective activity, operative-search activity, investigation, bodies of pre-trial investigation.

A fost cercetată activitatea unui avocat și participarea sa la ancheta privată (detectiv) în Ucraina și s-a aflat că legislația actuală a Ucrainei nu prevede activitatea avocatului și participarea sa la ancheta privată (detectiv) în Ucraina. În conformitate cu legea Ucrainei, el colectează probe prin solicitarea și primirea de la autoritățile de stat, organele locale de auto-guvernare, întreprinderi, instituții, organizații, funcționari și persoane fizice, copii de documente, informații, avize ale experților, concluzii ale auditurilor, acte de inspecție; inițierea acțiunilor de investigație, acțiuni de investigație nerostite și alte acțiuni procedurale, precum și prin efectuarea altor acțiuni care să furnizeze instanței probe adecvate și admisibile. Partea de apărare, și anume avocatul, poate iniția doar acțiunile de investigare necesare. În seamnă că orice informație obținută de un avocat poate fi formulată ca o cerere pentru acțiuni de investigare adecvate și furnizată anchetatorului pentru executare.

Cuvinte-cheie: avocat, activitate de avocat, activitate de detectiv, activitate de căutare operativă, anchetă, organe de investigație preventivă.

Вступ. Сьогодні, коли Україна перебуває на шляху побудови розвиненої демократичної правової держави, особливого значення набуває реалізація та захист громадянами своїх конституційних прав. У період реформування правоох-

ронної системи, появленню нових інституцій про які Україна раніше не знала, такі як детективи, питанням захисту приділено чи не основну увагу. Сьогодні значно збільшився обсяг обов'язків учасників кримінального права та процесу, оскільки з

набуттям чинності нового Кримінального процесуального кодексу України розширилися їх права, але на жаль є ряд проблемних питань, які виникають у діяльності адвокатів, щодо захисту прав і свобод громадян.

Ступінь розробленості проблеми. Питанням діяльності та розвитку адвокатури, видам адвокатської діяльності приділяли багато уваги науковці з права, а саме: В. Авер'янов, А. Андрушко, Н. Аніщук, Н. Армаш, К. Басс, О. Баулін, Р. Бараннік, В. Бевзенко, І. Безклубий, М. Бідюк, Є. Бова, В. Галаган, В. Галунько, В. Галунько, І. Гамалій, А. Гель, І. Гловацький, Д. Гончар, Т. Варфоломеєва, Т. Вільчик, В. Волоско, А. Воронов, Ю. Гаруст, В. Гвоздій, Є. Гетьман, І. Гловацький, І. Головань, Д. Гончар, С. Гончаренко, О. Джафарова, О. Дрозд, Л. Дубчак, Л. Єфіменко, В. Заяць, М. Ждан, Д. Журавльов, А. Іванцова, А. Кармаза, В. Ковальська, А. Ковальчук, А. Козьмініх, О. Калачова, Т. Коломоєць, В. Колпаков, А. Комзюк, В. Комзюк, С. Короед, Н. Кудрявцева, О. Кузьменко, В. Курило, К. Куркова, В. Лебідь, С. Логінова, А. Манжула, П. Матвеев, М. Медведчук, Р. Мельник, Л. Миськів, О. Монаєнко, О. Музичук, Н. Облавацька, О. Овчарук, Т. Підлубна, Є. Пікар, М. Пихтін, С. Петков, М. Пожидаєва, М. Савюк, О. Світличний, Н. Сібільова, Р. Сінельник, Д. Сірош, О. Святоцький, К. Северин, С. Стеценко, Л. Тацій, О. Фазекош, Д. Фіолевський, К. Чижмарь, М. Чубатий, А. Чубенко, В. Шкарупа, О. Юшкевич, О. Яновська, Х. Ярмакі та ін.

Однак безпосередньо предметом дослідження налізована нами проблема не була, увагу було приділено більш загальним спеціальним чисуміжним питанням, жодним з них не досліджувалось питання діяльності адвоката у проведенні приватної детективної (розшукової) діяльності.

Метою статті є дослідження діяльності адвоката та його участь при проведенні приватного (детективної) розслідування в Україні.

Виклад основного матеріалу.

Побудова правової держави вимагає реалізації засад верховенства права, а головним напрямом діяльності держави є забезпечення прав і свобод людини. Статтею 3 Конституції визначено, людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Відповідно до статті 55 Конституції кожна особа має право на захист. Згідно із статтею 131-2, для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура [1].

У Британській енциклопедії «адвокат» трактується, як юрист, який пройшов навчання та отримав ліцензію на підготовку та участь у судовому

засіданні або здійснення захисту у судовій справі як агент однією із сторін, надає юридичні консультації щодо юридичних питань. Адвокат застосовує закон до конкретних справ та досліджує факти і докази, передаючи їх клієнту, а також готує та подає справи до суду. На судовому розгляді вносить докази, допитує свідків, а також здійснює заперечення щодо доказів і фактів [2].

Щоб дати відповідь на питання чим може адвокат в Україні проводити тип приватного розслідування?, необхідно в першу чергу звернутися до визначення, а що ж є приватним розслідуванням та хто його може здійснювати в Україні.

У чинному законодавстві України відповідне визначення відсутнє так як розслідуванням займаються лише слідчі підрозділи державних установ, що чітко визначено у кримінально-процесуальному кодексі України.

Так, статтею 38 КПК України визначено, що органами досудового розслідування (органами, що здійснюють дізнання і досудове слідство) є:

1) слідчі підрозділи:

а) органи Національної поліції;

б) органи безпеки;

в) органи, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства;

г) органи державного бюро розслідувань;

г) органи Державної кримінально-виконавчої служби України;

2) підрозділ детективів, підрозділ внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України.

2. Досудове розслідування здійснюють слідчі органи досудового розслідування одноособово або слідчою групою.

3. При досудовому розслідуванні кримінальних проступків у встановлених законом випадках повноваження слідчого органу досудового розслідування можуть здійснювати співробітники інших підрозділів органів Національної поліції, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, органів Державної кримінально-виконавчої служби України [3].

Виходячи із норми цієї статті, у ній чітко визначено коло осіб, які можуть здійснювати дізнання та досудове слідство.

Певною новелою в Україні, є те що слідство може здійснювати підрозділ детективів та підрозділ внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України.

Однак, у подальшому, в жодній статті вищевказаного кодексу немає мови про такого суб'єкта як детектив або інша особа. Закон «Про приватну

детективну (розшукову) діяльність» так і не був прийнятий, оскільки були значні суперечності із КПК України та Законом України «Про оперативно - розшукову діяльність», але у ньому було визначено, що приватним детективом може бути громадянин України, який досяг 21 року, володіє державною мовою, має вищу юридичну освіту або стаж роботи в оперативних підрозділах чи органах досудового розслідування не менше трьох років, пройшов відповідне навчання з метою здійснення приватної детективної (розшукової) діяльності та отримав у встановленому законом порядку свідоцтво про право на зайняття приватною детективною (розшуковою) діяльністю. Водночас передбачено, що приватний детектив не може бути службовою чи посадовою особою органів державної влади, органів місцевого самоврядування, правоохоронних чи судових органів влади. Суб'єктами приватної детективної (розшукової) діяльності відповідно до цього Закону є: 1) приватний детектив; 2) об'єднання приватних детективів. 2. Приватні детективні (розшукові) послуги можуть надаватися лише суб'єктами приватної детективної (розшукової) діяльності у порядку та на умовах, визначених цим Законом. На суб'єктів приватної детективної (розшукової) діяльності не поширюється дія законів, що регулюють правовий статус працівників правоохоронних органів. Суб'єкти приватної детективної (розшукової) діяльності не мають права здійснювати оперативно-розшукові заходи, віднесені законом до виключної компетенції оперативних підрозділів. Приватна детективна (розшукова) діяльність є виключним видом діяльності для суб'єктів приватної детективної (розшукової) діяльності [4]. Тобто адвокат, виходячи із норм цього закону займатися такою діяльністю не може.

Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність», такого суб'єкта як адвокат, що може виконувати відповідну діяльність не передбачено. Що стосується діяльності адвокатів, то Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначені види адвокатської діяльності, а саме:

1) надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань, правовий супровід діяльності юридичних і фізичних осіб, органів державної влади, органів місцевого самоврядування, держави;

2) складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру;

3) захист прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передба-

чається застосування примусових заходів медично-го чинивого характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності під час розгляду справи про адміністративне правопорушення;

4) надання правової допомоги свідку у кримінальному провадженні;

5) представництво інтересів потерпілого під час розгляду справи про адміністративне правопорушення, прав і обов'язків потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні;

6) представництво інтересів фізичних і юридичних осіб у судах під час здійснення цивільного, господарського, адміністративного та конституційного судочинства, а також в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами;

7) представництво інтересів фізичних і юридичних осіб, держави, органів державної влади, органів місцевого самоврядування в іноземних, міжнародних судових органах, якщо інше не встановлено законодавством іноземних держав, статутними документами міжнародних судових органів та інших міжнародних організацій або міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України;

8) надання правової допомоги під час виконання та відбування кримінальних покарань. Адвокат може здійснювати інші види адвокатської діяльності, не заборонені законом [5]. Проводячи аналогію видів адвокатської діяльності та те, що це за види адвокатської діяльності не заборонені законом не вказано, із цього ми можемо говорити і про проведення детективної діяльності адвокатами, але в межах закону.

Виходячи із цього, адвокат виконує основну функцію це здійснення правосуддя, надання на професійній основі кваліфікованої правової юридичної допомоги. Адвокатам не заборонено проводити приватне розслідування та отримувати необхідну інформацію, але мова буде йти яким чином правильно оформити здобуту інформацію та як правильно її застосувати, щоб вона лягла в основу доказової бази. Відповідно до статті 93 пункту 3 Кримінального – процесуального кодексу України сторона захисту, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, під-

приємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів [3]. Тобто сторона захисту, а саме адвокат може лише ініціювати проведення необхідних слідчих дій. Тобто, будь-яка інформація здобута адвокатом, може бути оформлена у вигляді клопотання про проведення відповідних слідчих дій та надана слідчому на виконання. Однак приймаючи до уваги високу навантаженість кримінальними провадженнями у слідчих, ці клопотання не завжди виконуються. Адвокату залишається лише оскаржити дії слідчого у слідчого судді та клопотати перед ним про проведення необхідних заходів. У разі відмови слідчим суддею, інформація здобута адвокатом не може виступати як доказ.

На сьогодні в Україні ініціюється питання про надання адвокатам ідентичних повноважень як у слідчого та прокурора. Однак, у цьому напрямку здійснюються лише перші кроки.

Аналізуючи законодавство інших держав, а саме Грузії, Латвії, Литви та Польщі із законодавством України, приходимо висновку, що у Грузії аналогічно як і в Україні є чітко визначені державні органи яким дозволено проводити розслідування. Так, відповідно до кримінально-процесуального кодексу статтею 34 чітко визначені слідчі органи, що мають право проводити розслідування у кримінальних провадженнях. Законом Грузії «Про адвокатську діяльність» статтею 4 визначені права адвоката а також перераховані види адвокатської діяльності, де також йде мова про діяльність адвокатів. Законом Грузії «Про надання юридичної допомоги» визначено, що її можуть надавати тільки професійні фахівці, але у жодному із законів відсутня інформація про проведення адвокатами приватного розслідування. Проаналізувавши законодавство Латвії та Польщі також мови про те, що адвокати можуть займатися приватним розслідуванням немає. Лише у Естонії, в Законі про адвокатуру, вказано, що адвокати надають юридичну допомогу у приватних і публічних інтересах громадян, однак що це за інтереси не вказано.

Отже, законодавство України, на сьогодні, не передбачає діяльності адвоката та його участі при проведенні приватного (детективного) розслідування в Україні. Згідно, закону України він здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів

місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів. Сторона захисту, а саме адвокат може лише ініціювати проведення необхідних слідчих дій. Тобто, будь-яка інформація здобута адвокатом, може бути оформлена у вигляді клопотання про проведення відповідних слідчих дій та надана слідчому на виконання.

Список використаної літератури

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141
2. Lawyer. *Encyclopaedia Britannica*. 2017. URL: <https://www.britannica.com/topic/lawyer>.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
4. Закон «Про приватну детективну (розшукову) діяльність». URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JH7QG00A.html
5. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : закон України від 05.07.2012 № 5076-VI // *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 27. Ст. 282.
6. Закон Грузії «Про юридичну допомогу». URL: <https://matsne.gov.ge/ru/document/download/21604/7/ru/pdf>
7. Закон Грузії «Про адвокатську діяльність». URL: <http://www.eurasian-advocacy.ru/gruziya/608-zakon-gruzii-ob-advokatskoj-deyatelnosti>
8. Закон «Про адвокатуру» Польщі. URL: <https://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/pologennya/utawa-prawo-o-adwokaturze.pdf>
9. Закон «Про адвокатуру» Латвії. URL: <https://corelamcigripes.files.wordpress.com/2015/08/zakon-ob-advokature-latvii.pdf>
10. Закон «Про адвокатуру» Естонії. URL: http://estonia.news-city.info/docs/sistemsw/dok_iegfai/index.htm

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА:

ГАЛУНЬКО Віра Миколаївна,
доктор юридичних наук, професор кафедри професійних та спеціальних дисциплін Херсонського факультету Одеського державного університету внутрішніх справ, м.Херсон, Україна

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

HALUNKOVira,
Doctor of Laws, Professor Kherson Faculty Odessa State University of Internal Affairs, Kherson, Ukraine
E-mail: vera.galunko.00@i.ua
<https://orcid.org/0000-0002-0563-057>

Drept civil

CZU: 347.72.04

REFLECȚII PRIVIND AVANTAJELE ȘI PERICOLELE FUZIUNII PRIN ABSORBȚIE - FORMĂ DE REORGANIZARE A SOCIETĂȚILOR COMERCIALE

Vera LUPAȘCO,

Magistru în drept, lector, Universitatea de Sudii Europene din Moldova,
doctorandă, Institutul de Cercetări Juridice și Politice al AȘM (Chișinău, Republica Moldova)

Reorganizarea societăților comerciale constituie procesul de acomodare al acestora la cerințele socio-economice, care au loc neconținut în societate, prin intermediul și în strictă conformitate cu mecanismele legale.

Fuziunea prin absorbție reprezintă forma de reorganizare a societăților comerciale prin intermediul căreia se dorește nu numai reorganizarea structurii grupului de societăți participante la fuziune, ci și realizarea scopurilor propuse de către acestea în vederea dorinței de dezvoltare eficace, folosind schemele de concentrarea capitalurilor, pe verticală sau orizontală. Însă, indiferent de așteptările societăților comerciale participante la fuziune, aceasta de fiecare dată constituie o asociere generată de schimbări esențiale pe segmentele de ordin juridic, financiar și, desigur, economic.

Deci, ca formă de reorganizare a societăților comerciale, fuziunea prin absorbție reprezintă un interes deosebit atât în plan economic și financiar, cât și juridic, deoarece presupune monitorizarea respectării drepturilor salariaților, creditorilor și acționarilor - din cadrul societăților participante la reorganizarea prin fuziune, dar, în special, a societății (societăților) absorbite.

Cuvinte-cheie: fuziune, fuziune prin absorbție, reorganizare, reorganizarea societăților comerciale, societate comercială.

Vera LUPASCO,

Master in law, Lecturer, University of European Studies of Moldova, PhD, Institute of Legal and Political Research of ASM (Khisinau, The Republic of Moldova).

The reorganization of commercial companies is the process of accommodating them to the socio-economic requirements, which take place continuously in society, through and in strict compliance with the legal mechanisms.

The merger by absorption represents the form of reorganization of the commercial companies through which it is desired not only to reorganize the structure of the group of companies involved in the merger but also the achievement of the goals proposed by them for the purpose of the effective development using the vertical capital concentration schemes or horizontal.

However, regardless of the expectations of the companies involved in the merger, this is always an association generated by essential changes on the legal, financial and, of course, economic segments.

Thus, as a form of company reorganization, merger through absorption is of particular interest both in economic and financial terms as well as in legal terms, as it implies monitoring the observance of the rights of employees, creditors and shareholders - from the companies involved in the merger reorganization, but in particular of the company (s) absorbed.

Keywords: merger, merger through absorption, reorganization, reorganization of commercial companies, commercial company.

Introducere. Societatea contemporană se află în continuă evoluție, mișcare și dezvoltare. În contextul dat, pentru a se menține în albia algoritmului succesului, societățile comerciale necesită la fel să se dezvolte continuu, aplicând metode moderne, inovaționale și promotorii. Din aceste considerente, în condițiile promovării politicilor economiei de piață, societățile comerciale din oricare comunitate își doresc o dezvoltare cât mai prosperă. Creșterea economică a companiilor poate avea loc în două cazuri, adică: atunci când societatea comercială se dezvoltă în baza resurselor proprii și a doua variantă, atunci când sunt achiziționate resurse din exterior.

Resursele proprii, adică resursele interne ale societății comerciale constau în:

- creșterea veniturilor (profiturilor), activelor existente;
- inovații și aplicarea efectivă a acestora;
- creșterea eficienței operaționale.

Resursele din afara societăților comerciale pot fi următoarele:

- fuziunile prin contopire;
- fuziunile prin absorbție;
- alianțele.

Actualitatea temei. Instituția reorganizării societăților comerciale este una relativ nouă în dreptul

civil al țării noastre. Odată cu adoptarea în anul 2002 a Codului civil al Republicii Moldova[1], instituția reorganizării societăților comerciale care nu era până atunci reglementată diferențiat de cea a lichidării, a fost expusă într-un plan mai larg, mai mult ca atât, în Codul civil al RSS Moldovenești din anul 1964, aceste noțiuni erau reglementate foarte succint, doar în două articole (art. 38-39), și anume:

„- Articolul 38. Încetarea persoanelor juridice:

Persoana juridică își încetează existența prin lichidare sau reorganizare (fuziune, divizare sau absorbție).

Procedura lichidării și reorganizării persoanelor juridice se stabilește prin legislația Uniunii RSS și prin hotărârile Sovietului Miniștrilor al RSS Moldovenești.

- Articolul 39. Succesiunea în drepturi la reorganizarea persoanelor juridice:

În caz de fuziune sau divizare a persoanelor juridice patrimoniul (drepturile și obligațiile) trece la noile persoane juridice care au luat naștere.

Dacă o persoană juridică este absorbită de o altă persoană juridică, patrimoniul ei (drepturile și obligațiile) trece la aceasta din urmă.

Patrimoniul (drepturile și obligațiile) trece din ziua semnării bilanțului de transmitere, dacă legea sau hotărârea cu privire la reorganizare nu prevede altfel.”[2]

Recentele modernizări ale Codului civil al Republicii Moldova, care au intrat în vigoare la 1 martie 2019, au făcut un „salt” enorm pe segmentul instituției reorganizării și lichidării persoanelor juridice, atribuindu-i un paragraf întreg (§3) în cadrul Capitolului II privind „PERSONA JURIDICĂ”, secțiunii 1 „DISPOZIȚII GENERALE”[3]. Dar necăutând la aceasta, instituția reorganizării societăților comerciale nu este explicit expusă în materie de studiu științific, din aceste considerente sunt de părerea, că ar fi o bună motivație de a face un studiu mai aprofundat în domeniul dat.

Scopul studiului. În articolul dat, s-a efectuat un studiu atât pentru a se analiza și demonstra care sunt sau pot fi avantajele și oportunitățile societăților comerciale, pentru a-și redresa neajunsurile și/sau pentru a-și îmbunătăți afacerile, au intenția de a fuziona prin absorbție, dar și pentru a scoate în evidență beneficiile și consecințele, atât positive, cât și negative, față de participanții (în mod direct sau indirect) acestei forme de reorganizare.

Conținutul de bază. Reorganizarea societăților comerciale prin fuziune conform legislației Republicii Moldova[4], se poate produce în două moduri, și anume: fuziunea prin contopire și fuziunea prin absorbție. În ambele cazuri are loc creșterea capitalului, dar, în

cazul contopirii, societățile comerciale participante se dizolvă fără a intra în lichidare și are loc trecerea în totalmente a patrimoniului (drepturilor și obligațiilor) către societatea comercială care se înființează, iar în cazul absorbției se produce transferul întregului patrimoniu (drepturilor și obligațiilor) societății comerciale absorbite către societatea comercială absorbantă și dizolvarea societății comerciale absorbite fără ca aceasta din urmă să intre în procedura de lichidare.

În articolul dat ne-am propus să analizăm unul dintre modurile de fuziune: fuziunea prin absorbție.

Fuziunea prin absorbție, prezumă operațiunea în rezultatul căreia o societate comercială capătă dreptul de a controla și a gestiona una sau mai multe societăți comerciale. Scopul realizării fuziunii prin absorbție este de a stabili de către compania absorbantă asupra celei (celor) absorbite a controlului de 100%, implementând diferite metode. De exemplu, există în dependență de tipul formei organizatorico-juridice prin achiziționarea a peste 30% din acțiunile cu drept de vot ale acesteia, ca mai apoi să fie „înghițită” de către societatea comercială absorbantă[5].

Merită să fie luat în considerație[6] momentul, că achiziția activelor adeseori poate avea tangență cu faptul reorganizării sub forma uneia dintre fuziuni, dar totuși procedura în urma căreia persoana are posibilitatea de a controla, de exemplu, o societate pe acțiuni, este achiziționarea acțiunilor acesteia într-un volum suficient pentru a exercita controlul asupra managementului societății absorbite. Astfel, absorbția poate fi o astfel de combinație de active, prin intermediul căreia o societate comercială în întregime sau parțial, este integrată în societatea comercială absorbantă și încetează a mai exista de sine stătător.

În urma procedurii absorbției, capătă controlul societatea comercială care:

- a procurat pachetul de acțiunii de control;
- a achiziționat activele;
- a participat la falimentul unei întreprinderi și ulterior a dobândit activele acesteia.

Reorganizarea sub forma fuziunii prin absorbție poate fi o alegere excelentă pentru companiile:

- pe care le paște pericolul de a deveni insolvable din cauza managementului nereușit;
- care nu își pot atinge obiectivele;
- pentru care există riscul de a-și pierde vânzările și profiturile, ceea ce afectează direct rentabilitatea lor și oportunitățile pentru investiții.

În anumite cazuri, specificate în lege, reorganizarea voluntară este posibilă numai cu consimțământul organelor abilitate. Aceste prevederi le regăsim și în Codul civil „modernizat” al Republicii Moldova[7], la art. 208 (în redacția anterioară, art. 73), care a fost completat cu alineatele 4 și 5, unde alineatul 4 stipu-

lează că: „în cazurile stabilite de lege, fuziunea poate fi condiționată de permisiunea organului de stat competent”, iar alineatul 5 specifică faptul participării la fuziune a societăților comerciale (persoanele juridice cu scop lucrativ). În cazul dat, membrii societăților comerciale care în urma fuziunii se dizolvă[8], sunt în drept de a primi participațiuni, sau sulte, dar care nu vor depăși 10% din valoarea nominală, iar dacă nu este estimată valoarea nominală, atunci se calculează din valoarea contabilă a participațiunii repartizate în acest mod.

Organul de stat competent care ar putea admite, accepta sau interzice reorganizarea prin fuziune este Consiliul Concurenței (în cazul unei fuziuni frauduloase depistate în urma investigațiilor privind practicile anticoncurențiale, concurența neloială, etc.), care operează prin intermediul Legii concurenței și monitorizează aceste procese, ca fuziunile să fie corecte din punct de vedere legal[9].

Fuziunile, în principiu, au adesea ca rezultat așa numitele concentrări economice. Orice concentrare economică, care prin activitatea sa nu aduce obstacole pentru o concurență efectivă, este declarată compatibilă cu mediul concurențial. În România, concentrările economice[10] care sunt vizate de către Consiliul Concurenței, trebuie să fie notificate și sunt supuse controlului. Asemenea concentrări economice sunt acelea în cadrul cărora cifra de afaceri cumulativă a agenților economici implicați este mai mare de 10.000.000 euro sau cel puțin doi agenți economici implicați în operațiunile date și care se realizează pe teritoriul României, au o cifră de afaceri mai mare de 4.000.000 euro, fiecare în parte.

În Republica Moldova, pentru a monitoriza procesul concentrării afacerilor și capitalurilor, prin Hotărârea Plenului Consiliului Concurenței a fost aprobat Regulamentul privind concentrările economice[11]. Acest Regulament este conceput pentru aplicarea unitară și transparentă a prevederilor Legii Concurenței de către participanții la concentrările economice:

- Consiliul Concurenței;
- persoanele fizice sau juridice care desfășoară activitate de întreprinzător și sunt înregistrate în Republica Moldova sau în alte state;
- autoritățile și instituțiile administrației publice locale și/sau centrale.

Conform Regulamentului dat, în Republica Moldova sunt vizate doar acele operațiuni de concentrări economice, în urma cărora cifra totală de afaceri realizată cumulativ de întreprinderile care iau parte la concentrarea economică, înregistrată în anul precedent operațiunii este mai mare de 25.000.000 lei și există cel puțin două întreprinderi implicate în operațiunea dată, care, fiecare în parte, în anul precedent operațiunii au

realizat pe teritoriul Republicii Moldova o cifră totală de afaceri mai mare de 10.000.000 lei. Dacă analizăm această prevedere observăm, că dacă avem cel puțin doi participanți implicați într-o operațiune de concentrare economică, iar activitatea desfășurată de către aceștia în anul care a precedat dorința de a-și „uni” activitățile le-a adus fiecareia dintre ei un spor economic de cel puțin 10.000.000 lei, atunci cifra totală de afaceri realizată cumulativ va fi nu de 25.000.000 lei, ci de doar 20.000.000 lei. Dar, totuși, dacă sunt corespondente cifrele totale de afaceri (10.000.000 lei) a fiecărui agent economic în parte, atunci conform cerințelor Regulamentului, aceste concentrări economice trebuie să fie notificate obligatoriu Consiliului Concurenței înainte de punerea în aplicare.

În Federația Rusă, articolul 27 din Legea Federală „Cu privire la protecția concurenței”, la fel verifică corectitudinea fuziunilor și impune acordul prealabil al autorității antimonopol de a permite efectuarea fuziunii prin contopire sau absorbție a societăților comerciale[12]. Astfel, este necesar acordul autorității antimonopol, dacă are loc absorbția uneia sau a mai multor societăți comerciale (cu excepția celor financiare), în cazul când valoarea totală a activelor acestora la cele mai recente solduri depășește șapte miliarde de ruble sau veniturile totale ale acestora din vânzarea mărfurilor pentru anul calendaristic anterior anului aderării depășește zece miliarde de ruble[13].

În practica fuziunilor prin absorbție, există diferite tipuri de așa zisele „preluări prietenoase”, prin intermediul cărora o societate comercială o absoarbe pe alta (alte), pentru o mai bună rentabilitate a afacerilor.

Ca de exemplu, este binevenită și poate fi posibilă asocierea pentru a se realiza un „tot” al societăților comerciale, care produc aceleași tipuri de bunuri sau prestează anumite servicii de aceeași natură. În cazul dat, scopul societăților comerciale de a fuziona, este nu numai îmbunătățirea capacității de a face față concurență pe piață, dar și asigurarea creșterii volumului producției.

Un alt tip de absorbție ar fi *unificarea*, adică cuprinderea într-un sistem unic a două sau mai multe societăți comerciale, profilul cărora constă în realizarea diferitor etape de producție independente, dar care împreună constituie un lanț de industrii interdependente din punct de vedere tehnologic.

Ca exemplu de „preluare prietenoasă”, poate servi acordul între compania Google și compania filandeză Nokia-Bloomberg. Compania Google prezintă interes față de activele companiei filandeze Nokia-Bloomberg, *privind suportul tehnologic pe segmentul accesului în bandă largă la bordul avioanelor*, pentru că dorește să instaleze internet de viteză înaltă la bordul

avioanelor, iar Nokia LTE A2G este o sistemă de conexiune celulară de o calitate foarte înaltă care permite conexiunea aparatului de zbor la stația terestră de comunicare, astfel oferind siguranța unei conexiuni Wi-Fi stabile. Din aceste considerente, compania Google a inițiat un dialog despre procurarea unei părți din afacerea companiei Nokia-Bloomberg, care îi va oferi „absorbantei” posibilități mai largi în oferirea serviciilor sale și, ceea ce este foarte important în orice business, posibilități mai mari în acumularea de capital[14]

Fiind o procedură foarte complexă, fuziunea prin absorbție urmează a fi structurată și desfășurată în câteva etape:

- societatea comercială care se vede în rol de absorbant (dispune de potențial financiar care îi permite achiziționarea unei alte entități ce are intenția de a-și înstrăina afacerea în întregime sau o parte din aceasta), analizează piața de afaceri, căutând o entitate care întrunește toate condițiile pentru realizarea așteptărilor și posibilităților sale;

- are loc prelucrarea datelor obținute, pentru a alege cele mai optime variante posibile;

- estimarea valorică a „companiei țintă”, calcularea beneficiilor economice ale tranzacției și identificarea potențialelor riscuri.

- selectarea unei strategii de preluare și acceptarea valorii tranzacției, care se discută cu managerul entității ce urmează a fi absorbită;

- executarea tranzacției se finalizează cu încorporarea societății comerciale absorbite în structura societății comerciale absorbante.

Societățile comerciale implicate în procedura de fuziune prin absorbție trebuie să elaboreze prin intermediul organului său executiv, proiectul contractului de fuziune. Acesta trebuie obligatoriu să se întocmească în formă scrisă și să precizeze următoarele:

- denumirile și sediile participanților;

- forma, scopul și condițiile fuziunii;

- patrimoniul care urmează a fi transmis de către societatea (societățile) comercială absorbită către societatea comercială absorbantă;

- data situațiilor financiare, care au stat la baza fuziunii;

- coraportul de schimb al participațiilor (sulta, dacă se cere);

- condițiile de transmitere a participațiilor;

- data, de când cei ce au transmis participațiile au sau nu dreptul la beneficiile entității absorbante;

- drepturile pe care le va acorda societatea comercială absorbantă deținătorilor de participațiuni, în dependență de tipul și valoarea acestora (titluri altele decât acțiunile);

- avantajele speciale, în caz că asemenea ar exista, care au fost sau urmează a fi acordate experților pentru a întocmi raportul de fuziune atât în folosul membrilor, cât și în folosul sau interesul membrilor organelor executive, de supraveghere și de control al societății comerciale care se reorganizează prin fuziune.

În contractul de fuziune poate să fie înaintate cereva condiții din partea fiecărui participant, cu indicarea termenelor de realizare a acestora, dar care nu trebuie să fie mai mare de un an din momentul acceptării, fiind admis și un termen de preaviz[15]. Pentru a produce efectul scontat, contractul de fuziune se prezintă la adunarea generală (ordinară sau extraordinară) a membrilor societăților comerciale care au solicitat un astfel de tip de reorganizare. Membrii societăților comerciale analizează contractul de fuziune, iar hotărârea urmează să fie adoptată cu cel puțin 2/3 din numărul total de voturi reprezentate la adunare sau chiar mai mult, dacă actul de constituire sau legea prevede alfel.

Dacă propunerea de fuziune prin absorbție este acceptată și contractul de fuziune exprimă așteptările membrilor fiecărei societăți comerciale în parte, atunci se purcede la următoarele etape:

- cererea de înregistrare a fuziunii;

- înregistrarea fuziunii;

- efectele fuziunii.

După cum am menționat anterior orice societate comercială care acceptă sau inițiază o reorganizare prin fuziune are un „gând”, un punct de pornire, și anume ca să devină până la urmă prosperă sau și mai prosperă.

Concluzii. În urma studiului efectuat asupra fuziunii prin absorbție, putem concluziona că aceasta joacă un rol important nu doar pentru societatea comercială absorbantă care crește în volum, dar și pentru societatea (societățile) comercială absorbită, deoarece aceasta din urmă ca și cum continuă să existe în „interiorul” celei absorbante, în așa fel prelungindu-și existența și activitatea. Un alt moment important este că toți participanții la fuziunea prin absorbție au avantajul de a-și îmbunătăți starea materială. Dar, nu trebuie să ometem încă un criteriu foarte important, cum ar fi faptul creșterii în volum a societății comerciale absorbante, care duce inevitabil la crearea unui avantaj competitiv la nivel de industrie prin comasare, la organizarea producției în întreprinderi din ce în ce mai mari, la creșterea capitalului prin acumulare, la reducerea riscurilor, la transferul de tehnologie, iar în ce privește factorul uman - proprietatea de a se adapta la noile condiții de muncă ale personalului.

Bibliografie

1. Codul civil al Republicii Moldova, nr.1107 din 06.06.2002. Monitorul Oficial nr.82-86, art.nr: 661/http://lex.justice.md/md/325085/.

2. Codul civil al RSSMoldovenești, nr. CIVIL din 26.12.1964. Buletinul Oficial Nr.000/.

3. Codul civil al Republicii Moldova, nr.1107 din 06.06.2002. Monitorul Oficial nr.82-86, art.nr: 661/http://lex.justice.md/md/325085/(În Monitorul oficial al Republicii Moldova nr. 467-479 din 14.12.2018 a fost publicată Legea privind modernizarea Codului civil și modificarea unor acte legislative nr. 133 din 15.11.2018 (numită în continuare „Legea de modernizare”, scopul căreia este modernizarea prevederilor legale ale dreptului privat al Republicii Moldova, în contextul evoluției legislației pe plan internațional. Aceste modificări țin să confere legislației civile previzibilitate și un caracter mai exact), în vigoare din 01.03.2019/ <https://juridicemoldova.md/2018/12/17/mo9-modernizarea-codului-civil-carteia-1/>.

4. Codul civil al Republicii Moldova, nr.1107 din 06.06.2002. Monitorul Oficial nr.82-86, art.nr: 661, modernizat, /http://lex.justice.md/md/325085/(art. 208).

5.https://ru.wikipedia.org/wiki/Слияния_и_поглощения.

6. <http://www.uristexpert.ru/useful/articles/yur/38159/>.

7. Codul civil al Republicii Moldova, nr.1107 din 06.06.2002. Monitorul Oficial nr.82-86, art.nr: 661, modernizat, (art.208) /http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=379344.

8. Codul civil al Republicii Moldova, nr.1107 din 06.06.2002. Monitorul Oficial nr.82-86, art.nr: 661, modernizat, (Se dizolvă fără a intra în lichidare: în urma fuziunii prin contopire, toate societățile comerciale participante, transferându-se toate drepturile și obligațiile totalmente către societatea comercială nou formată (art.208.alin.2), iar la fuziunea prin absorbție are loc dizolvarea doar a societății (societăților) comerciale absorbite, la fel transferându-se toate drepturile și obligațiile către societatea comercială absorbantă (art.208.alin.3))/http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=379344.

9. Legea concurenței, nr. 183 din 11.07.2012, (art.20) / <http://lex.justice.md/md/344792/>.

10. Concentrare economică- agent economic cu poziție dominantă pe piața, care poate conduce la restrângerea, înlăturarea sau denaturarea semnificativă a concurenței

pe piața românească și care au efecte nefavorabile asupra consumatorilor/https://www.untrr.ro/info-untrr-anul-iii-nr-1-23-ianuarie-2006/concentrari-economice-definire-exceptii-si-fapteinterzise.html#.XW_ARS29Su4.

11. Consiliul Concurenței. Hotărârea Nr. 17 din 30.08.2013, cu privire la aprobarea Regulamentului privind concentrările economice. Publicat: 11.10.2013 în MO Nr. 222-227 art.Nr:1501. În vigoare : 11.10.2013. <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=349846>.

12. Статья 27. Создание и реорганизация коммерческих организаций, заключение соглашений между хозяйствующими субъектами-конкурентами о совместной деятельности с предварительного согласия антимонопольного органа (вред. Федерального закона от 05.10.2015 N 275-ФЗ) <https://ppt.ru/docs/fz/275-fz-6271>.

13.<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=LAW&n=329335&fld=134&dst=817,0&rnd=0.5273304929517502#070112948233102>.

14. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-04-10/google-is-said-in-talks-to-buy-nokia-s-airborne-broadband-system>.

15. Codul civil al Republicii Moldova, nr.1107 din 06.06.2002. Monitorul Oficial nr.82-86, art.nr: 661, modernizat, (art.209) /http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=379344.

INFORMAȚII DESPRE AUTOR:

Vera LUPAȘCO,
Magistru în drept, lector, USEM
doctorandă, ICJP, AȘM
(Chișinău, Republica Moldova),
e-mail: lupasco_veronica@mail.ru
tel: 069170574

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Master in law, Lecturer, University of European
Studies of Moldova,
PhD, Institute of Legal and Political Research of
ASM
(Khisinau, The Republic of Moldova),
e-mail: lupasco_mail.ru
tel: 069170574

УДК 347.4

УЧАСТЬ ТРЕТИХ ОСІБ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ВИКОНАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Валентина СЛОМА,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права і процесу
Тернопільського національного економічного університету

У статті розкриваються питання, пов'язані з участю третіх осіб у забезпеченні виконання цивільно-правових зобов'язань. Визначено, що до моменту порушення зобов'язання основним боржником, третя особа не здійснює вплив на динаміку договірної зобов'язання. Неприятливі наслідки для неї настануть у випадку невиконання чи неналежного виконання зобов'язання основним боржником.

Автором охарактеризовано особливості участі поручителя, гаранта та майнового поручителя у забезпечувальних відносинах, зокрема щодо визначення виду відповідальності, порядку виконання забезпечуваного зобов'язання, а також наслідків такого виконання для учасників зобов'язальних правовідносин.

Ключові слова: забезпечення виконання зобов'язань, третя особа, гарант, поручитель, майновий поручитель, боржник, кредитор.

THIRD PARTY'S PARTICIPATION IN THE ENFORCEMENT OF CIVIL LEGAL OBLIGATION

Valentyna SLOMA,

Candidate of Law Sciences, Associate Professor
Associate Professor of the Department of Civil Law and Process
Ternopil National Economic University

The article deals with the issues related to the involvement of third parties in the enforcement of civil legal obligations. It is determined that by the time the obligation is breached, the third party has no influence on the dynamics of the contractual obligation. There will be the adverse consequences in case of default of the principal debtor.

The author describes the peculiarities of the participation of the co-signer, guarantor and property guarantor in the security relations particularly in determining the type of liability, the order of the secured obligation's enforcement, as well as the consequences of such performance for the participants in the legal relationship.

Keywords: enforcement of obligations, third party, co-signer, guarantor, property guarantor, debtor, creditor.

Articolul tratează aspectele legate de implicarea terților în executarea obligațiilor legale civile. Se stabilește că, până la încălcarea obligației, terțul nu are nicio influență asupra dinamicii obligației contractuale. Vor exista consecințe nefavorabile în cazul neîndeplinirii debitorului principal.

Autorul descrie particularitățile participării co-semnatarului, garantului și garantului bunurilor în relațiile de securitate, în special la determinarea tipului de răspundere, ordinea executării obligației garantate, precum și consecințele unei astfel de performanțe pentru participanții la raportul juridic.

Cuvinte-cheie: executarea obligațiilor, terță parte, co-semnatar, garant, garantul bunurilor, debitor, creditor.

Постановка проблеми. Основним призначенням інституту забезпечення виконання зобов'язань є стимулювання боржника до належного та реального виконання зобов'язання та створення додаткових можливостей задоволення інтересів кредитора, які впливають із зобов'язання. Відповідно ч. 1 ст. 546 ЦК України виконання зобов'язання може забезпечуватися неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, задатком.

Забезпечення виконання зобов'язання будь-яким із видів створює додаткові зобов'язальні відносини між кредитором і боржником (третьою особою),

які встановлюються як в самому договорі, так і в додатковому договорі.

Залежно від особи, котра надає забезпечення, види забезпечення зобов'язань поділяються на ті, де забезпечення надається і в разі необхідності виконується боржником та ті, де забезпечення надається і виконується третьою особою.

Найбільш надійними видами забезпечення зобов'язань є ті, в яких до забезпечення залучається третя особа, оскільки саме на неї покладається ризик настання негативних наслідків у випадку невиконання чи неналежного виконання зобов'язання основним боржником.

Стан дослідження проблеми. Теоретичною базою дослідження послужили праці О.А. Беяневич, І.О. Бровченка, О.В. Михальнюк, М.О. Мількова, О.Є. Самбір, В.В. Стратійчук, А.Р. Чанишевої та інших вчених.

Мета статті полягає у дослідженні теоретичних питань, пов'язаних з участю третіх осіб у забезпеченні виконання цивільно-правових зобов'язань.

Виклад основного матеріалу. Види забезпечення виконання зобов'язань є одним із засобів підвищення майнової відповідальності учасників договірних зобов'язань. Вони надають кредиторю можливість пред'явити вимоги, які впливають із зобов'язання не лише до боржника, але й до третьої особи (поручителя, гаранта, майнового поручителя).

М.О. Мільков, характеризуючи забезпечення зобов'язань, вказує на єдиний комплекс правових зв'язків, які в свою чергу, формують зобов'язання, ускладнене прив'язкою до нього додаткового учасника. На думку автора, досліджуваний комплекс зв'язків за своєю природою є аналогічним механізмом участі третьої особи у зобов'язанні на її користь. Основною відмінністю забезпечувальних правовідносин є те, що у даному випадку на третю особу покладається ризик несення несприятливих наслідків у зв'язку із зобов'язанням, а тому додаткове забезпечувальне відношення значно більш чітко прослідковується у правовій дійсності [6, с. 110].

Слід зазначити, що для вступу третьої особи у забезпечувальні зобов'язальні правовідносини необхідна її згода (укладення договору поруки, видача гарантії, укладення договору іпотеки майновим поручителем).

Відповідно до ч. 1 ст. 553 ЦК України за договором поруки поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку. Функціональне призначення поруки залежить від стадії існування цього забезпечувального правовідношення: до моменту порушення основного зобов'язання порука спрямована на стимулювання боржника до виконання взятих на себе обов'язків, а з моменту невиконання чи неналежного виконання, - на забезпечення і захист інтересів кредитора та компенсацію його майнових втрат [4, с. 577].

Характеризуючи даний вид забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань, О.П. Карасава зазначає, що за договором поруки поручитель зобов'язується, на умовах, встановлених у договорі поруки, відповідати перед кредитором іншого боржника за виконання останнім своїх зобов'язань, якщо боржник самостійно не виконає їх [5, с. 206].

Відповідно до ст. 560 ЦК України за гарантією

банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку.

Гарантію слід розглядати як одностороннє зобов'язання гаранта, відповідно до якого останній повинен сплатити бенефіціару обумовлену грошову суму. Оскільки гарантія повинна забезпечувати належне виконання принципалом основного зобов'язання, її мета – забезпечувальна.

На відміну від поручителя, до якого ЦК України не містить спеціальних вимог, до гаранта законодавство встановлює особливі вимоги. Таким чином, гарантами можуть виступати лише ті юридичні особи, за якими таке право закріплене у законодавстві України.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про іпотеку» майновий поручитель - особа, яка передає в іпотеку нерухоме майно для забезпечення виконання зобов'язання іншої особи-боржника. І.О. Бровченко, проаналізувавши відносини, які складаються при участі майнового поручителя, зробив висновок, що він є третьою особою по відношенню до основного зобов'язання, стороною в договорі застави і стороною в договорі між ним (майновим поручителем) і боржником за основним зобов'язанням [2, с. 117].

Як слушно зазначає А.Р. Чанишева, поняття «майновий поручитель» не може інтерпретуватися як видове стосовно родового поняття «поручитель». Тому до відносин щодо майнової поруки не можуть застосовуватися правила, що регулюють відносини щодо поруки. Якщо третя особа уклала з кредитором два договори – договір поруки і договір іпотеки, яким забезпечується виконання не зобов'язання боржника перед кредитором, забезпечене порукою, а зобов'язання поручителя перед кредитором, забезпечене порукою, то до правовідносин щодо поруки застосовуються ст. 553 – 559 ЦК, а до правовідносин, що виникли на підставі іпотечного договору, застосовується Закон «Про іпотеку» та інші нормативні положення, що стосуються іпотеки [11, с. 265].

До моменту невиконання чи неналежного виконання зобов'язання основним боржником, третя особа є потенційно зобов'язаною особою. Несприятливі наслідки для третьої особи настануть лише у випадку невиконання чи неналежного виконання зобов'язання основним боржником.

Що стосується поруки, то як впливає зі змісту ч. 1 ст. 554 ЦК України, у разі порушення боржником зобов'язання, забезпеченого порукою, боржник і поручитель відповідають перед кредитором як солідарні боржники, якщо договором поруки не

встановлено додаткову (субсидіарну) відповідальність поручителя.

Досліджуючи поруку, О.В. Михальнюк вказує, що доцільніше говорити про поручителя і боржника не як про солідарних боржників, а як про осіб, вимога кредитора до яких може бути пред'явлена як до солідарних боржників, тобто у тому ж порядку: кредитор вправі пред'явити свої вимоги як до боржника за основним зобов'язанням, так і до поручителя; як разом, так і окремо; як повністю, так і в частині боргу (ст. 543 ЦК України) [4, с. 592].

При цьому, відповідальність поручителя не настає автоматично, кредитор повинен пред'явити до нього вимогу про виконання зобов'язання. Відповідно до ч. 1 ст. 555 ЦК України у разі одержання вимоги кредитора поручитель зобов'язаний повідомити про це боржника, а в разі пред'явлення до нього позову – подати клопотання про залучення боржника до участі у справі.

Отже, поручитель відповідає солідарно з боржником лише у випадку невиконання боржником основного зобов'язання. Відмінність поручителя від боржника у солідарному зобов'язанні прослідковується також і у наслідках, які настають в результаті виконання зобов'язання. Ч. 1 ст. 544 ЦК України встановлює право боржника, який виконав солідарний обов'язок, на зворотну вимогу (регрес) до решти солідарних боржників. Щодо наслідків виконання зобов'язання поручителем, то відповідно до ч. 1 ст. 512 ЦК України в результаті виконання зобов'язання поручителем відбувається заміна кредитора іншою особою.

Якщо договором поруки передбачено субсидіарну відповідальність поручителя, то кредитор має право пред'явити вимогу про виконання зобов'язання до поручителя у тому випадку, коли основний боржник відмовився від задоволення вимоги кредитора.

Законодавством передбачено строк, протягом якого кредитор має право звернутися до поручителя з вимогою про виконання зобов'язання. Так, відповідно до ч. 4 ст. 559 ЦК України порука припиняється після закінчення строку поруки, встановленого договором поруки. Якщо такий строк не встановлено, порука припиняється у разі виконання основного зобов'язання у повному обсязі або якщо кредитор протягом трьох років з дня настання строку (терміну) виконання основного зобов'язання не пред'явить позову до поручителя. Якщо строк (термін) виконання основного зобов'язання не встановлений або встановлений моментом пред'явлення вимоги, порука припиняється, якщо кредитор протягом трьох років з дня укладення договору поруки не пред'явить позову

до поручителя. Для зобов'язань, виконання яких здійснюється частинами, строк поруки обчислюється окремо за кожною частиною зобов'язання, починаючи з дня закінчення строку або настання терміну виконання відповідної частини такого зобов'язання.

При порушенні зобов'язання, забезпеченого гарантією, виникає обов'язок гаранта сплатити кредиторів певну грошову суму. Проте, як випливає зі змісту ст. 563 ЦК України, така відповідальність настає для гаранта не автоматично, а при пред'явленні до нього відповідної вимоги бенефіціаром. Тобто навіть якщо гаранту стало відомо про порушення зобов'язання принципалом, він може виконати покладені на нього виданою гарантією обов'язки тільки при наявності волевиявлення кредитора.

Відповідно до ч. 4 ст. 563 ЦК України кредитор може пред'явити вимогу до гаранта у межах строку, встановленого у гарантії, на який її видано. Пропуск зазначеного строку є підставою для відмови гаранта від задоволення вимог кредитора (ч. 1 ст. 565 ЦК України).

Відповідно до ч. 1 ст. 35 Закону України «Про іпотеку» у разі порушення основного зобов'язання та/або умов іпотечного договору іпотекодержатель надсилає іпотекодавцю та боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця, письмову вимогу про усунення порушення. В цьому документі зазначається стислий зміст порушених зобов'язань, вимога про виконання порушеного зобов'язання у не менш ніж тридцятиденний строк та попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки у разі невиконання цієї вимоги. Якщо протягом встановленого строку вимога іпотекодержателя залишається без задоволення, іпотекодержатель вправі прийняти рішення про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору.

Поручитель може відповідати перед іпотекодержателем за невиконання або неналежне виконання боржником основного зобов'язання виключно після того, як таке зобов'язання невиконане в терміни передбачені договором або встановлені законом. Тобто майновий поручитель не набуває комплексу обов'язків стосовно кредитора до моменту, коли боржник не вичерпає всі наявні в нього можливості для самостійного виконання зобов'язання у встановлений термін [9, с. 102].

Характеризуючи забезпечувальні відносини, слід зазначити, що для третьої особи, яка набуває статусу боржника, законодавством встановлені чіткі межі її обов'язків. Відповідно до ч. 2 ст. 554 ЦК України поручитель відповідає перед кредитором

у тому ж обсязі, що і боржник, включаючи сплату основного боргу, процентів, неустойки, відшкодування збитків, якщо інше не встановлено договором поруки.

Ні основному боржнику, ні поручителю, як правило, при укладенні договору поруки невідомо, у якому розмірі кредитор можуть бути спричинені збитки, оскільки збитки можуть бути як реальні, так і у вигляді упущеної вигоди. ... Таким чином, при укладенні договору поруки поручитель зобов'язується перед кредитором відповідати за такий обсяг відповідальності, який може перевищувати або значно перевищувати розмір самого основного зобов'язання [5, с. 208].

Відповідно до ст. 566 ЦК України обов'язок гаранта перед кредитором обмежується сплатою суми, на яку видано гарантію. При цьому закон розмежує саме зобов'язання гаранта (сплатити суму, на яку видана гарантія) та відповідальність гаранта за невиконання чи неналежне виконання ним цього обов'язку.

У гарантії необхідно вказати суму гарантії. Відсутність у гарантії вказівки на суму, на яку вона видана, робить відповідальність гаранта практично необмеженою, а це не відповідає його інтересам. Вказана у гарантії сума є остаточною та максимальною, на яку може розраховувати бенефіціар при пред'явленні вимоги до гаранта. Вона не залежить від фактичних збитків бенефіціара, які виникли внаслідок реалізації кредитного ризику у відносинах між бенефіціаром та принципалом [8, с. 171].

Оскільки у ЦК України не закріплено способу вираження даної грошової суми, вона може визначатися умовами гарантії або у вигляді твердої суми, або у процентному відношенні до суми зобов'язання тощо. Обсяг зобов'язання, що виконується, не може виходити за межі суми, визначеної в гарантії.

Відповідно до ст. 18 Уніфікованих правил МТП для гарантій на вимогу грошова сума, яка виплачується відповідно до гарантії, повинна бути зменшена на суму будь-яких виплат, зроблених гарантом для задоволення платіжної вимоги. Якщо максимальна грошова сума, вказана в гарантії, була повністю сплачена на підставі платіжної вимоги, то дія гарантії припиняється.

Відповідно до ст. 566 ЦК України у разі порушення гарантом свого обов'язку його відповідальність перед кредитором не обмежується сумою, на яку видано гарантію, якщо інше не встановлено у гарантії.

Майновий поручитель несе відповідальність перед іпотекодержателем за невиконання боржником основного зобов'язання виключно в межах

вартості предмета іпотеки (ст. 11 Закону України «Про іпотеку»).

Обмеження відповідальності майнового поручителя виключно в межах вартості предмета іпотеки означає, що майновий інтерес кредитора у разі звернення стягнення на предмет іпотеки може бути забезпечений (задоволений):

а) в повному обсязі, якщо вартість предмета іпотеки дорівнюватиме розміру вимог кредитора за основним зобов'язанням або перевищуватиме його;

б) частково, якщо вартість предмета іпотеки буде нижчою за розмір вимог кредитора за основним зобов'язанням [1, с. 188].

Обмеження відповідальності майнового поручителя вартістю заставленого майна призводить до того, що майновий поручитель і боржник у зобов'язанні, забезпеченому заставою, не можуть відповідати перед кредитором як солідарні боржники.

Третя особа є зобов'язаною стороною у забезпечувальному правовідношенні, проте її обов'язок перед кредитором не співпадає з обов'язком боржника за основним зобов'язанням. У випадку невиконання чи неналежного виконання основного зобов'язання кредитор не може розраховувати на реальне виконання поручителем, гарантом чи майновим поручителем того, що повинен був виконати основний боржник.

Г. Гриценко зокрема зазначає, що обов'язок поручителя полягає не у виконанні обов'язку боржника (реальне виконання), а лише за об'ємом співпадає з відповідальністю боржника (сплата суми, еквівалентної компенсаторним збиткам) [3, с. 74].

Слушною є думка М.О. Мількова стосовно того, що забезпечення виконання зобов'язання третьою особою породжує єдиний комплекс правових зв'язків, який проходить у своєму розвитку дві основні стадії: від моменту вираження третьою особою волі на прийняття несприятливих наслідків, які можуть виникнути з основного зобов'язання, до моменту невиконання чи неналежного виконання своїх обов'язків боржником і від моменту такого невиконання зі сторони боржника до виконання його обов'язків повністю або в частині третьою особою чи до припинення зобов'язання з інших підстав [6, с. 114].

Відповідно до ч. 2 ст. 556 ЦК України до поручителя, який виконав зобов'язання, забезпечене порукою, переходять усі права кредитора у цьому зобов'язанні, в тому числі й ті, що забезпечували його виконання.

Аналогічне правило встановлене і для майнового поручителя ст. 11 Закону України «Про іпо-

теку», відповідно до якої у разі задоволення вимог іпотекодержателя за рахунок предмета іпотеки майновий поручитель набуває права кредитора за основним зобов'язанням. Крім того, відповідно до ч. 3 ст. 42 Закону України «Про іпотеку» майновий поручитель, який виконав основне зобов'язання повністю або в частині, має право вимагати від боржника відшкодування сплаченої майновим поручителем суми.

У даних випадках мова йде про заміну кредитора відповідно до ст. 512 ЦК України. При цьому, як слушно зазначає О.Є. Самбір, суброгації прав кредитора майновому поручителю за суб'єктивним складом, умовами слід відрізнити від інших суброгацій, передбачених цивільним законодавством, насамперед від суброгації прав кредитора поручителю. Захист інтересів майнового поручителя повинен обмежуватись не тільки переходом до нього прав кредитора, але й охоплювати можливість відшкодування втрат, зумовлених виконанням зобов'язку боржника [7, с. 93].

Відповідно до ч. 1 ст. 569 ЦК України гарант має право на зворотну вимогу (регрес) до боржника в межах суми, сплаченої ним за гарантією кредиторів, якщо інше не встановлено договором між гарантом і боржником.

Редакція ч. 1 ст. 569 ЦК України дає змогу вважати, що: гарант домовленістю між ним і боржником може бути позбавлений права на зворотну вимогу; гарант відповідно до договору з принципалом може мати право на регрес, але в межах, що відрізняються від суми, сплаченої гарантом бенефіціару [10, с. 500].

Таким чином, регресна вимога гаранта до принципала пред'являється на підставі факту виплати гарантом бенефіціару суми, яка підлягала виплаті і не була сплачена принципалом за основним зобов'язанням.

Належним виконанням зобов'язку принципала, спрямованим на задоволення регресної вимоги гаранта, є відшкодування принципалом гаранту грошових сум, сплачених бенефіціару за гарантією.

Висновки. Забезпечення виконання зобов'язань є важливим чинником їх належного виконання, а обрання конкретного виду забезпечення безпосередньо впливає на можливість задоволення інтересів кредитора. Укладення договорів поруки та іпотеки, видача гарантії породжує певний правовий зв'язок між третьою особою (поручителем, майновим поручителем, гарантом) та основним зобов'язанням. Разом з тим, до моменту порушення зобов'язання основним боржником, третя особа не впливає на динаміку договірної зобов'язання. Зміна юридичного становища третьої особи залежить від одно-

сторонніх дій боржника, оскільки саме у випадку порушення боржником основного зобов'язання настають несприятливі наслідки для третьої особи, які полягають в її зобов'язку виконати зобов'язання у встановлених межах.

Якщо основне зобов'язання виконане належним чином основним боржником, забезпечувальне зобов'язання припиняється, а третя особа звільняється від ризику настання несприятливих наслідків.

Список використаної літератури

1. Беляневич О. Про диспозитивність регулювання іпотеки за участю майнового поручителя. Підприємництво, господарство і право. 2018. № 5. С. 186-192.
2. Бровченко І.О. Участь третіх осіб у цивільно-правових зобов'язаннях: дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.03. Харків, 2009.
3. Гриценко Г. Щодо множинності «боржників» у зобов'язанні, забезпеченому порукою. Юридична Україна. 2008. № 5. С. 68-74.
4. Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнецова та ін.; за ред. О.В. Дзери. К.: Юрінком Інтер. 2008. 896 с.
5. Карасова О.П. Порука як спосіб забезпечення виконання кредитних зобов'язань: теоретичні та практичні аспекти. Економічна теорія та право. 2015. № 3 (22). С. 202-217. URL: <http://econflaw.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2015/12/3-202-217.pdf>
6. Мильков М.А. Обязательства с участием третьих лиц в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.03. М., 2010. 179 с.
7. Самбір О.Є. Суброгація прав кредитора майновому поручителю. URL: http://univer.km.ua/statti/5.sambir_o_je_subrohatsiya_prav_kredytora_maynovomu_poruchytelyu.pdf
8. Соболева Н.В. Банковская гарантия как способ обеспечения обязательств и практика ее применения в банковской деятельности: дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.03. Томск, 2005.
9. Стратійчук В.В. Іпотека в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.03. Київ, 2017.
10. Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є.О. Харитоновна, О.М. Калітенко. Одеса: Юридична література, 2003. 1080 с.
11. Чанишева А.Р. Зміст зобов'язальних іпотечних правовідносин. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/1153/Chanushe.pdf>

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА СЛОМА Валентина Миколаївна,

кандидат юридичних наук, доцент,
кафедри цивільного права і процесу
Тернопільського національного економічного
університету

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
SLOMA Valentyna Mykolayivna,
Candidate of Law Sciences, Associate Professor,
Associate Professor of the Department of Civil
Law and Process of Ternopil National Economic
University
slomavm@gmail.com

Drept familial

УДК 347.6

К ВОПРОСУ О ПРИЗНАКАХ ИСТОЧНИКОВ СЕМЕЙНОГО ПРАВА

Владимир ВАТРАС,

кандидат юридических наук, доцент,

профессор Хмельницкого университета управления и права имени Леонида Юзькова

В научной статье проанализированы взгляды украинских и зарубежных ученых-правоведов относительно определения признаков источников семейного права. Автором выделены признаки источников семейного права, общие с признаками источников иных отраслей права: правотворческая значимость, всеобщность, нормативность, общеобязательность, гарантированность средствами общественного воздействия или государственного принуждения, формальная определенность содержания, официальный характер, публичность, особая юридическая форма выражения и закрепления правовых предписаний, легальность и легитимность, системность, внутренняя структурированность и иерархичность. Также выделены специфические признаки источников семейного права: специфический предмет и метод правового регулирования; большое влияние традиций и/или религии на содержание источников семейного права, особенно в странах с традиционной и мусульманской правовой системой; кодифицированный правовой акт как основной источник семейного права.

Ключевые слова: источник права, источник семейного права, нормативность, иерархичность, системность.

ON THE FEATURES OF FAMILY LAW SOURCES

Volodymyr VATRAS,

candidate of legal sciences, associate professor, professor of department of civil law and procedure of Leonid Yuzkov Khmelnytsky University of Management and Law

The scientific article author analyzes the views of Ukrainian and foreign legal scholars on determining the features of sources of family law. The author identifies features of sources of family law, common with features of sources of other branches of law: law-making significance, universality, normativity, general obligation, guarantee of means of public influence or state coercion, formal certainty of content, official nature, publicity, special legal form of expression and consolidation of legal requirements, legality and legitimacy, systematicity, internal structure and hierarchically. Specific features of family law sources are also highlighted: specific subject matter and method of legal regulation; great influence of traditions and / or religion on the content of family law sources, especially in countries with traditional and Muslim legal systems; codified legal act as the main source of family law.

Keywords: source of law, source of family law, normativity, hierarchically, systematicity.

Autorul articolului științific analizează opiniile cercetătorilor juridici ucraineni și străini cu privire la determinarea caracteristicilor surselor de drept familial. Autorul identifică trăsăturile surselor dreptului familiei, comune cu trăsăturile surselor altor ramuri ale dreptului: semnificația legii, universalitatea, normativitatea, obligația generală, garanția mijloacelor de influență publică sau constrângerea statului, certitudinea formală a conținutului, natura oficială, publicitate, formă juridică specială de exprimare și consolidare a cerințelor legale, legalitate și legitimitate, sistematicitate, structură internă și ierarhic. Sunt evidențiate caracteristici specifice ale surselor de drept familial: obiectul specific și metoda reglementării legale; influență mare a tradițiilor și / sau religiei asupra conținutului surselor de drept familial, în special în țările cu sisteme juridice tradiționale și musulmane; act juridic codificat ca principală sursă a dreptului familiei.

Cuvinte-cheie: sursă de drept, sursa dreptului familiei, normativitate, ierarhic, sistematicitate.

Постановка проблемы. Актуальность темы исследования. Существенное обновление и реформирование семейного законодательства, состоявшееся в 2004 году в связи с вступлением в силу Семейным кодексом Украины и дальнейшие правотворческие процессы, обусловленные развитием независимого украинского государства, интегрированием его в мировое

и европейское политическое, экономическое и социальное пространство, имплементация заключенного между Украиной и Европейским Союзом Соглашения об ассоциации, особенно в части обновления гражданского и семейного законодательства, а также признание в качестве источников права решений и практики Европейского суда по правам человека, вызывает необходимость

переработки теоретико-правовых основ многих семейно-правовых институтов. Особое значение в этом аспекте имеет научное исследование признаков и правовой природы источников семейного права Украины и других государств, поскольку этому вопросу в теории семейного права было уделено достаточно мало внимания.

Состояние исследования. На сегодня проблематика определения признаков источников права в рамках теории права или доктрины отдельных отраслей права представлена научными трудами многих ученых-правоведов. В частности, можно привести таких ученых, как С. В. Бошно, А. П. Васильченко, Т. В. Гурова, А. М. Дроздов, С. Л. Зивс, К. Ю. Исмаилов, В. В. Копейчиков, Н. Н. Марченко, Н. П. Пархоменко, Н. Н. Разумович, В. В. Решота, А. Ф. Скакун, А. Ф. Шебанов, А. М. Ярошенко и прочих, которые касались различных аспектов исследуемой проблемы, однако либо в контексте определения признаков источников права вообще, либо источников отдельных отраслей права – конституционного, уголовно-процессуального, трудового, административного. Однако до сих пор отсутствует комплексное исследование, в котором бы подробно и системно были изложены вопросы относительно признаков источников семейного права Украины. В связи с этим, возникает необходимость более глубокого и полного научного исследования данной научной проблемы.

Целью и задачей этой научной статьи является определение на основании достижений правовой доктрины общих и специфических признаков источников семейного права Украины.

Изложение основного материала.

Для определения общих признаков семейного права, по нашему мнению, следует обратиться к научным трудам ученых, которые непосредственно занимались вопросами исследования правовой природы источников права.

В частности, по мнению Н. Н. Вопленка, признаками источники права являются:

а) правотворческая значимость источника права – источник права создается в процессе специальной правотворческой деятельности (таким образом создаются законы и другие нормативно-правовые акты), а его практическое значение выражается в установлении норм права, созданные в особом порядке (это касается правовой доктрины, обычаев, юридической доктрины и религиозных норм). Признаками правотворческой значимости источников права являются: неконкретность адресата, возможность неоднократного применения, сохранение действия предписания независимо от его выполнения;

б) нахождение в виде юридически оформленной государственной воли – в зависимости от исторического типа государства и права и особенностей политического режима, объективно сложившегося в данном обществе государственная воля может быть представлена либо в виде системы интересов экономически и политически господствующего класса, а в определенные периоды даже одного человека, или как сложное выражение политической борьбы и сотрудничества классов, социальных слоев, участвующих в политике и правотворческой деятельности, когда государственная воля является результатом правотворческого компромисса, достигнутого на данном этапе борьбы политических сил и получивших свое юридическое выражение в деятельности нормотворческих органов;

в) государственная обязательность и гарантированность – с одной стороны источник право – это правовой акт, содержащий в себе разрешения, запреты, позитивные обязанности, невыполнение которых приводит к «включения» механизма правоохранительной деятельности, с другой – юридическая процедура осуществления охраны права от нарушения базируется на предписаниях, содержащихся в источнике права, предоставляющая государственному принуждению свойства законности и легитимности;

г) особая юридическая форма – в форме принятых государством правовых актов различной юридической силы в зависимости от вида нормативного акта и субъекта правотворчества;

д) установление основ, принципов правового регулирования в определенных сферах общественной жизни [1, с. 5-8].

По мнению К. Ю. Исмаилова, признаками источников права являются:

1) нормативность – во всех источниках права содержится набор определенных правил поведения в той или иной сфере общественных отношений, регулируемых правом. Их применение рассчитано на неопределенное количество случаев;

2) норма права, содержащаяся в источнике, имеет соответствующие формы выражения и закрепления;

3) публичность – влияние государства на формирование круга источников права – государство и его органы могут самостоятельно разрабатывать те или иные источники права и вводить их в действие (например, нормативно-правовые акты), могут их санкционировать (например, правовой обычай)

4) общеобязательность – осуществление правовых предписаний всеми субъектами права об-

условлена их защитой со стороны государства и возможностью применения мер принуждения к нарушителю соответствующих правовых предписаний;

5) формальная определенность как выражение, так и закрепления – четкость и определенность формулировок субъективных прав и юридических обязанностей, санкций за их нарушение, документальный характер закрепления в источниках права правил поведения субъектов;

6) легальность – правомерность возникновения и функционирования;

7) приобретают и теряют юридическую силу, внесение изменений в соответствии со специальной юридической процедуры [2, с. 102].

Кроме того, ученый присоединяется к высказанной мысли в юридической литературе о наличии у источников права таких признаков, как доступность (свободный доступ всех субъектов права к получению информации о содержании источника, основанный на определенном порядке его обнародования, официального опубликования, а также требованием о понятности языка и формы изложения источников права [3, с. 97]), легитимность (признание нормы населением с помощью показателя ее соблюдения или нарушения [4, с. 10]), иерархичность (источники права образуют определенную иерархию по юридической силе, располагаются в порядке последовательного уменьшения последней [5, с. 10]), системный характер (который выявляется во взаимосвязях между ними [6, с. 11]) и самодостаточность (возможность напрямую, без наличия каких-либо вспомогательных механизмов применять его [7, с. 19]).

По мнению С. В. Бошно, признаками формы (источники) права являются: четкость внешнего выражения, то есть форма права имеет устойчивую внешнюю оболочку, которая носит как правило языковую форму; определенность содержания – норма права должна содержать те положения, которые единообразно понимаются субъектами права; продолжительность существования; общеизвестность; обязательность, обеспеченная средствами общественного воздействия или государственным принуждением; всеобщность; нормативность; разумность и справедливость; легальность (для нормативно-правовых актов, поскольку невозможно определить правомерность создания обычая, который возникает непосредственно из общественной практики, без особых процедурных правил) [8, с. 67-74].

Н. М. Пархоменко относит к признакам источников права такие: источник права является официальной формой выражения и закрепления

воли субъектов правотворчества, среди которых общество, народ, государство в лице органов государственной власти; имеет особый порядок возникновения; государственная обязательность и государственная гарантированность; формальность; нормативность; юридическая сила; иерархия; системность содержания; стабильность; действие во времени, пространстве и по кругу лиц [9, с. 72].

В. В. Решота, исследуя признаки источников административного права выделял следующие признаки:

– письменный акт, то есть документ, имеющий официально документарную форму выражения. Источники права всегда носят письменный характер, выражающий их общую обязательность и возможность доведения до адресата;

– официальность источников административного права, характеризуется тем, что они принимаются только компетентным субъектом или субъектами в пределах полномочий соответствующего органа или должностного лица или другими субъектами, которым делегировано такое полномочие;

– общеобязательность, определяет необходимость выполнения и соблюдения правовых норм, содержащихся в источниках административного права, в случае невыполнения которых государство принимает меры государственного принуждения;

– нормативность, то есть способность источников административного права регулировать отношения в сфере организации и функционирования публичной администрации, то есть тех отношений, которые составляют предмет административного права;

– формальная выраженность источников административного права, определяется способностью четко урегулировать общественные отношения в сфере публичного администрирования, четко устанавливать права и обязанности участников таких правоотношений;

– многократность применения источников административного права, предусматривает возможность правового акта неоднократно урегулировать общественные отношения;

– определены границы действия во времени, пространстве и по кругу лиц;

– системность, ведь источники права в своей совокупности составляют систему, характеризуется относительной устойчивостью связей между ее элементами, то есть нормативно-правовых предписаний, объективирует и выражают соответствующую административно-правовую норму;

– источниками административного права могут быть и акты, которые не направлены на регулирование общественных отношений, однако могут влиять на действие административно-правовых норм, например, судебные решения. Такие источники имеют производное значение от норм административного права;

– акты органов публичной администрации высшего уровня является основой для принятия актов ведомственного и локального характера соответствующими органами низшего уровня;

– отсутствие общеотраслевого кодификационного акта, административного кодекса, хотя наряду с этим существуют кодексы, регулирующие отдельные институты административного права;

– относительное большинство в системе источников административного права составляют подзаконные нормативно-правовые акты;

– источники административного права содержат материальные, процессуальные и процедурные нормы в отличие от других отраслей права. В то же время включение процессуальных норм может быть дискуссионным вопросом в связи с различными подходами к определению понятия «административный процесс» и выделение административно-процессуального права в самостоятельную отрасль права [10, С. 47-50].

По мнению А. Н. Ярошенко, который исследовал источники трудового права, признаками источников права являются: формальная определенность, общеобязательность, общеизвестность, внутренняя структурированность [11, с. 23-24].

А. П. Васильченко, при определении признаков источников конституционного права определяла следующие: формальная определенность, общеобязательность, общеизвестность, системный характер, построение составных элементов системы источников права по иерархическому принципу [12, с. 29-34].

В связи с вышеизложенным, заметим, что в целом можно согласиться с мнениями указанных ученых с определенными оговорками. Так, говоря о таких признаках источников семейного права, как правотворческая значимость, следует сказать о том, что напрямую это касается лишь нормативно-правовых актов, судебных прецедентов и в ряде стран также – правовых обычаев и религиозных норм. В то же время, такие источники семейного права, как договора, в том числе международные, а также принципы семейного права, судебная практика и правовая доктрина лишь влияют на правотворчество, но как правило новых правовых норм не создают. Тоже можно сказать о таком свойстве источников семейного

права, как всеобщность, ведь семейно-правовые договора как правило касаются только их участников, хотя в процессе разрешения споров, возникающих из этих договоров, суд или другой государственный орган обязан учитывать как стороны урегулировали собственные отношения, кроме случаев, когда при его заключении они вышли за пределы дозволенного законодательством. Но в то же время, следует говорить об обязательном признании таких договоров, если они не признаны недействительными, другими субъектами права в части признания того правового режима, который установлен этим договором, если конечно он не нарушает права и законные интересы других лиц. Однако, такое свойство как общеизвестность присуща не всем источникам права, а лишь тем, которые исходят от государства. Те же источники права, которые санкционированы государством (обычай, религиозные нормы, правовая доктрина и т.д.) таким свойством не владеют, хотя возможна их систематизация – официальная или неофициальная.

В остальном можем согласиться с выше изложенным перечнем свойств источников семейного права и признать таковыми следующие: правотворческая значимость, всеобщность, нормативность, общеобязательность, гарантированность средствами общественного воздействия или государственного принуждения, формальная определенность содержания, официальный характер, публичность, особая юридическая форма выражения и закрепления правовых предписаний, легальность и легитимность, системность, внутренняя структурированность и иерархичность.

Что касается специфических признаков источников семейного права, то как уже заявлялось они к сожалению в юридической литературе не выделялись. В то же время, можно сказать, что во в первых, о специфичности предмета и метода регулирования – источниками семейного права регулируются именно семейные правоотношения с широким применением диспозитивного метода правового регулирования. В этом плане прослеживается сходство источников семейного и гражданского права. Договор в семейном праве может регулировать широкий круг правоотношений между супругами и часто нормы семейного законодательства начинают применяться только в случае отсутствия соответствующего договора между супругами. В то же время, если говорить о семейном праве Украины, роль договора тут не такая большая – договор не может существенно ухудшить положение сторон, что в определенной мере означает преимущественное регулирование

имущественных правоотношений между супругами именно нормативно-правовыми актами. Во вторых, источники семейного права подвержены большому влиянию традиций и религии и хотя в данное время их роль уменьшилась, но само развитие и формирование источников долгое время зависело именно от роли церкви и традиций в обществе, а в ряде стран с мусульманской и традиционной правовыми системами их значение в регулировании семейных правоотношений сохраняется. В третьих, на современном этапе, если говорить как о странах с континентальной правовой системой, так и о странах с англо-американской правовой системой, основы правового регулирования семейных отношений, наиболее важные семейно-правовые институты урегулированы нормативно-правовыми актами, как правило кодифицированными (в странах Западной Европы – это гражданские кодексы, Восточной – семейные кодексы, в Великобритании, США и других странах с англо-американской правовой системой – это как правило законы).

Выводы. Таким образом, признаками источников семейного права являются:

1) общие с источниками права в целом:

– правотворческая значимость – приводит к возникновению прав, обязанностей и ответственности субъектов семейных правоотношений, их изменения и прекращения, является следствием создания правовой нормы или ее существенного изменения вследствие установления порядка ее применения или интерпретации;

– всеобщность – могут урегулировать любые правоотношения между физическими, юридическими лицами и государством;

– нормативность – в подавляющем большинстве распространяются на неопределенный круг лиц и на все случаи, аналогичные описанным в правовом предписании; выполнения правового предписания не прекращает действие источника семейного права, как правило допускает длительный характер применения;

– общеобязательность – распространяется на всех адресатов правового предписания, отвечающих требованиям правосубъектности;

– гарантированность средствами общественного воздействия или государственного принуждения;

– формальная определенность содержания – способность быть регулятором общественных отношений, четко определяя права и обязанности субъектов правоотношений, а также основания их возникновения, изменения и прекращения;

– официальный характер – субъектом право-

творчества как правило является компетентный государственный орган или другой субъект, право создавать нормы которым санкционировано государством, процедура издания, вступления в силу и отмены источников права как правило четко определена, определены границы действия во времени, пространстве и по кругу лиц;

– публичность – является выражением юридически оформленной воли государства, социальных групп, составляющих большинство или являющихся господствующими в обществе, общества в целом;

– особая юридическая форма выражения и закрепления правовых предписаний – существование в виде официально установленных правовых документов или писаных или неписаных норм, санкционированных государством;

– легальность и легитимность – правомочность возникновения и действия правовых предписаний, признание их как со стороны государства, так и со стороны адресатов;

– системность, внутренняя структурированность и иерархичность – все источники семейного права составляют систему, взаимосвязаны между собой; выражают совокупность устойчивых связей источники права, обеспечивающие его целостность, соответствующую организацию правовых положений, их компоновки; издание одних правовых источников становится возможным в случае указания об этом в другом, внесение изменений в один из источников вызывает необходимость внесения аналогичных изменений в других, связанных источниках права; правовые источники, принятые одними субъектами правотворчества могут иметь высшую силу по сравнению с правовыми источниками, принятыми другими;

2) особые признаки:

– особый предмет и метод регулирования – источниками семейного права регулируются именно семейные правоотношения с широким применением диспозитивного метода правового регулирования (что обуславливает возможность решения большинства вопросов, связанных с определением правового статуса супругов, родителей и детей, других членов семьи, правового режима их имущества, управление их имуществом, выполнения алиментных обязанностей, кроме случаев, если такое регулирование ставит положение супругов, родителей и детей в худшее положение, чем это определено семейным законодательством);

– большое влияние традиций и/или религии на содержание источников семейного права, особенно в странах с традиционной и мусульманской правовой системой;

– основным источником права является кодифицированный правовой акт (для стран с континентальной правовой системой), который имеет высшую силу по сравнению с другими правовыми актами семейного законодательства.

Список использованной литературы

1. Вопленко Н. Н. Источники и формы права: Учебное пособие. Волгоград: Издательство ВолГУ, 2004. 102 с.
2. Исмаилов К. Ю. Конкуренція термінів «джерело права» і «форма права». *Європейські перспективи*. 2011. № 1. Ч. 2. С. 96-103.
3. Теория государства и права. Под. ред. В.П. Малахова, В.Н. Казакова. М.: Академический Проект, Екатеринбург: Деловая книга, 2002. 576 с.
4. Карапетян С.А. Источники конституционного права Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02. Конституционное право; государственное управление; административное право; муниципальное право. Р-н-Д, 1998. 26 с.
5. Пархоменко Н.М. Джерела права: проблеми теорії та методології: Монографія / Н.М. Пархоменко. К.: ТОВ Видавництво «Юридична думка», 2008. 336 с.
6. Цоклан В.І. Система сучасних джерел конституційного права України: проблеми теорії та практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02. Конституційне право; муніципальне право. К., 2008. 23 с.
7. Дроздов О.М. Джерела кримінально-процесуального права України: Монографія. Харків: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2008. 208 с.

8. Бошно С. В. Форма права: теоретико-правовое исследование : дисс. ... доктора юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства ; история правовых учений» М., 2005. 440 с.

9. Пархоменко Н. М. Джерела права: теоретико-методологічні засади. Дис. ... докт.юр.наук. 12.00.01. Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень. К., 2009. 442 с.

10. Решота В. В. Застосування джерел адміністративного права в судочинстві України: дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.07. Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право, Львів, 2018. 473 с.

11. Ярошенко О. М. Джерела трудового права України. Дис. ... докт.юр.наук. 12.00.05. Трудове право; право соціального забезпечення. Х., 2007. 476 с.

12. Васильченко О. П. Джерела конституційного права України (системно-функціональний аналіз): дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02. Конституційне право. К., 2007. 248 с.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Ватрас Владимир Антонович – кандидат юридических наук, доцент, профессор Хмельницкого университета управления и права имени Леонида Юзькова, E-mail: vatras@ukr.net

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Vatras Volodymyr Antonovych – candidate of legal sciences, associate professor, professor of department of civil law and procedure of Leonid Yuzkov Khmelnytsky University of Management and Law, E-mail: vatras@ukr.net

Drept contravențional

УДК 342.922:351.71

МЕЖИ ДІЯЛЬНОСТІ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ У ВІДНОСИНАХ ЩОДО ВИКОРИСТАННЯ ПУБЛІЧНОГО МАЙНА: ТЕНДЕНЦІЇ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Наталія ЗАДИРАКА,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри адміністративного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

З позицій «триступеневого тесту» позитивну динаміку відносин щодо використання публічного майна можна досягти через належне нормативно-правове забезпечення. Запропоновано підтримувати соціально відповідальну поведінку уповноважених осіб; гарантувати прозорість і відкритість, дотримуватися верховенства права у діяльності публічної адміністрації; створити організаційно-економічні умови відносин з урахуванням принципів соціальної відповідальності з метою активізації соціально-партнерського формату взаємодії та співпраці під час використання публічного майна.

Ключові слова: публічний інтерес, адміністративна юстиція, Європейський суд з прав людини, «триступеневий тест», легітимна мета, законність, пропорційність, «чиста теорія».

BOUNDARIES FOR PUBLIC ADMINISTRATION IN RELATIONSHIP TO USE OF PUBLIC PROPERTY: TENDENCIES OF JUDICIAL PRACTICE

Nataliia ZADYRAKA,

Associate Professor at the Administrative Law Department of the Law Faculty of Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ph.D. in Law, Associate Professor

The standpoint of the “three-step test”, the positive dynamics of relations on the use of public property could be achieved through legal support. It has been proposed to support socially responsible behaviour of authorized persons; to guarantee transparency and openness, to adhere to the rule of law in the activities of public administration; to create organizational and economic conditions of relations taking into account the principles of social responsibility in order to activate the social partnership format of interaction and cooperation during the use of public property.

Keywords: public interest, administrative justice, European Court of Human Rights, “three-step test”, legitimate aim, rule of law, proportionality, “pure theory”.

Постановка проблеми. Для забезпечення законності відносин щодо використання публічного майна важливо застосовувати оптимальну модель адміністративної юстиції, що узгоджується з публічним інтересом. Історіографія відносин зі становлення органів адміністративної юстиції та формування інституту публічного майна, а також подібність правових систем з країнами континентального права обумовили засадничі характеристики функціонування української моделі адміністративної юстиції. Хоча українська модель адміністративної юстиції базується на підходах континентальної моделі, запропоновано на національному рівні встановити оптимальну модель адміністративної юстиції для розв’язання юрисдикційних та позаюрисдикційних спорів щодо публічного майна з урахуванням глобалізаційних змін у відносинах

щодо публічного майна. Така модель має відповідати іноземним підходам щодо уніфікації та стандартизації процедур, більш ґрунтовному й оперативному здійсненню проваджень в адміністративному чи судовому порядку.

Актуальність теми. Реалізуючи правовий режим публічного майна з позицій наднаціонального і національного права потрібно зважати на легітимність і пропорційність обмежень, що можуть бути встановлені. Українські реалії конфліктів у відносинах щодо публічного майна обумовлюють необхідність звернення до органів адміністративної юстиції. Такі спори стосуються, насамперед, публічно-правових компетенційних характеристик і спільних юрисдикційних ознак.

Стан дослідження. Межі відповідальності суб’єктів публічної адміністрації у відносинах щодо використання публічного майна досліджу-

вали М.С. Демкова, С.С. Коба, І.О. Лавриненко, Г.Г. Лохан, Р.В. Миронюк, І.В. Паламарчук, В.М. Пишида, Н.П. Свиридюк, І.А. Сердюк, Д.Я. Український та інші науковці.

Метою та завданням статті є розкриття впливу практики Європейського суду з прав людини на встановлення меж діяльності публічної адміністрації у відносинах щодо використання публічного майна.

Виклад основного матеріалу дослідження. «Триступеневий тест» щодо використання публічного майна реалізується згідно з принципами законності, легітимної мети в інтересах демократичного суспільства та пропорційності (справедливого балансу інтересів). Вкрай важливо зважати на легітимність і пропорційність обмежень при реалізації правового режиму публічного майна як з позицій наднаціонального, так і національного права. Супутнім правозастосовним і методологічним орієнтиром є положення «чистої теорії» Г. Кельзена. Зокрема, йдеться про сприйняття національних правових систем і міжнародного права як єдиного цілого, ієрархічної системи, яка сходиться до так званої Grundnorm [24]. Зasadничим фактором легітимності є категорія демократії [22, с. 45]. Тобто ми маємо на увазі доцільність встановлення та забезпечення демократичного виміру реалізації правового режиму публічного майна. З цього приводу прийнятним є критерій демократичності режиму за аналогією до концепції демократичних *coup d'état*. Так, Озан О. Варол сформулював критерії, що стосуються легітимності влади загалом, а також компромісного характеру взаємодії між учасниками відносин, «трансферу» влади [26, с. 297].

З огляду на викладене, пропонуємо орієнтуватися на «чисте» розуміння правового режиму через абстрагованість, виключення та відмежування від морально-етичних, психологічних, соціологічних та інших елементів відносин щодо використання публічного майна. Як пояснює Г. Кельзен, держава як нормативна система може бути лише позитивним правопорядком [23, с. 17]. Ефективність є умовою чинності права за умови припущення, що «позаду» права повинна бути сила, яка його втілює [25, с. 467]. Тому поняття «право» і «закон» є тотожними для встановлення змісту юридичних норм як норм повинності згідно з критеріями чинності та дієвості [5, с. 29-30]. Дієвість характеризує правовий режим публічного майна за умови застосування відповідних юридичних норм щодо фактичного використання публічного майна, яке цим нормам

відповідає. Чинність пов'язана з фактичною реалізацією правового режиму. Водночас цей правовий режим є об'єктивно чинним, коли використання публічного майна, яке він встановлює, фактично хоча б частково відповідає режимним характеристикам публічного майна.

Згідно з § 37 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Carmel Saliba v. Malta» будь-яке втручання суб'єкта публічної адміністрації в право на мирне володіння майном має бути законним [11], зокрема, при незаконному втручанні в майнові права власника [14]. Наприклад, у справі «Belvedere Alberghiera проти Італії» Європейський суд з прав людини встановив незаконність відмови у поверненні землі за обставин справи. Так, земля заявника була експропрійована з метою будівництва дороги. Згодом компетентний суд скасував рішення про експропріацію, оголосивши його незаконним. Однак, як тільки заявник звернувся з вимогою про повернення землі, то запит було відхилено. Таким чином, національні органи судової влади дійшли протиправного висновку, що передача власності органу влади стала незворотною [9].

Для забезпечення законності відносин щодо використання публічного майна важливо застосувати оптимальну модель адміністративної юстиції, що узгоджується з публічним інтересом. Як пояснюють І. Богомазова та В. Стефанюк, правовий захист з метою забезпечення реалізації прав і свобод людини має здійснюватися незалежним та авторитетним органом. Як правило, у відносинах із владою таким суб'єктом є орган судової влади, оскільки такий суб'єкт вправі вплинути на реалізацію відповідальності публічної адміністрації за свою діяльність [2, с. 3; 20].

Разом з тим, у різних країнах світу моделі адміністративної юстиції охоплюють не лише суди, тобто різняться залежно від національних особливостей державного устрою, а також форми, організації та порядку здійснення контролю за публічною адміністрацією, правовою основою та ефективністю заходів тощо [19, с. 102; 3]. Порівняння відповідного іноземного досвіду показує, що іноземні моделі побудови й організації адміністративної юстиції мають типові ознаки з урахуванням чинної правової сім'ї. Так, можна виокремити континентальну й англо-американську базові моделі адміністративної юстиції. Натомість похідні поточні моделі адміністративної юстиції впроваджуються переважно в кожній конкретній країні, тобто мають специфіку за національним критерієм щодо форм життєдіяльності держави та суспільства.

Історіографія відносин зі становлення органів адміністративної юстиції та формування інституту публічного майна, а також подібність правових систем з країнами континентального права обумовили засадничі характеристики функціонування української моделі адміністративної юстиції. Відповідно, хоча українська модель адміністративної юстиції базується на підходах континентальної моделі, важливо на національному рівні встановити оптимальну модель адміністративної юстиції для розв'язання юрисдикційних та позаюрисдикційних спорів щодо публічного майна з урахуванням глобалізаційних змін у відносинах щодо публічного майна. Це важливо, оскільки наразі простежується тенденція щодо транскордонного формату використання такого майна. Конфлікти на практиці можуть стосуватися не лише європейського рівня, але й охоплювати відносини з країнами англо-американської правової сім'ї. Як наслідок, на національному рівні модель адміністративної юстиції має відповідати іноземним підходам за двома рамковими моделями адміністративної юстиції, що сприятиме уніфікації та стандартизації процедур, більш ґрунтовному й оперативному здійсненню проваджень в адміністративному чи судовому порядку.

Вважаємо доцільним зробити акцент на національних реаліях конфліктів у відносинах щодо публічного майна, які обумовлюють необхідність звернення до органів адміністративної юстиції. Такі спори стосуються, насамперед, публічно-правових компетенційних характеристик і спільних юрисдикційних ознак, зокрема, щодо відносин публічної служби, трудових, земельних, господарських правовідносин. З цього приводу В.Б. Пчелін вказує на подібність різновидів континентальної моделі адміністративної юстиції щодо розв'язання публічно-правових спорів, а саме: Трибуналу конфліктів у Франції, інституційні характеристики функціонування якого можна запровадити на національному рівні в діяльності подібних правових органів [8, с. 57]. Очевидно, що в разі відсутності таких інституцій доцільним є їх створення. Натомість чинна модель соціального діалогу в Україні дозволяє розширити компетенцію Національної тристоронньої соціально-економічної ради щодо розв'язання зазначених спорів щодо публічного майна в адміністративному порядку.

Що ж до здійснення адміністративного судочинства, то конфлікти у відносинах щодо публічного майна з огляду на їхню комплексну природу також можуть характеризуватися юрисдикцій-

ною неоднорідністю. У відносинах щодо публічного майна нерідко виникають юрисдикційні та позаюрисдикційні спори з огляду на нормативну невизначеність ознак цих відносин і відсутність чітких меж використання майна, встановлених законом. Переважну компетенцію щодо розгляду таких справ мають адміністративні суди. Передусім йдеться про спори щодо набуття, переходу, припинення права власності (користування) публічним майном; публічного управління в галузі реалізації правового режиму (встановлення меж адміністративно-територіальних утворень, розподілу і перерозподілу природних ресурсів; ведення державного земельного кадастру; моніторингу, контролю за використанням, відтворенням та охороною природних об'єктів тощо); правового забезпечення охорони публічного майна (від несприятливих природних і техногенних процесів, при консервації земель та ін.); виділення коштів бюджету на відновлення погіршеного стану природних ресурсів як публічного майна; притягнення до юридичної відповідальності за порушення законодавства тощо. Звідси, зважаючи на інституціональний вимір і режимні характеристики публічного майна, важливо забезпечувати єдність судової практики та формулювати уніфіковані правові позиції щодо юрисдикції відносин у сфері його використання.

Засадничим орієнтиром встановлення легітимності мети використання публічного майна є категорія «суспільний інтерес». Наприклад, у справі «Former King of Greece та інші проти Греції» Європейський суд з прав людини встановив такі обставини справи. Заявники, члени королівської сім'ї, стверджували, що законодавчий захід позбавив їх власності на деякі землі в Греції. Уряд стверджував, що законні інтереси держави полягають у необхідності захисту лісів і археологічних об'єктів у межах зазначених маєтків. Додатковим аргументом було то, що оскаржуване законодавство пов'язане з великим суспільним інтересом у збереженні конституційного статусу країни як республіки. Європейський суд з прав людини зазначив, що не було жодних доказів, які підтверджують аргумент Уряду щодо необхідності захисту лісів або археологічних об'єктів. З іншого боку, з огляду на те, що спірний закон був прийнятий майже через 20 років після того, як Греція стала республікою, державі необхідно регламентувати чіткий набір перешкод для її статусу [12].

Принцип легітимної мети пов'язаний з необхідністю врахування інтересів, зокрема, щодо контролю за використанням майна відповідно

до загальних інтересів. У § 111 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Beueler v Italy» закріплено правову позицію про межі втручання у права на підставі законної мети та цілей обмежень, для яких вони встановлені [10]. Йдеться про необхідність юридичної кваліфікації цілей для встановлення меж використання публічного майна відповідно до закону в кожній конкретній справі. Фактично та юридично учасники відносин із використання публічного майна наділені свободою розсуду для вирішення, яка мета є законною.

Публічний інтерес як критерій віднесення спорів у сфері реалізації правового режиму публічного майна до судової адміністративної юрисдикції постає як мотиваційне становище й об'єктивне вольове ставлення особи, групи індивідів, суспільства в цілому (соціальних суб'єктів, які беруть участь у різних суспільних відносинах і взаємодіють з іншими особам) до явищ і предметів навколишньої дійсності, що не залежать від волі суб'єкта (-ів), джерелом яких є об'єктивно присутні соціальні потреби та шляхи їх задоволення, так, щоб зробити можливим реальне використання предмета [4, с. 152].

У різних науках, зокрема в правовій, можна класифікувати це поняття на види відповідно до різних підстав. Зокрема за сферою дії інтереси поділяють на матеріальні (економічні), політичні та духовні. Такий поділ можна застосувати й до поняття публічного інтересу. Матеріальні інтереси пов'язані з виробництвом, розподілом і використанням матеріальних благ, політичні лежать у сфері державної влади, а духовні пов'язані з духовними цінностями, продуктами духовного мистецтва [6, с. 96]. Публічність передбачає здійснення різних видів діяльності для досягнення суспільних цілей: суб'єктом (носієм) є соціум як органічне ціле, де найбільшою мірою спільності володіють інтереси всього суспільства (суспільні інтереси); відбувається врахування базових потреб людей, переважно зумовлених необхідністю соціального розвитку; поєднаним моментом є наявні, ззовні життєво важливі для всього суспільства потреби [7, с. 114].

Обсяг поняття публічного інтересу на різних історичних етапах був неоднаковим. У докласичних науках публічне тлумачилося як загальний інтерес, що є ширшим за приватний, пов'язаний із конкретною особою. У період модерну йшлося про існування публічного інтересу в публічному праві або в системі права в цілому. Наразі публічне право спрямовано на врегулювання відносин, що виникають між державою й окремими осо-

бами щодо здійснення повноважень суб'єктами публічної адміністрації [1, с. 74]. У новітній період на теренах країн пострадянського простору публічний інтерес, насамперед, ототожнюється з державним, але охоплює також спільні інтереси людей як інтереси різного виду товариств, об'єднань (у тому числі територіальних), інтереси колективної самоорганізації та саморегулювання й самоуправління [95, с. 32]. На сучасному етапі публічний інтерес у державно-суспільному та територіальному вимірах в аспекті реалізації правового режиму публічного майна, насамперед, стосується політичних і матеріальних інтересів.

Інтереси особи, яка постраждала внаслідок втручання в права на майно, повинні зважати на інтереси широкої громадськості. Втручання не повинно накладати надмірне або непропорційне навантаження на особу [18]. По суті, має існувати баланс між публічними та приватними інтересами для унеможливлення довільного втручання, що не відповідає закону. При цьому у справі «Jahn та інші проти Німеччини» Європейський суд з прав людини однозначно роз'яснив, що виняткові обставини, як, наприклад, унікальний контекст возз'єднання Німеччини, можуть виправдати відсутність будь-якої компенсації суб'єктам приватного права внаслідок втручання в їхні права на майно [15].

Прикладом може бути справа «Pressos Compania Naviera SA проти Бельгії», згідно з фактичними обставинами якої ряд судовласників, чий кораблі брали участь у зіткненнях у територіальних водах Бельгії, подали позови про відшкодування з приводу недбалості держави. Згодом держава ухвалила законодавство про відмову від права на компенсацію такого збитку і зворотним чином «послабила» вимоги судовласників. Відповідно, вилучення майна (у цьому випадку вимоги) без будь-якої компенсації може бути виправданим лише за визначених обставин. У цій справі законодавство з ретроспективним ефектом за метою та наслідком позбавлення заявників своїх вимог було визнано невідповідним принципу справедливого балансу [16].

Іншим прикладом є справа «Hentrich проти Франції», у якій заявник придбав землю, на якій згодом державна влада захотіла здійснити своє переважне право. Держава стверджувала, що суспільний інтерес у цій справі полягає в запобіганні ухилення від сплати податків [13]. Європейський суд з прав людини зробив висновок, що вилучення державою може бути передбачуваним, як довільним, так і вибірковим. За наведених об-

ставин справи заявник зазнав індивідуальний та надмірний тягар, який міг би бути законним, тільки якщо б йому було відмовлено в ефективному оскарженні заходу, вжитого проти нього ж. Тому був порушений справедливий баланс, який необхідно досягти між захистом права власності та вимогами публічного інтересу [13].

Пропорційність обмежень для здійснення публічного управління при реалізації правового режиму публічного майна виявляється в дотриманні вимог статті 1 Першого протоколу Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод [17]. Відповідно, ключовим обмежувальним чинником здійснення публічного управління при реалізації правового режиму публічного майна має бути принцип справедливого балансу.

Висновки. Отже, з позицій «триступеневого тесту» позитивну динаміку відносин щодо використання публічного майна можна досягти через нормативно-правове забезпечення, що узгоджується з поточними соціально-економічними реаліями, які впливають на вибір методик оцінки економічної ефективності соціальних інвестицій у відносини щодо використання публічного майна, а також відповідних інструментів діяльності публічної адміністрації, зокрема, фінансово-правової, організаційно-економічної, кадрової та інформаційно-аналітичної природи. Зокрема, це дозволить: підтримувати соціально відповідальну поведінку уповноважених осіб; гарантувати прозорість і відкритість, дотримуватися верховенства права у діяльності публічної адміністрації; створити організаційно-економічні умови відносин з урахуванням принципів соціальної відповідальності з метою активізації соціально-партнерського формату взаємодії та співпраці під час використання публічного майна.

Список використаної літератури

1. Банчук О.А. Публічне і приватне право: історія українських вчень і сучасність. Київ: Конус-Ю, 2008. 184 с.
2. Богомазова И. Исторические аспекты становления и развития института подсудности в административном судопроизводстве Украины (IX – XVIII вв.). *Закон и жизнь*. 2014. № 8/2. С. 11–15.
3. Винокурова І. Організаційні моделі адміністративної юстиції. *Вісник Академії прокуратури України*. 2010. № 2. С. 102–107.
4. Задирака Н.Ю., Барікова А.А. Механізм розмежування підвідомчості земельних спорів між господарськими та адміністративними судами. *Адміністративне право і процес*. 2014. № 1(7). С. 148–156.

5. Ковтонюк А.М. Ганс Кельзен і його чиста теорія права. *Університетські наукові записки*. 2007. № 1. С. 28–32.

6. Кряжнов А.В. Публічний інтерес: поняття, види і захиста. *Государство и право*. 1999. № 10. С. 91–99.

7. Перепелиця М. Публічний інтерес як мета діяльності суб'єктів фінансового права. *Вісник Академії правових наук України*. 2009. № 2. С. 112–119.

8. Пчелін В.Б. Сучасні моделі адміністративної юстиції зарубіжних країн. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2017. Вип. 1(2). С. 54–57 (Серія: Юридичні науки).

9. Справа «Belvedere Alberghiera S.r.l. v. Italy»: рішення Європейського суду з прав людини від 30.10.2003 р. № 31524/96. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58834> (дата звернення: 08.03.2019).

10. Справа «Beyleger v. Italy»: рішення Європейського суду з прав людини від 05.01.2000 р. № 33202/96. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58832> (дата звернення: 08.03.2019).

11. Справа «Carmel Saliba v. Malta»: рішення Європейського суду з прав людини від 29.11.2016 р. № 24221/13. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169057> (дата звернення: 08.03.2019).

12. Справа «Former King of Greece and Others v. Greece»: рішення Європейського суду з прав людини від 23.11.2000 р. № 25701/94. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59051> (дата звернення: 08.03.2019).

13. Справа «Hentrich v. France»: рішення Європейського суду з прав людини від 22.09.1994 р. № 13616/88. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57903> (дата звернення: 08.03.2019).

14. Справа «Iatridis v. Greece»: рішення Європейського суду з прав людини від 25.03.1999 р. № 31107/96. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58227> (дата звернення: 08.03.2019).

15. Справа «Jahn and Others v. Germany»: рішення Європейського суду з прав людини від 30.06.2005 р. № 46720/99, 72203/01, 72552/01. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69560> (дата звернення: 08.03.2019).

16. Справа «Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium»: рішення Європейського суду з прав людини від 20.11.1995 р. № 17849/91. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58056> (дата звернення: 08.03.2019).

17. Справа «Scollo v. Italy»: рішення Європейського суду з прав людини від 28.09.1995 р. № 19133/91. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57936> (дата звернення: 08.03.2019).

18. Справа «Valkov and Others v. Bulgaria»: рішення Європейського суду з прав людини від 25.10.2011 р. № 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05, 2041/05. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107157> (дата звернення: 08.03.2019).

19. Старилов Ю. Административная юстиция: проблемы теории. Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 1998. 304 с.

20. Стефанюк В. Судовий адміністративний процес: монографія. Харків: Консум, 2003. 464 с.

21. Тихомиров Ю.А. Публичное право: учеб. Москва: БЕК, 1995. 496 с.

22. D'Aspermont J. Responsibility for Coups d'Etat in International Law. *Tulane Journal of International and Comparative Law*. 2010. № 18. Pp. 451–477.

23. Kelsen H. *Allgemeine Staatslehre* (1925). Wein: Österreichische Staatsdruckerei, 1993. XVI. 433 P.

24. Kelsen H. *General Theory of Law and State*. Harvard: Harvard University Press. 2009. 516 p.

25. Kelsen H. Was ist juristischer Positivismus?. *Juristenzeitung*. 1965. Pp. 465–469.

26. Varol O.O. The Democratic Coup d'Etat. *Harvard International Law Journal*. 2012. № 53. Pp. 292–356.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

ЗАДИРАКА Наталія Юріївна,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри адміністративного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

ZADYRAKA Nataliia Yuriivna,

Candidate of Law Sciences, Associate Professor, Associate Professor of Administrative Law Department of Taras Shevchenko National University of Kyiv;
zadyraka@ukr.net

