

# LEGEA ȘI VIAȚA

Publicație științifico-practică  
ISSN 1810-309X

Întreprindere de stat  
Fondator – Ministerul Justiției  
al Republicii Moldova  
Certificat de înregistrare  
nr. 10202264 din 11.02.1993

Publicație acreditată de Consiliul  
Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică  
al Academiei de Științe a Moldovei prin  
Hotărârea nr. 61 din 30.04.2009

## Categoria C

*Asociați:* Curtea Constituțională, Curtea Supremă de Justiție, Ministerul Afacerilor Interne, Ministerul Sănătății, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată, Institutul de Istorie, Stat și Drept al Academiei de Științe a Moldovei, Academia „Ștefan cel Mare” a MAI, Universitatea de Stat „B. P. Hasdeu” (Cahul), Universitatea Slavonă, Universitatea „Spiru Haret” (Constanța), Universitatea „Petre Andrei” (Iași).

Se editează din ianuarie 1991  
Nr. 2 (254) 2013

Redactor-șef L. Arsene

### Colegiul de redacție:

Gh. Alecu, doctor în drept, prof. univ. (Constanța, România); A. Armeanic, doctor în drept, conf. univ.; V. Balmuș, doctor în drept; C. Bocancea, doctor în drept, prof. univ. (Iași, România); V. Bujor, doctor în drept; A. Burian, doctor habilitat în drept; T. Capșa, doctor în drept; Gh. Costachi, doctor habilitat în drept, prof. univ.; I. Floander, doctor în drept (Constanța, România); M. Gheorghită, doctor habilitat în drept, prof. univ.; Gh. Gladchi, doctor habilitat în drept; V. Guțuleac, doctor în drept, prof. univ.; V. Florea, doctor în drept, prof. univ.; V. Moraru, doctor în drept, prof. univ.; V. Naumov, redactor-șef adjunct; V. Popa, doctor habilitat în drept, prof. univ.

### Adresa redacției:

Casa presei, et. 5 – 531; 515  
str. Pușkin 22, mun. Chișinău, MD - 2012,  
Republica Moldova  
Tel.: 233 790; mob. 067431762;  
234 132 (contabilitatea)

E-mail: [legea\\_zakon@mail.ru](mailto:legea_zakon@mail.ru)  
Index: RM 77030

© Legea și viața

## SUMAR

Svitlana BYCHKOVA, Anna CHURPITA. Individual problems of unification of procedural terminology (on the example of legislation of Ukraine) .....	4
L.ZAMORSKA. Axiological manifestations of normative law.....	9
Tetyana KRYSAN. Features of civil law guarantees.....	13
Оксана САФОНЧИК. Особливості припинення шлюбно-сімейних правовідносин .....	18
В. ЩЕРБИНА. Перспективи правового регулювання діяльності інспекції праці в Україні..	23
Sergiu ARNĂUT. Abordări conceptual-juridice privind competența autorităților statale în asigurarea dreptului omului la un mediu înconjurător sănătos.....	27
Vasile ZAMFIR. Învinuitul – Subiect al procesului penal (partea a doua).....	33
Iurie GASNAȘ. Caracterul deschis și neutru al internetului. Aspecte de reglementare .....	39
Cristian Alin LUPIU. Analiză comparativă a amnistiei și a grațierii cu instituția înlocuirii răspunderii penale (art. 90-98 din Codul penal al României; art. 55 din Codul penal al RM).....	43
Narcisa NEDELCU. Categoria cauzalității și construcția teoretică a legăturii cauzale în componentele formale de infracțiune .....	46
М. ІСАКОВ. Вдосконалення правового регулювання державного контролю у сфері підприємницької діяльності в Україні.....	49
І. КЛИНЧУК. Використання спеціальних знань при розслідуванні злочинів з легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. ....	54



## INDIVIDUAL PROBLEMS OF UNIFICATION OF PROCEDURAL TERMINOLOGY (on the example of legislation of Ukraine)

**Svitlana BYCHKOVA,**

**National academy of internal affairs, Deputy head of the department of civil law and procedure,  
Doctor of law**

**Anna CHURPITA,**

**National academy of internal affairs, Associate professor of the department of civil law and  
procedure, Candidate of law**

### SUMMARY

In this scientific article the problem of unification of terms being used by the legislator has been considered based on analysis of the current Civil procedural code, Commercial procedural code and the Code of administrative proceedings of Ukraine. As a result, there have been distinguished the approaches for procedural terminology to be unified within relevant branches of law.

Keywords: unification, procedural terminology, branch of law, the institution of law.

### SUMAR

În articol este abordată problema unificării termenilor utilizații de leginator, în baza analizei Codului de procedură civilă, Codului de procedură comercială și Codului de procedură administrativă ale Ucrainei. Sunt identificate direcțiile de unificare a terminologiei procesuale în cadrul ramurilor respective de drept.

Cuvinte-cheie: unificare, terminologie procesuală, ramura de drept, instituția de drept.

### РЕЗЮМЕ

В научной статье на основании анализа действующих Гражданского процессуального и Хозяйственного процессуального кодексов Украины, а также Кодекса административного судопроизводства Украины рассмотрена проблема унификации используемых законодателем терминов. В результате выделено направления, по которым должна унифицироваться процессуальная терминология в пределах соответствующих отраслей права.

Ключевые слова: унификация, процессуальная терминология, отрасль права, институт права.

Unification of law is one of the most important trends in the development of legislation. This trend can be performed in various forms, one of which is bring to the inner semantic unity and coherence of legal terminology. The development of relevant issues is an important area of scientific inquiry, because effectiveness of improving the legal regulation of social relations in general depends on the effectiveness of the solving of these issues.

V. Babaev, E. Belyanevych, V. Bobrik, A. Gratsianov, S. Khyzhnyak and other scientists have dedicated their works to the issue of law unification. Basically, scientists have drawn their attention to the formulation of the concept of unification, separation of its features, types and forms, established the role of law unification

in the development of the legal system. There have been also discussed in the legal literature the issues of unification of terminology of the normative-legal acts as from a general theoretical point of view, and with regards to the specific subject of legal regulation of certain areas of law (private international, land, etc.). But the question of unification of procedural terminology still remains unsolved. Although its consideration is extremely important, and there is an urgent need in solving the existing problems in this context. In particular, it is confirmed with the fact that the branch procedural sciences, in its majority, is developing quite slowly in Ukraine, and legislative work on the reform of procedural legislation to a considerable degree remains without sound scientific support [3, p. 95].

The purpose of this article is to identify the areas of unification of procedural terminology within the civil procedural law, commercial procedural law and administrative proceedings.

As V. Babaev noted the demand of unification of procedural terminology is caused by reasonable necessity of uniform application of the basic normative-legal acts [2, p. 141]. And, indeed, any form of unification assumes primarily the elimination of ambiguity of the words and phrases in the law-making procedure, their anachronism and vagueness in order to use in the text of regulation the uniform, universal terminology that is an integral part of unification cycle and largely reflects its legal nature [4, p. 118]. However, the same understanding and interpretation of procedural terms always results



in their identical legal application, and therefore - its identical legal realization in normative-legal acts in which the procedural terms find their external representation.

Thus, the unification of procedural terminology is a system of means, techniques and methods by which terminological unity and internal consistency of procedural terms is ensured, and as a result, the uniformity of application of the law norms in which procedural terms found their consolidation.

Based on this, the unification of terminology within the procedural branches of law is necessary for;

1) elimination of the differences between procedural terms and, consequently, between the normative-legal regulations in which they are fixed;

2) ensuring the uniform application of the law;

3) improving the quality of and efficiency, ensuring clarity and accessibility of procedural law in general.

Within this scientific exploration, we focus on the problem of unification of procedural terminology within the three branches of law: civil procedural law, commercial procedural law and administrative proceedings.

The subject and method of legal regulation of specified branches of law lead to the use of the identical procedural terminology in the relevant legal provisions, in which the key areas of unification should be:

1) use of the same terms to describe the same phenomena and legal institutions within the same branch of law.

Recently, legislators are not very concerned to give the same legal phenomena or institutions only one title, and often use similar words or phrases to name them within one branch of law. It can be clearly traced when amending the existing normative-legal regulations.

In particular, after introduction

of the amendments to part 2 of art. 35 of Civil procedural code of Ukraine the same members of civil process received two similar names – «third parties who do not claim independent requirements concerning the subject of the dispute<sup>1</sup>» and «third parties who do not claim independent requirements on the subject of the dispute».

In paragraph 8 of part 1 of art. 3 of Code of administrative proceedings of Ukraine the following phrase is fixed «an administrative appeal is filed» and in art. 104 of the same Code the term «bringing of an administrative appeal» is used.

After the addition of the Civil procedural code of Ukraine in the art. 158-1 a new term appeared – «a party of the court proceeding» (part 6 of this article). Although the question remains: what legislators meant by it? Because earlier in the Civil procedural code of Ukraine there are used three phrases that can be correlated with the specified term, «a party of the civil process», «a person participating in the case» and «persons present in the courtroom».

As the last example shows, the use of different terms complicates the perception of legal norms, and as a result – their application in practice. Therefore the internal inconsistency of procedural terminology of the normative-legal regulations must be overcome by its unification.

In this regard, we cannot agree with the opinion appeared in the legal literature that the using of various synonyms in normative regulations is appropriate in order to avoid the tautology [4, p. 124-125].

One of the requirements put in legal theory to legal norms is their accuracy and certainty, which excludes the use of the synonyms to describe the same phenomena and legal institutions in text of norma-

tive-legal regulations. At the same time the use of identical clear legal terms not only improves a clear statement of the law norms, but also provides complete legal definitions, facilitates their perception and subsequent application;

2) use of the words and phrases which are identical by its lexical form for description of the identical phenomena and institutions in various procedural branches of law.

Here is an example. In the Civil procedural code of Ukraine the start of civil legal proceedings is connected with the legal fact the opening of proceedings of the case (art. 122 of Civil procedural code of Ukraine). A similar provision is found in the art. 107 of Code of administrative proceedings of Ukraine. Meanwhile, commercial procedural law names the similar legal fact differently - namely, as bringing cases in the Commercial Court (art 2 of the Commercial procedural code of Ukraine). Thus, in the various procedural branches of law the identical legal facts, with which the procedural law binds the identical legal effects, are indicated by the phrases with different lexical form, namely «the opening of proceedings of the case» and «bringing a case».

The above example is not unique. In the outlined branches of law, there are other identical procedural institutions that are named differently by the legislator: to provide evidence (art. 133 Civil procedural code of Ukraine, art. 73 of Code of administrative proceedings of Ukraine) and preventive measures (section V-I of Commercial procedural code of Ukraine); proceedings before the court hearing (chapter 3, section III of Civil procedural code of Ukraine), preparatory proceedings (chapter 2, section III of Code of administrative proceedings of Ukraine) and preparation of the materials for consideration in the first instance (section



IX of Commercial procedural code of Ukraine); appeal proceedings (chapter 1, section V of Civil procedural code of Ukraine, chapter 1, section IV of Code of administrative proceedings of Ukraine) and reviewing of judgments in appeals (chapter XII of Commercial procedural Code of Ukraine) and others.

Thus, this approach in unification logically results from the previous one: using the same terms to describe the same phenomena and legal institutions within the same branch of law these identical legal phenomena and institutions in all areas of procedural law should be equally named. Thus the corresponding lexical form must be absolutely identical for ensuring of the optimum unification in all relevant branches of law;

3) ensuring of the uniform interpretation of the meaning of identical by the lexical form procedural terms in different procedural branches of law. It should be noted that the main feature of this interpretation should be clear compliance with the content of the nature of the displayed phenomenon.

Let us focus on the institution of separate decisions. Thus, in accordance with part 1 of art. 211 of Civil procedural code of Ukraine a separate decision is to be resolved by the court when violations of the law have been determined during proceedings and the reasons and conditions which caused this violation have been indicated. A similar legal norm is in the part 1 of art. 166 of Code of administrative proceedings of Ukraine, although without indication on the necessity to distinguish the reasons and conditions that caused the violation. At the same time, the part 2 of the same article contains a provision under which the court may also, if necessary, resolve a separate decision on presence of the grounds for consideration of the issue of bringing to the responsibility the persons

whose decisions, acts or inactions are recognized illegal. In this case the Commercial Court, as follows from part 1 of art. 90 of Commercial procedural code of Ukraine has the right to resolve a separate decision not only in the situation when a fact of law violation is ascertained during the proceedings, but also when defects in the operation of the enterprise, institution, organization, government or other authority are defined.

Thus, the term «a separate decision» although is used by legislators in different procedural branches of the law in the same lexical form, but has a slightly different meaning, and therefore - different interpretations. In this regard, there is need in unification of appropriate procedural institute in the above areas;

4) the use of the uniform defined procedural terminology, which construction should be based on unified concept, specifying the general properties of the legal nature of the regulated generic phenomena.

A number of requirements are set for dictionary definitions in the science dealing with terms. These definitions should: contain only the essential features of the concept; to be proportionate to the concept, systemic (i.e. reflect verbally specific and type relations in the system of the terms), short and clear; to be expressed in accordance with the norms and rules of the language. However, the definition should not be tautological [6, p. 70].

These requirements can be put forward to legal definitions as well. Moreover, as it is observed in the legal literature, legal definitions should adequately reflect the nature of the phenomenon that is defined, based on a consensus in the legal relationship and to be discursive, that is located in a specified logical «bind» with previous widely accepted definitions,

fundamental definitions of current legislation [5, p. 72-73].

Procedural legislation of Ukraine contains definitions that are both duplicated and not, in its various branches.

Among all the definitions of the most common is the determination of evidence, which is with minor variations duplicated in all three branches being analyzed (part 1 art. 57 of Civil procedural code of Ukraine, part 1, art. 69 of Code of administrative proceedings of Ukraine, part 1 art. 32 Commercial procedural code of Ukraine). Besides, in the provisions of the Commercial Procedure Law (part 2, 3 art. 21 of Commercial procedural code of Ukraine) and Administrative Justice (paragraphs 8, 9, part 1, art. 3 Code of administrative proceedings of Ukraine) the definitions of the parties – the plaintiff and the defendant, are fixed with some tonal differences.

However, some definitions, although they are universal, are reflected only in one codified act. So only part 1, art. 101 of Code of administrative proceedings of Ukraine contains a fixed definition of procedural terms.

These examples indicate that the unification of procedural definitions should be aimed not only at ensuring of uniform reflection of their content in different branches of law, but also at regulation of their distribution within these branches of law;

5) saving the peculiarities of a general form as well as the content of individual special procedural terms taking into account specific nature of the subject and method of legal regulation of each branch of procedural law.

Along with the terms which are identical both in content and in their form, each procedural branch of law has special terms used to refer to those legal phenomenon or institutions that dif-



fer by their specific legal nature within its subject and method of legal regulation. Thus, in particular the writ and special proceedings (section II, IV of Civil procedural code of Ukraine) are these type institutes and relevant terms of for the civil procedural law. In commercial procedural law a special institute of pre-court settlement of disputes is stipulated as a special procedure (chapter II Commercial procedural code of Ukraine). Short proceeding is a specific procedure for solving the disputes in administrative justice (art 183-2 of the Code of administrative proceedings of Ukraine).

The appropriate special terms reflect the characteristics of individual procedures for handling and resolving the cases within each specific procedural law, and as a result are not subjects of internal semantic coherence;

6) use the same terms to refer to procedural fictions, assumptions, which by using technical and legal method are announced to be existing and become compulsory through their consolidation into the law.

V. Babaev notes that fiction does not reflect the objective truth of legal relationships that must be regulated, but only fix an artificial model of events in ascertaining of different legal facts [1, p. 28]. Fictions are not common in the national legislation: they are used only in exceptional cases, like inconsistency of a legal form and social content of regulatory provision [4, p. 123].

As a rule, these are fictions that cause the appearing of procedural legal relationships. Thus, in accordance with part 2 art. 121 of Civil procedural code of Ukraine, if the plaintiff pursuant to the court decision in due time fulfils the requirements stipulated in articles 119 and 120 of the Civil procedural code of Ukraine, and pays the

amount of court fee, the claim is considered as filed on the day of its initial submission to the court. A similar provision contains part 3 art. 111-20 of Commercial procedural code of Ukraine. The Code of administrative Proceedings of Ukraine in the legal norm of part 2 of art. 108 stipulates that if the plaintiff eliminates the defects of the claim within the period stipulated by the court, it shall be considered as filed on the day of its initial submission to the Administrative Court.

While the content of specified procedural fiction in all three branches of the law is identical, the form of fiction is different, which in this case requires to be unified. F.e. Civil procedural code and Commercial procedural code of Ukraine use the term «due term» to determine the period within legal norm. Meanwhile, in the Code of administrative proceedings of Ukraine the phrase «period stipulated by the court» is used by legislator to designate the identical institution, which is meant, by the way, in all three cases.

The procedural fictions that cause the termination of the legal relationship are less common. For example, in part 4 art. 254 Code of administrative proceedings of Ukraine it is stipulated that if the appeal period is renewed, it is considered that the resolution or court decision did not enter into force. In the norms of commercial procedural and civil procedural law this correspondent fiction is not present. Although, we believe that this norm can be used for regulation such civil procedural relationships as law analogy (part 8 art. 8 of Civil procedural code of Ukraine).

For the above reasons, in this aspect the unification of terminology of procedural fictions should be aimed not only at bringing to the internal consistency of their

form, but also to ensure the placement and arrangement of legal norms in which these fictions are reflected, in all procedural branches of law in which they should be applied;

7) ensuring of the use of a unified terminology of procedural prejudgements –facts ascertained by other decision that became into force.

Prejudicial connection of the decisions in civil, commercial or administrative cases is explained with a situation when the same facts may cause different legal consequences. For example, the fact of damage may be included in the subject to be proved in the administrative case, which aims to appeal unlawful actions of the authorities, and in the civil case with the main purpose during consideration and resolution to compensate the losses caused by such unlawful acts.

Procedural prejudgements is reflected in the norms of civil procedural and commercial procedural law as well as administrative proceeding law. F.e. in accordance with part 2 of art. 35 of Commercial procedural code of Ukraine the facts ascertained by the decision of the Commercial Court (other body that considers commercial disputes), except those facts ascertained by a court of arbitration, while considering one case shall not be proved again when other disputes are being resolved with participation of the same parties. In addition, the judgment of the civil case, which came into force is mandatory for commercial court on the facts ascertained by the court and relevant to the dispute (part 4 art. 35 of Commercial procedural code of Ukraine). In the Code of administrative proceedings of Ukraine (part 1 art. 72) and the Civil procedural code of Ukraine (part 3 art. 61) this norm is distinguished



slightly differently: the circumstances ascertained by the court decision in administrative, civil or commercial case, which came into force shall not be proved when considering other cases with participation of the same person/s related to these circumstances.

In these legal norms not only different procedural terminology is used - these norms differ by their content. Namely in Commercial procedural code of Ukraine two terms are used: «the facts ascertained by a decision» and «the facts ascertained by the court and which are relevant for the solving of the dispute». Meanwhile, in the norms of Civil procedural code of Ukraine a different phrase is used to determine the identical concept – «the circumstances ascertained by court decision.» The difference in the content of the above provisions is that unlike the Civil procedural code of Ukraine and Code of administrative proceedings, the Commercial procedural code of Ukraine does not contain the mandatory requirement regarding participation of the same person/s, related to the circumstances ascertained, during case consideration. Thus in part 2 of art. 35 of Commercial procedural code of Ukraine necessity in participation of the same parties in the corresponding case is fixed, and in part 3 of the same article it is pointed out that prejudicialness of the facts depends on whether they have importance for resolving the dispute.

Based on the specified above, the terminology of procedural justices is a subject of unification in the context of their form and content of the relevant provisions.

The comparative analysis of procedural terminology within the branches of civil procedural, commercial procedural law and ad-

ministrative justice allowed us to conclude that the main directions of the unification of this terminology should be:

1) use the same terms including procedural fictions, including the defined procedural terminology and procedural prejudgements, to determine the same legal phenomenon and institutions within a single, and all procedural branches of law;

2) saving the peculiarities of a general form as well as the content of individual special procedural terms taking into account specific nature of the subject and method of legal regulation of each branch of procedural law.

The conclusions made in this research and the suggestions determine only in general the main directions of the appropriate unification, providing prospects of further scientific studies.

### References

1. Бабаев В.К. *Презумпции в советском праве* (учеб. пособие) Горький: Горьк. Выс. Шк. МВД СССР, 1974, 124 с.
2. Бабаев В.К. *Советское право как логическая система* (учеб. пособие) Москва: РИО, 1978, 212 с.
3. Беляневич О.А. *Про уніфікацію і спеціалізацію процесуального права*. Університетські наукові записки, 2012, № 1, с. 95-105.
4. Граціанов А.І. *Процес систематизації та уніфікації законодавства і розвиток правової системи України*: дис. канд. юрид. наук, 12.00.2001. К., 2004, 185 с.
5. Кененов А.А. *Логическое основы законотворческого процесса*. А.А. Кененов, Г.Т. Чернобель. Правоведение, 1991, № 6, с. 71-76.
6. Хижняк С.П. *Правовая терминология и проблемы ее упорядочения*. Правоведение, 1990, № 6, с. 67-71.

<sup>1</sup> Incidentally, the same name is used in all other articles of the Civil procedural code of Ukraine, where a person involved in the case is mentioned.



## AXIOLOGICAL MANIFESTATIONS OF NORMATIVE LAW

L. ZAMORSKA,

PhD, Associate Professor, Department of theory and history of State and law Faculty of the Chernivtsi National University Odessa Law Academy, Ukraine

### ANNOTATION

Article is dedicated to uncovering the essential content of the normative and axiological signs of law, values of law in contemporary society and the role of the legal act in socionormative system of regulation.

Key-words: value of law, normativeness of law, valued properties of law, socionormative adjusting.

### АННОТАЦИЯ

Статья посвящена раскрытию сущностного содержания нормативно-ценностных признаков права, ценности права, в современном обществе и роли правового акта в системе соционормативного регулирования.

Ключевые слова: ценность права, нормативность права, ценностные свойства права, соционормативное регулирование.

Law in the system of legal values of a universal diffusion is characterized by isolation. This separateness lies in the underlying fundamentals of law. There is a need to study existential-axiological criteria that will reveal his legal status in the system of legal values in society.

O. Panfilov, analyzing the role of the existential, axiology writes: "Unlike the verities of knowledge, values, existential meanings cannot simply be transferred and taught to the man: they open themselves as" truths "of subjective being.[1]

Axiology is the existential points to his world-existential characteristics that reveal its purpose and role in the standards system of the society. Existential-axiological characteristics of the law reveal its humanistic orientation, which is reflected in the system of legal relations and institutions.

In literature distributed axiology-relative concept of law. However, the philosophical-methodological basis for existential analysis law axiological-emerged. So, A.A. Ivin specifies that "the legal rule is imposed and socially sanctioned score" [2], it does not emit any objective (informative) items in the component structure [3] of the evaluation and the logic of norms [4]. However, the law has an existential-reason being that

axiological found in mutual respect actors in legal relations. I. A. Il'in notes that "... law is the unseen presence, but objectively situation was the line that separates every living human spirit from the other and at the same time connecting it with him" [5].

Law value recreates border between subjects of communicating that reflects his existentially-axiological value in society. B.A. Kistiakowsky, analyzing regulatory axiological role of law, wrote: "... the normative notion of law, on the one hand, rests in the purely ethical values, on the other - it is rooted in the cultural benefit of the public" [6]. This duality of social rights is overcome by its nature before the existential-valuable cut.

Law as many values as necessary aspects requires in its study of those value approaches [7]. Alexeev displays the concept of normative system of law, in which it "... exists and functions according to the laws of holistic education, the laws of organic systems" [8]. Organic relationship to the value of reality right is found in the normative hierarchy of values.

Law is the dominant value in ascending hierarchy of normative values. Analyzing the socialist society, S.S. Alekseev wrote: "the social value of law means that law under socialism must be

recognized as a social good." The value of the right in S. S. Alekseeva meant that it has two qualities: standard and formal clarity of law [9]. Although these quality standards are reflections of their political forms of existence and relate to political and legal characteristics.

As noted by the Russian scientist I.V. Paterilo value dimension of the law to be with all the diversity of domestic content of the law, impersonated in its rules, principles, institutions, functions, symbols, etc [10]. S. Nerseyants wrote: «interpret as a specific law to correctly value, purpose and form, and it was from these positions to make appropriate value-legal judgments and estimates on the legal meaning of the empirically given law (positive law) [11]. S. Nerseyants treats the value as a Trinity of formal freedom, equality and justice [12]. Formalization of axiological institutionalization of law in society restricts its status. The purpose and the form was have subjective because depends on the political organization of society. Discursive symbolic freedom without social bases individualizes and idealizes law limits its antic status in the social space. Ontology value of law has a social nature, which manifests itself in an existential way. Therefore existential laws formed socionormative objective system



of regulation, where the subject has concrete a certain status. L. Karsavin writes: "An individual is not an object of law, binding and compelling, but the subject, individualized and realization of only rules of law, and therefore his rights. Legal qualifying not peculiar to him alone: it is equally applicable to other individuals of his people, age, culture [13]. "Therefore, unity of law indicates its quality which manifests itself in the specific socio-normative regulation. Legal quality reveals its ethical and regulatory features in the system of social relations. Integrity qualifying law in the system of society is the backbone element of law [14]. Thus, in modern Russia holistic qualifying rights are affected by a disorganized system of institutions of civil society, which blocks objective and comprehensive implementation of its provisions.

Intersubjective connection is established in law in accordance with the objective forms of social relations, in which the subject has a certain status. There is a problem with the definition of the nature of relationships in the value Intersubjective boundaries of law. V.S. Nersesyants attributed this problem to the problem of legal equality. He writes that "the legal equality - equality of free and independent legal entities from all scale, uniform rate equal to the least." However, the entity may be constrained and subject to formal, symbolic measure of equality.

Formal symbolic measure of equality is a condition only institutionalize law in specific ways. Vladimir Solovyov correctly wrote that "the right to freedom of each is conditioned not only the equality of all, but also the actual conditions of the equation." Universal equality (in equal measure, shape and scale) can not be used as the value foundations of law, since it does not account sociogenetic and

existential characteristics [15]. A.I. Subetto writes: "... immoral, individualistic freedom of man is his lack of freedom, turning at the social level to the decay of capitalist society and its transformation into a "cheloveynik" as a crowd of people - "neokochevnikov" has no connection with each other, except for formal ties of law, non-even love of country, a common history and a common culture ... " [16]. Objectively legitimate equality (as meaningful integrity) is able to identify effective ways of implementing the law.

Thus, the basis of law intersubjective disclosed in an objectively legitimate equality, which are formed humanistic semantic structures of its norms.

Value (ontological-humanistic, existential) property laws are found in the philosophical concept of I. Kant. Kant pointed out that "civil state, considered only as a legal status, based on the following a priori principles: 1) freedom of every individual as a human being, and 2) equal to each other as a subject, and 3) the independence of each member of the community as a citizen" [17].

These properties form the rights of his spiritual and philosophical reflection forms. Therefore, due to the civil status of a priori spiritual essence of practical consciousness. On this occasion, Hegel said that "the soil is generally a spiritual law, and the closest place and the starting point - the will, which is free, so that freedom is its substance and the definition of a system of law and the kingdom of the exercise of freedom, peace of mind generated by himself as a kind of second nature" [18]. The exercise of freedom reflects the existential basis of law in the system of society, which is revealed in the system of laws and freedoms, legal relations and legal institutions. Subject of law within the boundaries of the exercise of

freedom is included in the value-existence reality where his experiences are intertwined with-ness premises standards. Virtuality of law reflected in the dialectic of being a conglomerate and should form a special area of social relationships. Social relationships in the law are subject to the hierarchy of values.

Ontological-humanistic property rights ownership to reveal its integrity collectivist society. Collectivist integrity in law implies a dialectical relationship discretionary freedom and its limits, which is presented in rights and duties.

On this occasion, N. Korkunov notes that "the existence of legal freedom suggests that the human will is opposed to the will of another, which he often recognizes another man, for him outwardly will, as well as part of his own, that is, it is based on, and he owned a conviction" [19]. Dispositive freedom in law is manifested through conviction rightful and legitimate action. Conditions are reflected in the legitimacy of the least socially acceptable. Socially acceptable measure in law reflects total intersubjective will and desire community of rights and freedoms of individuals. On this occasion, M. M. Speranski pointed out that "the right not to have freedom, but level of freedom, because not his entire person, and is for him and other people" [20].

In modern conditions is absolutization individualized measures of socio permissible in law, which leads to alienation and dehumanization of legal categories. The right is barred from social maxims of freedom. Thus, in the current state of the social dynamics of the constitutional and legal relations is inertia, which is reflected in the absence of the necessary base material and substantive measures that would ensure the necessary legal status. Dereferencing is collective action in the constitutional





and legal relations. G.F. Shershenovich correctly noted that “the law of the phenomenon of public life, and so his concept may emerge against the concept of the state, which in turn implies a concept of society.” Therefore, the effectiveness of law depends on the recognition of their sense of moral-value component, which is reflected in the existential basis of law. G.F. Shershenovich wrote: “... as a significant number of the law, in its content, the same as the moral and ethical beliefs that perception and cognition involves legal requirements” [21]. This relationship is not only reflected in the positive law, but in the ontological-humanistic orientation law. Ontological-humanistic social rights due to its bases, which are revealed in social institutions and relationships.

Value substantial to the legal reality is explored more by K. Marx. Analyzing the relations of production in the social system, Marx wrote that “...is the economic structure of society, the real Foundation, on which stands a legal and political superstructure and to which correspond definite forms of public conscience” [22].

Next, Marx wrote that “in addition to being dominant in these respects individuals should constitute its strength in the form of the state, they have to make their own, which is determined by a certain attitude, a general expression in the form of public will, in the form of law - the expression the content of which is always given by the ratio of this class, as it is especially clearly proves the private and criminal law”. P.I. Stuchka also stated that “the law - the system (or order) of public relations, the respective interests of the ruling class, and secure an organized force it (etc. the class)” [23]. However, the dominant influence of social class on the political system in today limit to technology compromise manipulative rulemaking.

This mechanism was first identified by B.A. Kistiakowsky. Kistiakowsky pointed out that “any just published an important new law in a modern constitutional state that a compromise worked out by the various parties expressing the demands of social groups or classes, representatives of which they are” [24]. Therefore, a compromise manipulative rulemaking considers the interests of the majority of citizens only partially limited solution narrow social issues. This is evident in most post-socialist states at the present stage of development. Technology is a compromise-manipulative rulemaking at all levels of government solves problems in limited locally organized social systems. While the issue of general social decline requires a complex interaction of social groups, associations and all the institutions of the rule of law.

Normative value imperatives usually manifested in a legal act, point to its social and public status. Vladimir Solovyov said that “the law is a compulsory requirement to implement a minimum of good or of an order that prevents the known extremes of evil” [25]. P. Novgorodtsev also wrote that “the legal effect of the law is a particular categorical imperative and the moral law of reason” [26].

Evaluative act in law reveals the possibility of its moral and ideological self-determination in legal consciousness of individuals and society as a whole.

Nikolai Alekseev pointed out that “the action is not a property right rules, but the property of the order, which normally regulate.” In modern society, the rule of law has value content, reflecting the humanistic orientation law. Nikolai Alekseev pointed out that “the concept of positive law includes, therefore, not only the idea of the norm, but the idea of a real rule of law, the idea of historical institutions that are based on well-known

legal rules and of the governed”. The real rule of law reflects the regulatory boundary-value of the social whole. Therefore the real rule of law characterizes the state of society in which the participants are self-organized subjects of legal relations that recognize the law as a stable ideological and existential model of world cognition.

Law, which is perceived as a value in its nature and purpose, is presented in the Ukrainian society before a highly effective maintenance of peace, co-existence and order, protection from arbitrariness and other injustices, as well as effective tool of social control. These properties are the law, in our opinion, are realized with the help of such tools, it mostly as an opportunity to serve as the only scale for exactly worthy of communication with members of the legal conflict, the certainty of his permits and prohibitions (in contrast to the claims of moral character), a high degree of systematization and no falling-out, effectiveness of its requirements and warranty of its provisions, supported the imposition of coercive power of the state. Law, according to a count's, “has a certain ideal (value) scale for a special kind of communication, regulation and control, as is forever out of reach, but without losing its attractive force perfect condition, which is supported by the beliefs and value orientations that legal communication” [27].

Thus, the normative value of the right act is a manifestation of the real rule of law, which has developed an objective mechanism Socionormative regulation. In addition, the axiological dimension of the law today primarily, like any other social institution, a guaranteed freedom of the people carrier, the determinant of its borders, and most importantly - a way of turning it into a creative, purposeful social activity, the purpose of which - implement the core values



and ideals of modern civilization (civilizational values of the new millennium), relating, inter alia, the law to confrontation and violence. Thanks axiological component of modern law in it, as in the phenomenon of global scale, more concentrated the best legal means peculiar to the legal systems of developed democracies.

## References

1. Panfilov O. M. *Value consciousness: philosophy of subjectivity*: monograph / O.M. Panfilov. - St.: Steps, 1992. - 112 p.
2. Ivin A. A. *Axiology: researcher Ed. for students, postgraduates, lecturers/AA Ivin*. M.: High. NIS, 2006. - 390 p.
3. Ivin A.A. *Foundation of logic evaluations/A.A. Ivin*. Moscow: Ed. Mosk. University Press, 1970. - 228
4. Ivin A. A. *The logic of norms / A.A. Ivin*. Moscow: Ed. Mosk. University, 1973. - 120 p.
5. Ilyin I.A. *Collected Works: Articles. Lectures. Performances. Reviews. (1906-1954) / I.A. Ilyin*, comp. and comment. U.T. Fox; names. decree. O.V. Fox, artist. L.F. Shkanov. M. Rus., 2001. - 560 p.
6. Kistiakowsky BA *Philosophy and Sociology of Law / BA Kistiakowsky*, comp., note., V.V. Salov. St.: RHGI, 1998. - 800 p.
7. Paterylo I.V. *Law as category values: Abstract. dis. for the PhD degree / I.V. Paterylo - Kyiv*, 2006. - 22 p.
8. Alekseev S.S. *Ascension to the law. The search for solutions / S.S. Alekseev*. Moscow: NORMA, 2001. - 752 p.
9. Alekseev S.S. *Social value of law in Soviet society / SS Alekseev*. Moscow: Legal. Lit., 1971. - 222 p.
10. Paterylo I.V. *Law as category values: Abstract. dis. for PhD degree / I.V. Paterylo - Kyiv*, 2006. - 22 p.
11. Nersesyants V.S. *Political and legal values: history and contemporaneity / V.S. Nersesyants*, Rus. Acad. Sciences, Institute of State and Law, Ed. VS Nersesyants. Moscow: Editorial URSS, 2000. - 256p.
12. Nersesyants V.S. *Political and legal values: history and contemporaneity / V.S. Nersesyants*, Rus. Acad. Sciences, Institute of State and Law, Ed. VS Nersesyants. Moscow: Editorial URSS, 2000. - 256p.
13. Karsavin LP *Philosophy of History / L. Karsavina*. Moscow: ACT: CUSTODIAN, 2007. - 510 p.
14. Nersesyants V.S. *Political and legal values: history and contemporaneity / V.S. Nersesyants*, Rus. Acad. Sciences, Institute of State and Law, Ed. VS Nersesyants. Moscow: Editorial URSS, 2000. - 256p.
15. Soloviev, VS *Law and morality / VS Soloviev - Minsk: Harvest*, M.: ACT, 2001. - 192 p.
16. Subetto A.I. *Doctrine of spiritual and moral systems: noosphere human and noosphere education / A.I. Subetto - St., Kostroma: KSU after. N.A. Nekrasov*, 2008. - 98 p.
17. Kant I. *Foundations of metaphysics of morals / Immanuel Kant*. M.: Thought, 1999. - 1472 p. - (The classic philosophical thought).
18. Hegel G.W.F. *Philosophy of Law / G. F. Hegel*, trans. with him. B, D, Stolpner; introd. Art. V, S. Soloviev, annotated. V.S. Nersesyants. M.: World of books; Literature, 2007. - 464. - (Series "great philisophers").
19. Korkunov N. *General theory of law / N. Korkunov*. St.: Type. M.M. Stasyulevich. - 218 p.
20. Speranski M.M. *Manual to the knowledge of laws / M.M. Speranski*. St.: Science, 2002. - 680 p. - (Series "The Russian government thought").
21. Shershenevich G.F. *General Theory of Law*. No. first / G.F. Shershenevich. Moscow: Publishing House of the Brotherhood Bashmakov, 1910. - 320 p.
22. Marx K. *Works*. In 3 vols 3. Saint Max / Marx, F. Engels. - 2nd Ed. Moscow: Gospolitizdat. 1955. - 452 p.
23. Stuchka L.I. *Selected works on the theory of law*. Riga: Latvian State edition, 1964. - 220p.
24. Kistiakowsky B.A. *Social Sciences and Law. Profiles on the methodology of the social sciences and the general theory of law / B.A. Kistiakowsky*. M. Publishing House. M.S. Sabashnikovyh: Tiepolo. partnership I. Kushner and Co., 1916.-704 p.
25. Soloviev V.S. *Law and morality / V. Soloviev-Minsk: Harvest*, M.: ACT, 2001. M.: 192 p.
26. Novgorodtsev P.I. *Lectures on the History of Philosophy of Law*. M.: New York: 1912. - 180 p.
27. Grafsky V.G. *Tradition and Innovation in the law: value-change variables // Problems value approach to law: tradition and renewal*. M.: Institute of State and Law, 1996. - S. 74 - 88.



## FEATURES OF CIVIL LAW GAURANTEES

**Tetyana KRYSAN,**  
**candidate of Law Sciences, Assistant Professor, Doctoral Candidate of Civil Law Chair**  
**National University "Odessa Law Academy"**

### SUMMARY

The article describes different features of legal guarantees, particularly, civil law guarantees as actual behavior, especially as an interaction act with other members of civil relations (social connection), specific psychological processes that stand for the actual behavior, especially due to a source.

Key-words: features, civil guarantees, legal guarantees.

### SUMAR

În articol sînt analizate particularitățile garanțiilor juridice, și anume: particularitățile garanțiilor civile ca un comportament real; particularitățile ca un act de interacțiune cu alți actori ai relațiilor juridice (raportul social), particularitățile proceselor psihologice care determină comportamentul real; particularitățile determinate de sursă.

Cuvinte-cheie: particularități, garanții civile, garanții juridice.

\* \* \*

У статті розглянуті різні особливості юридичних гарантій, а саме: особливості цивільно-правових гарантій як фактичної поведінки; особливості як акт взаємодії з іншими учасниками цивільних правовідносин (соціальному зв'язку); особливості психологічних процесів, що стоять за фактичною поведінкою; особливості, зумовлені джерелом.

Ключові слова: особливості, цивільно-правові гарантії, юридичні гарантії.

\* \* \*

В статье рассмотрены разные особенности юридических гарантий, а именно: особенности гражданско-правовых гарантий как фактическое поведение; особенности как акт взаимодействия с другими участниками гражданских правоотношений (социальной связи), особенности психологических процессов, которые стоят за фактическим поведением; особенности, обусловленные источником.

Ключевые слова: особенности, гражданско-правовые гарантии, юридические гарантии.

**R**elevancy of the research issue is determined by investigation of features of civil law guarantees. In civil law literature it is offered to arrange the guarantees into groups, particularly:

- 1) features of civil law guarantees as actual behavior;
- 2) features as an interaction act with other participants of civil law relations (social connection);
- 3) features of psychological processes that stand for actual behavior;
- 4) features stipulated by a source.

Thus, analyzing interconnection of law and human behavior we mean overt and essentia behavior, therefore it affects physical and social events, processes and phenomena [1, p. 17]. The civil law guarantees are a subject of civil law regulation, accordingly they bear relevant signs of the subject of this field. And even if they are

fundamentally new social legal relations, they exist within limits of a system, that has arranged, and principles of legal regulation.

The first sign that allows segregating them from other legal guarantees is their object – legal right of a natural person. All authors that devote their works to essence of civil rights can be divided into several groups. The first one sees claims in legal rights. The second group considers the legal right as a will of an eligible person restricted by the legal right (“will theory”). For the third group the legal right is a legally protected interest (“interest theory”). Representatives of the third group combine in the legal right both “will theory” and “interest theory”. The fifth group understands the legal right as a measure of permitted behavior of the eligible person and a possibility to require a certain behavior from liable persons.

At the end of the nineteenth century Birling [2, p.202] was one of the first to consider the legal right as the claim. In the Soviet doctrine M.M. Agarkov developed a concept of the legal right as the claim and characterized it as provided to a person opportunity to actuate a state apparatus of coercion. This opinion was supported by M.P. Karev and A.M. Eisenberg. They deemed “the legal right to be an established legal norm, opportunity of a person to use the state apparatus to make the liable person perform its obligation” [3, p.84]. L.A.Lunts [4, p.84] and S.F. Kechekyan [5, p.59] indicate that the definition of M.M. Agarkov is very close to opinion of German lawyer A.Thon. Probably, such identification is not quite correct because Thon writes: “The legal right is not identical to the claim; it can exit and most often exists before the claim matures and “de-



velops". However just laying of an eventual claim by a legal order raises a condition against already the right of the protected (person) by a protected norm. The legal right receives a basis due to promise of eventual claims; it exists in a hope for such. Or, to be exact, it develops for the protected person by norms from directions of the legal right according to which means are guaranteed, particularly the claim in case of rule breaking to implement the required and eliminate prohibited" [6, p.218].

M.M. Agarkov criticizes A.Thon for a fact that the German lawyer sees in the legal law the claim that arises in a moment when obligation is breached, because according to M.M. Agarkov, it is not a possibility of the claim, but the claim itself that arises together with legal relations and terminated when the legal relations are finished. Logically continuing the opinion expressed by M.M. Agarkov, M.P. Karev and A.M. Eisenberg, it should be inevitably made an inference that if the claim is absent, one cannot speak about availability of the legal right. But in this case it is not clear what to do, if there is no need in the claim because the obligation is performed voluntarily.

Therefore we should agree with the opinion that "the legal right is wider" than a "possibility to force". It is expressed both in a possibility to use property by itself and in a possibility to use acts of other persons, not having resorted to force using state assistance to do something or not to do. The possibility to "force" accompanies the legal right but it make its essence" [5, p. 59].

Windscheid advances a popular formula of the legal right – *Wollenduerfen* (to desire – to be able). Thus according to Windscheid, the legal right is will permissiveness [7, p. 251]. Basing on the fact it is possible to desire infinitely,

Binder slightly changes will permissiveness for *HandelInkoennen* or *HandelInduerfen*. In a word, according to Binder the legal right is a possibility to act under cover of objective right expressing counteractions of other people [2, p. 195].

In Russia at the end of the nineteenth century this opinion was supported by prominent lawyer and political scientist N.M. Korkunov. He meant "a possibility to implement an interest caused by a relevant legal obligation" by the legal right or competency (according to Korkunov it is equal notions) [8, p. 151].

Critics of this theory fairly draw attention to a fact that the legal right also exists without the protected interest. Thus G.F.Shershenevich underlines that interests are ensured by force of the objective law in cases when the legal right is absent [2, p. 197]. Therefore, it is evident a conflict between the legal right as the legally protected interest, and at the same time permissibility of legally protected interests without the legal right [9, p. 578].

S.M. Bratus supposed that the legal right cannot be identified through an interest as the latter is a prerequisite and purpose of the legal right but not its essence [10, p. 19-21].

Due to the fact that neither with the help of the "will theory" not the "interest theory" it was not possible to create a perfect notion of the civil right, at the end of the nineteenth century lawyers gave a new definition that included both will and interest at the same time. Scientists that are included in this group, including Gold von, Fernek, Mishu, Saleil [2, p. 198], Shuppte [11, p. 37-44], Regelsberg [12, p. 74], Merkel [13, p. 159], consider that the legal right is power to implement interests ensured and limited by regulations of the objective law. The abovementioned opinion still dominates in German legal

doctrine. Thus, in "Introduction into German law" A. Zhalinskyi and A. Rericht indicate that the legal right is "peculiar legal power provided by an existing legal order to right holders to meet certain interests" [14, p. 304].

However in literature it is noted a fact that a notion of power is sociological but not legal. On this basis C. Larenz underlines that being applied to the law it poorly reflects a lot of legal rights, including a right of person protection. We should agree with Larenz that the legal right definition through power is not the most exact, but it only reveals a need to search for another, more correct.

Modern science of law is characterized by a concept that rights and freedoms of a natural person exist in two aspects:

1. legal rights which mean opportunities, authority of a particular person;
2. objective rights that are interpreted as fleshed-out legal powers that are fixed in regulations, acknowledged by the state, and secured by judicial power [15, p. 247; 16, p. 285].

The legal right means a measure of possible behavior of a person that enables to perform independently acts aimed at achievement of objects connected with satisfaction of its interests and requiring specific behavior from liable persons [17, p. 42]. So, it takes place classification of rights into objective and subjective within scopes of positivistic understanding of law. A question whether such classification is possible within scopes of a naturally legal conception is still open and debatable.

Majority of civilists of the Soviet times could not imagine existence of the legal right beyond legal relations. Such position in combination with a static theory of legal capacity allowed asserting that in case when a legal rule fixes only relations with the state, legal



regulation does not go beyond the scopes of legal capacity, and once the legal relations between particular persons are established, the legal rights and relevant obligations of these persons arise.

If to abstract away from an object (of civil rights and obligations) that are guaranteed, then it is possible to state that directly or indirectly civil law guarantees exist apropos of material benefits. They are directly connected with the object when acts of members of social and economic relations are performed in relation to material benefits, and indirectly when acts of the same members exist apropos of intangible benefits. But these guarantees also serve civil rights and obligation that have still property content.

The second feature of the civil law guarantees of the first block is connected with a subject. The subject of the civil law guarantees is a property independent member of civil turnover. Just as the civil law regulates property relations in their statics so they are characterized by typical property isolation of their members as opposed to other subjects. An extend of property isolation of subjects of the legal relations, regulated by the civil law, reaches a level of property dispositive independence according to which property is not only "personally" allocated to certain persons, but allocated to such extend that these subjects should treat each other as persons whose will is aimed at disposal of such things [18, p. 34].

In this case it should be taken into account that the legal guarantees are not an element of person's legal status. Vitruk N.V. considered the legal status as a system of rights, legal interests and obligations of a person guaranteed by the state [19, p. 8]. In addition, a key point that allows differentiating correctly between such categories as "legal personality" and

"legal status" is that it is necessary to acknowledge the system of exactly legislative guarantees as an aggregate of objective conditions that allow properly exercise competences belonging to a natural person.

So, in my opinion, inclusion of the legal guarantees in a structure of person's legal status is illogical as the legal guarantees are a mechanism that secures rights, and lies beyond the legal status. If to agree inclusion of the legal guarantees into the structure of the legal status, as a result notion of the "legal status" will become extremely wide by its content and cover majority of legal phenomena. "Legal guarantees of the legal rights" and the "legal status" are two independent and closely connected legal categories. Their interconnection becomes apparent, first of all, in a fact that the legal status that has no relevant guarantees will be formal and not able to be actually exercised.

Subjects of the civil law guarantees are mostly members of a guaranteed legal bond. Introducing the civil law into economics the state really makes its role weaker as it brings back the economy to beginnings of self-righting to a large extend. Exercise of a right is executed by performance of an act making its content, hence it follows that the civil law guarantees make the content of particularly legal rights and obligations of natural persons.

Examining the subject of the civil law guarantees, it should be taken into account that the man himself is not a subject of law, as he is represented by legal institutions including by a notion of "natural person". In modern law the natural person is a citizen who has an opportunity to have civil rights and incur relevant obligations. Meanwhile, we will not come across the "subject of law category" in the modern Civil Code as this legal in-

strument is a mediator between the real world and world of law. Thus the objective law acknowledges each individual only as a potential holder of rights and obligations. An individual becomes a valid and complete subject of law after it enters into particular legal relations to implement its needs.

Volkov A.V. defines the subjective civil law, established in this or that legal norm, is efficiently implemented only in unity of other legal means, purposes, values that form the civil law system [20, p. 69]. According to their essence and content civil rights are not just an integral element of the civil law system but it is a pivot around which other components of the system form, structure, and develop. In their turns, legal rights themselves are susceptible to influence of the civil law system that does now allow leaving the law to outrage requiring relevant guaranteeing for actual exercise of such rights.

It should be admitted that in case of objective but ideal law the subject as a person in its complete sense does not exist. Rules of the civil law handle ideal categories according to which it is developed different legal regimes and structures. All these components, that form they, play a role of "operating" objects for a lawmaker who issues these rules of law for these of those legal relations. It its turn, it is related to the subject of law, though we admit that it is a special, nonstandard "operating" object: it is endowed with legal capacity and ability, has relevant connections with similar "special objects". Under such conditions it is not impossible to speak about subjective, i.e. conscious civil law, as the object cannot distinguish and assess another object. Only a natural person (man) is able to perceive and assess not only external objects but also itself, and to control itself as the object.



As a real person – subject in ideal modeling rules of law – can be absent, then it is possible to make an inference: in fact, in the objective civil law the legal rights are absent, there are only civil rights. However legal science uses the “right” notion applied to positive civil law correlating its belonging with the subject. Thus, describing law in objective and subjective meaning Krokunov N.M. considered that the legal relations are called the right in subjective meaning as the right and obligations form belonging of the subject. They cannot exist without the subject [21, p. 136].

Another block of features of the civil law guarantees includes the following characteristics. Social relation established by the civil law guarantee is always characterized by definiteness of subject composition. If in management relations the state represented by its bodies is a member, and in civil procedure relations a compulsory member is a court, then the legal relations that are the subject of the civil law members are mostly subjects of civil turnover – natural persons. Therefore, subjects of social relation connected with the civil law guarantees are mostly subjects of civil turnover.

This relation is characterized by quality of subjects. Equality of members of property relations regulated by the civil law means, first of all, absence of noneconomic dependence, power, enforcement, absence of any other social relation, except for property relations. Equality of legal relation members consists in identity of an economic role which is played by them in the legal relations regulated by the civil law: each of them acts as a subject that has property dispositive independence. The civil law guarantee has a nature of substantive claims but not orders; a liable person is not dependent on a legally competent person, but it is only

functionally connected with it by means of the claim [22, p. 30].

The third block is connected with such side of behavior as consciousness. Law deals with only a conscious person who realizes meaning of its acts and is able to control them. The civil law guarantees are characterized by optionality in that case when subject have a possibility to exercise their rights and perform obligations at their discretion. Moreover, optionality finds expression at stages of further development of civil law guarantees – their alteration, termination. By its nature the civil law guarantees are initiative. They are always characterized by goal-seeking acts.

The most important core element of exchange relations is an interest. In the civil legal relations it is the interest of particular persons of the legal relations. Essence of civil interest is that it expresses property and personal non-property relations connected with property. Subjects of these legal relations form the basis of civil interests [23, p. 83].

The fourth block of features is stipulated by a different nature of legal means of guaranteeing. Permissiveness that presupposed the below mentioned characteristics is peculiar to civil guaranteeing. “Self-guaranteeing” is inherent in relations of property turnover. One of rules of civil regulation is flexible combination of means and ways of regulatory and sub-regulatory mediacy of social relations. The civil law leaves much space to use means of individual (sub-regulatory) nature. In a mechanism of legal regulation actions performed according to self-determination and within limits of the law, to some extent, exercise a function similar to that is performed by rules themselves, - it is the function of a controller of social relations, the same can be told about guaranteeing. “Self-guaranteeing” is

predetermined by optionality that consists in a fact that subjects have a possibility to choose a particular way of right acquisition, obligation assumption at their discretion, to define content in established limits, to dispose of available right, to resort to and do not take protective measures of a violated right, etc. that presupposes availability of free operation ability as to civil conditions of guaranteeing by members of property turnover.

Initiative as its component characteristic is peculiar to “self-guaranteeing”. The initiative is based on ability of civil law subjects to exercise rights and obligations, to change or terminate them by their goal-seeking acts. A lot of other fields of law are characterized by assigning of a significant or decisive part in guaranteeing dynamics to authoritative regulations of public agencies. But a mechanism of civil guaranteeing is based in goal-seeking acts of civil law subject themselves.

The next feature of civil law guarantees is in priority of guaranteeing related to development of relevant legal means. In its regulation of relations the civil law creates a particular priority for that party in favor of which regulation activity is carried out. A new Civil Code of Ukraine expands opportunities of a lender to exercise its rights under an agreement. The lawmaker cares about arrangement of favorable conditions for persons that enter into relations with those who assumed any obligation [24, p. 15]. Thus a holder of guaranteed right is a pivotal figure of civil guaranteeing.

Examining essence of legal guarantees it cannot be neglected a notion of “guarantees of exercising civil rights and performing obligations”. In respect to this issue there are different opinions of civilists. Thus, according to Gribanov V.P. implementation of a principle of actual obligation performance can



be deemed the guarantee of exercising rights and performing obligations [19, p. 228-229].

Maksimenko S.T. insists on a fact that the principle of actual obligation performance is an expression of a general principle of guaranteeing. Defining a priority according to the guaranteeing principle she noted that actual obligation performance is one of conditions of guaranteed exercising of rights and performance of obligations. Indeed, if to take into consideration that actual performance relates only to one of performance parameters (namely, a subject), that there are fixed by law exceptions from this requirement, and finally, scope of this order is local (performance of obligations), then we should agree: actual performance of obligations is the separate expression of right exercising guaranteeing [25, p. 214].

As it was mentioned before notions of guaranteed and actual performance of obligations do not coincide but actual performance is one of possible conditions of guaranteeing.

Taking into consideration the above specified, it should be made an inference that the civil law guarantees are not breakthrough formations in the system of law, but taking into account problems that exist around law duality – its objective and subjective essence – the civil law guarantees should be considered as law conditions.

## References

1. Kudryavtsev V.N. *Law and behavior*. M.: "Legal Literature", 1978, 191 p.
2. Shershenevich G.F. *General Law theory*, in 2 vol. Vol. 2. Iss. 2-4. M., 1995, 194 P.
3. Sumskoy D.A. *Shareholder status according to civil law*: Dissertation of Candidate of Legal Science: 12.00.2003. M., 2001, p. 198.
4. Speech of L.A. Lunts. In: *Soviet State and law*. - 1948. - No. 9. - 76 P.
5. Kechekyan S.F., Strogovich M.S. *Legal relations in socialistic society*. M., 1958, 156 p.
6. Thon A. *Rechtsnorm und subjektives Recht*. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre. Weimer, 1878, 218 p.
7. Duvernois N.L. *Civil Law Readings. Introduction. Theory of person*. - Vol. 1, M., 2004, 568 P.
8. Korkunov N.M. *Lectures on general theory of law*. 9<sup>th</sup> ed., 1909 (Typ. A.I. Belokopytova), 354 p.
9. Kelsen. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen, 1911, s. 578.
10. Bratus S.N. *On correlation of civil capacity and civil rights*. In: *Soviet State and Law*, 1949, no. 8, p. 30-37.
11. Schuppe W. *Der Begriff des subjektiven Rechts*. Breslau, 1887, s. 37, 44.
12. Regelsberger F. *Pandekten (Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft)*. Bd. 1. Leipzig, 1893, s. 74.
13. Merkel A. *Juristische Encyclopadia*. Berlin, 1885, § 159.
14. Zhalinskiy A.E., Rericht A.A. *Introduction to German Law*. M., 2001, 767 p.
15. Alekseev S.S. *Law Line*. M.: Statute, 2006, 461 p.
16. *Theory of State and Law* (under the editorship of N.I. Matuzov and A.V. Malko). M.: Lawyer, 2002, 512 p.
17. Avtonomov A.S. *Human rights, right and law protection activity*. M., 2009, 444 p.
18. Yakovlev V.F. *Civil means of ensuring actual and proper performance of commercial agreements*. In: *Civil Law, efficiency and quality*. Sverdlovsk, 1977, p. 79-92.
19. Gribanov V.P. *Exercise and protection of civil rights*. 2<sup>nd</sup> edition, stereotype, M.: "Statute", 2001, 411 p.
20. Yakovlev V.F. *Civil Code and State*. In: *Herald of the Supreme Court of Arbitration of the Russian Federation*, 1997, no. 6, p. 134.
21. Volkov A.V. „Legal” and “subjective” civil rights in terms of right abuse. In: *Law and State: theory and practice*, 2009, no.2 (50), p. 66-70.
22. Pokrovskiy I.A. *Major problems of civil law*. M.: Statute, 1998, p. 353.
23. Savenkova O.V., Tuktarova Yu.E. *Notion and features of civil law guarantees*. In: *HEI News* ("Legal Science" Series), 1999, no. 3, p. 83-91.
24. Ioffe O.S. *Legal relation according to Soviet civil law*. Leningrad: Publishing house of Leningrad University, 1949, 144 p.
25. Vavilin E.V. *Exercise and protection of civil rights*. Russian Academy of Science, Institute of state and law, M.: Wolters Kluwer, 2009, 360 p.



## ОСОБЛИВОСТІ ПРИПИНЕННЯ ШЛЮБНО-СІМЕЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Оксана САФОНЧИК,  
к.ю.н., доцент кафедри цивільного права Національного Університету  
«Одеська юридична академія»

### SUMMARY

In this article features of the termination of marriage and family legal relationship are considered. The attention is focused that essential principles for termination of marriage and family relations are legal facts as follows: 1) the termination of marriage (as a result of its dissolution or by the death of a spouse), 2) termination of the actual marriage.

Key-words: family relationship, marriage and family relationship, marriage, divorce

\*\*\*

В запропонованій статті розглядаються особливості припинення шлюбно-сімейних правовідносин. При цьому наголошується, що підставами припинення шлюбно-сімейних правовідносин є такі юридичні факти, як: 1) припинення шлюбу (внаслідок його розірвання або внаслідок смерті одного з подружжя); 2) припинення фактичних шлюбних відносин.

Ключові слова: сімейні правовідносини, шлюбно-сімейні правовідносини, шлюб, припинення шлюбу

\*\*\*

В предложенной статье рассматриваются особенности прекращения брачно-семейных правоотношений. При этом акцентируется внимание, что основаниями прекращения брачно-семейных правоотношений являются такие юридические факты, как: 1) прекращение брака (вследствие его расторжения или вследствие смерти одного из супругов); 2) прекращение фактических брачных отношений.

Ключевые слова: семейные правоотношения, брачно-семейные правоотношения, брак, прекращение брака

**Постановка проблеми.** Становлення України як суверенної і незалежної держави супроводжується створенням нової правової бази сучасного суспільства, що потребує не тільки систематизації існуючого законодавства, але й зумовлює необхідність глибоких наукових досліджень у галузі шлюбно-сімейних правовідносин та їх законодавчого врегулювання.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми.** Дослідженню даних питань приділялося багато уваги вченими-юристами, такими як: М.В. Антокольська, О.В. Дзера, А.А. Іванов, І.В. Жилінкова, Л.М. Зілковська, А.М. Нечаєва,

З.В. Ромовська, О.О. Ульяненко, С.Я. Фурса, Є.О. Харитонов, Ю.С. Червоний та ін., які приймали активну участь у розробці проблем правового регулювання сімейних правовідносин.

**Мета статті.** Метою статті є науковий аналіз підстав, порядку та особливостей припинення шлюбно-сімейних правовідносин, теоретичних та практичних проблем, що виникають у сфері припинення шлюбно-сімейних правовідносин.

**Викладення основного матеріалу.** Сімейно-правові норми самі по собі не призводять до виникнення, зміни або припинення шлюбно-сімейних правовідносин, але вони передбачають певні життєві обставини, що

породжують зазначені наслідки, що називаються юридичними фактами.

Юридичні факти у сімейному праві – це реальні життєві обставини, які у відповідності до діючого сімейного законодавства є підставами виникнення, зміни і припинення сімейних правовідносин[1].

Шлюб як союз чоловіка і жінки, що має соціальне значення, визначає правове становище дітей, народжених у цьому союзі, майнові відносини між подружжям та їхні спадкові права. По відношенню до цих прав шлюб є юридичним фактом, однак укладення такого союзу залежить від волі майбутнього подружжя і є юридичним правочином[2].





Правовий статус подружжя протягом тривалого часу є передумовою виникнення кожного з безлічі окремих (конкретних) сімейних правовідносин. Юридичне значення у певних випадках може мати наявність подружнього статусу не тільки на теперішній час, а й у минулому (ст. 75 СК України)[3].

Для подружжя, як учасників сімейних правовідносин, які спрямовані на створення, зміну і припинення прав і обов'язків, часто зачіпають права інших осіб (наприклад, дітей) або інші суспільні інтереси. Тому як для виникнення шлюбу, так і для його припинення необхідно також настання певного факту або оформлення події у встановленому законом порядку. Так, для визнання шлюбу дійсним необхідна згода на це осіб, які беруть шлюб, але разом з тим необхідна і реєстрація шлюбу в органах РАЦС.

Шлюб слід розглядати саме як союз, укладення або розірвання шлюбу як юридичні факти у вигляді дій, які тягнуть за собою виникнення або припинення сімейних, шлюбних відносин. У зв'язку з укладенням шлюбу виникають певні права і обов'язки. В той же час шлюб можна розглядати як правовідносини. Правовідносини – це суспільні відносини, що врегульовані нормами права, а суспільні відносини – це зв'язки людей, що виникають з приводу будь-чого.

Аналізуючи підстави виникнення та припинення шлюбно-сімейних правовідносин, необхідно розглянути ситуації, коли чоловік і жінка тривалий час проживають разом, фактично створюють сім'ю, але свого союзу не реєструють (фактичний

шлюб). Як правило, сімейне законодавство України визнавало лише зареєстрований шлюб як факт, що породжує сімейні права та обов'язки. Однак з прийняттям Сімейного кодексу ситуація дещо змінилася. Справа в тому, що з зазначеного питання в СК України спостерігаються суттєві розбіжності. Так, ст. 21 СК України встановлює, що проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу не є підставою для виникнення в них прав і обов'язків подружжя. Однак при цьому кодекс містить низку статей (наприклад, ст.ст. 74, 91), які закріплюють такі самі майнові права для осіб, що знаходяться у фактичних шлюбних стосунках, як і для подружжя (право спільної сумісної власності на майно, право на утримання), у зв'язку з чим доцільно привести вищезгадані статті у відповідність.

Для визначення підстав припинення шлюбно-сімейних правовідносин доцільно визначити спочатку підстави припинення сімейних правовідносин. Так, підставами припинення сімейних правовідносин є такі юридичні факти, як розірвання шлюбу, припинення шлюбу внаслідок смерті одного з подружжя, позбавлення батьківських прав, скасування усиновлення, припинення договору про патронат[4].

Отже, підставами припинення шлюбно-сімейних правовідносин є такі юридичні факти, як: 1) припинення шлюбу (внаслідок його розірвання або внаслідок смерті одного з подружжя); 2) припинення фактичних шлюбних відносин (тобто, «фактичного шлюбу»).

Під припиненням шлюбу розуміють припинення у майбутньому правовідносин між

подружжям, що виникли із зареєстрованого дійсного шлюбу, викликане певними юридичними фактами[5].

Припинення шлюбу відрізняється від визнання останнього недійсним тим, що воно спрямоване на майбутнє, тоді як визнання шлюбу недійсним має зворотню силу і припиняє правові наслідки шлюбу з моменту його укладання[6].

У залежності від настання певного юридичного факту виділяють наступні підстави для припинення шлюбу: 1) шлюб припиняється внаслідок смерті одного з подружжя або оголошення його померлим; 2) шлюб припиняється внаслідок його розірвання за заявою одного або обох з подружжя (ст. 104 СК України).

Правоздатність і дієздатність людини припиняється з настанням смерті – певного юридичного факту, що підтверджується довідкою лікарської установи або показаннями свідків. При цьому реєстрації припинення шлюбу в органах РАЦС не потрібно, реєстрації підлягає сам факт смерті. Реєстрація смерті проводиться згідно з правилами, передбаченими СК України і Правилами реєстрації актів громадянського стану в Україні. Порядок і умови оголошення громадянина померлим визначається цивільним законодавством України.

Шлюб може бути припинений шляхом його розірвання за життя подружжя внаслідок волевиявлення одного з них або обох (у суді або в органах РАЦС). Зазначена підстава припинення шлюбу є найбільш розповсюдженою[7]. Можливість припинення шлюбу на підставі волевиявлення одного або обох



з подружжя є проявом принципу свободи шлюбу і рівності подружжя. Оскільки вступ до шлюбу здійснюється вільно і добровільно, то ніхто не може бути примушений до зберігання подружніх відносин, якщо їхні засади втрачені. При цьому розірвати можна лише шлюб, укладений у законному порядку, з дотриманням всіх умов та підстав його укладання, тобто тільки дійсний шлюб. Фактичне припинення шлюбу з метою подальшого непоновлення шлюбних відносин з точки зору закону не є розлученням. Тому при фактичному припиненні шлюбних відносин шлюб продовжує породжувати сімейні правовідносини, крім випадків постанови судом рішення про встановлення для подружжя режиму окремого проживання.

Режим окремого проживання може бути встановлений судом за заявою одного з подружжя або їх обох у випадку неможливості або небажання дружини та (або) чоловіка проживати спільно (ст. 119 СК України). Встановлення режиму окремого проживання не припиняє прав і обов'язків подружжя, встановлених СК України, які дружина і чоловік мали до встановлення зазначеного режиму, а також прав і обов'язків, встановлених шлюбним договором. Правові наслідки встановлення режиму окремого проживання подружжя передбачені ст. 120 СК України.

Взагалі, в СК України вперше фігурує поняття "режим окремого проживання подружжя". Схоже поняття "окреме проживання подружжя при фактичному припиненні шлюбу" було у КпШС. Таке проживання розглядалося судом як виняткова підстава для визнання майна, нажитого за

час шлюбу, але під час окремого проживання дружини і чоловіка при його фактичному припиненні, власністю кожного з подружжя.

На думку З.В. Ромовської, встановлення інституту сепарації є доцільним. "Сепарація – це санкціоноване рішенням суду окреме проживання, це переддень можливого розлучення... Плавність припинення шлюбних правовідносин не завдає такого болю, якого може завдати розірвання шлюбу"[8]. Але з такою точкою зору навряд чи можна погодитися, оскільки встановлення режиму окремого проживання не може зберегти шлюб. Режим окремого проживання подружжя встановлюється судом у разі неможливості або небажання дружини та (або) чоловіка проживати спільно.

Слід погодитися з висловленою в літературі думкою щодо практичної необхідності встановлення такого режиму, а також його узгодженості з чинним законодавством[9]. По-перше, Конституція України закріплює вільний вибір місця проживання, причому незалежно від того, перебуває особа у шлюбі чи ні, тобто дружина і чоловік у будь-якому разі можуть проживати як спільно, так і окремо. Це питання вирішується на власний розсуд. По-друге, якщо дружина і чоловік не мають можливості або бажання проживати спільно, то, напевне, немає необхідності зберігати такий шлюб. При цьому вони мають звертатися до суду або органу РАЦС з заявою про розірвання шлюбу, а не про встановлення режиму окремого проживання.

Режим окремого проживання подружжя встановлюється

судом у тих випадках, коли сімейні відносини між чоловіком і дружиною втрачені, і припиняється у разі їх поновлення. Встановлення безпосередньо цього режиму не пов'язується з фактичним припиненням шлюбу. У зв'язку з цим можлива ситуація неодноразового встановлення і припинення зазначеного режиму, що може ускладнити порядок визнання правового режиму майна, набутого за час такого шлюбу.

Крім того, законодавчо не досить чітко визначені підстави та порядок встановлення й припинення режиму окремого проживання подружжя. Так, підставами встановлення такого режиму визнається можливість і небажання обох чи одного з подружжя проживати спільно. Однак це оціночні категорії, які однозначно не можуть бути встановлені судом.

Сімейним кодексом передбачено два порядки припинення цього режиму: автоматичний (у разі поновлення сімейних відносин) і судовий (за рішенням суду, ухваленим на підставі заяви одного з подружжя). Виходячи з положень, передбачених ст. 119 СК України, припинення режиму окремого проживання подружжя має здійснюватися у судовому порядку, оскільки встановлюється він рішенням суду.

За життя обох з подружжя шлюб може бути припинений шляхом його розірвання (розлучення). Надалі подружні відносини припиняються (за деякими винятками) з відповідними правовими наслідками для обох з подружжя. Терміни «розірвання шлюбу» і «розлучення» розглядаються в теорії сімейного права і застосовуються в практиці



органів РАЦС і судів як синоніми. Ці терміни вживаються як синоніми й у законі (розділ 11 СК України).

У дореволюційному сімейному праві давалося визначення розлучення як «припинення законного шлюбу, що існував, з зазначених у законі причин». У сучасній науковій літературі під розірванням шлюбу розуміється, як правило, припинення шлюбу за життя подружжя або юридичний акт, що припиняє правові відносини між подружжям на майбутній час (за деякими винятками, передбаченими в законі).

При цьому в юридичній літературі виділяють об'єктивні та суб'єктивні причини розлучення[10]. До об'єктивних причин належать випадки, передбачені ст. 107 СК України. До них можуть бути віднесені й інші обставини, що не залежать від волевільних та інтелектуальних якостей осіб, які розлучаються.

До суб'єктивних причин розлучення належать різноманітні обставини, що характеризують, як правило, психологічний склад особистості подружжя. До таких причин належать також інші явища, такі як подружжя невірність, байдуже ставлення до дітей, їх виховання, приниження та образа гідності одного з подружжя та інші випадки та пороки[11].

Аналізуючи поняття припинення шлюбу за законодавством України, автор дійшов висновку, що припинення шлюбу може бути як строковим, так і безстроковим. Такий поділ є можливим у зв'язку з внесенням до СК України положень, що регулюють поновлення шлюбу. Коли подружжя припиняє шлюб шляхом його розірвання, а по-

тім його поновлює за правилами, передбаченими СК України, то в такому випадку йдеться про строкове припинення шлюбу. Строкове припинення шлюбу можливе також у випадку, коли один з подружжя був оголошений померлим, а потім рішення суду було скасоване у зв'язку з поверненням того з подружжя, хто був оголошений померлим. За бажанням сторін шлюб може бути поновлений у відповідності до чинного законодавства. Якщо ж подружжя, шлюб яких був розірваний, не заявлять про поновлення шлюбу через певні обставини (шлюб із іншою особою, небажання одного або обох з подружжя тощо), йдеться про безстрокове припинення шлюбу, оскільки в даному випадку припинення шлюбу не обмежене будь-яким строком.

Порядок розірвання шлюбу встановлений розділом 11 СК України. Розірвання шлюбу поставлене під контроль держави і може здійснюватися тільки відповідними державними органами: чи органом РАЦС, чи судом у випадках, прямо передбачених СК України.

Таким чином, чинне сімейне законодавство передбачає два порядки розірвання шлюбу: судовий та в органах РАЦС. Основним порядком розірвання шлюбу є в органах РАЦС, і лише в особливо складних ситуаціях шлюбно-розлучний процес відбувається в суді. Щодо розірвання шлюбу в органах РАЦС, то його правове регулювання об'єднує окремі випадки, які виправдовують спрощену процедуру розлучення. Зазначені випадки – розірвання шлюбу за взаємною згодою подружжя, яке не має дітей; розірвання шлюбу з особою, яка визнана безвісти

відсутньою, визнання іншого з подружжя недієздатним внаслідок душевної хвороби, засудженим за здійснення злочинів до позбавлення волі на строк не менше трьох років (ст.ст. 106, 107 СК України).

Розірвання шлюбу в судовому порядку можливе за взаємною згодою та за позовом одного з подружжя (ст. 109 та ст. 112 СК України відповідно).

Судовий порядок (процедура) розірвання шлюбу застосовується у випадках, передбачених СК України: при наявності у подружжя спільних неповнолітніх дітей; при відсутності згоди одного з подружжя на розірвання шлюбу; якщо один з подружжя, незважаючи на відсутність у нього заперечень, ухиляється від розірвання шлюбу в органі РАЦС.

Суд повинен забезпечити не тільки державно-правове регулювання відносин, пов'язаних з припиненням шлюбу, але й у разі потреби захистити інтереси кожного з подружжя і їхніх неповнолітніх дітей. Якщо буде встановлено, що подальше спільне життя подружжя і збереження шлюбу суперечило б інтересам одного з них, інтересам їхніх дітей, що має істотне значення, суд ухвалює рішення про розірвання шлюбу.

Подружжя, яке має дітей, має право подати до суду заяву про розірвання шлюбу разом із письмовим договором про те, з ким із них житимуть діти, яку участь у забезпеченні умов їхнього життя братиме той з батьків, хто буде проживати окремо, а також про умови здійснення ним права на особисте виховання дітей.

Якщо подружжя складають договір про розмір аліментів на



дитину, то такий договір повинен бути нотаріально засвідченим. У разі невиконання цього договору аліменти можуть стягуватися на підставі виконавчого напису нотаріуса. Якщо в судовому засіданні один з подружжя заявляє, що він згоден на розлучення, то суд не має права припинити провадження у справі за тих підстав, що шлюб може бути розірваний в органах РАЦС, оскільки справу про розірвання шлюбу було порушено в суді законно.

Для двох порядків розірвання шлюбу (через суд і через органи РАЦС) існують два процесуальних рішення. При розірванні шлюбу в державних органах РАЦС шлюб вважається припиненим з моменту реєстрації шлюбу в органах РАЦС, а при розірванні шлюбу судом – від дня набрання чинності рішенням суду. Зазначене рішення проблеми визначення моменту розірвання шлюбу є обґрунтованим з правової точки зору та зрозумілим для населення.

Існування двох порядків розлучення – це конкретне вираження конституційного положення про захист сім'ї державою.

Для припинення шлюбу є обов'язковим юридичне оформлення факту припинення шлюбу незалежно від того, чи йдеться про розлучення, чи про смерть одного з подружжя, тоді як для припинення фактичних шлюбних відносин, тобто «фактичного шлюбу», таке оформлення не є обов'язковим. Більш того, будь-яке юридичне оформлення припинення фактичних шлюбних відносин взагалі не передбачено чинним законодавством України, що в свою чергу, може ускладнити вирішення питань,

передбачених ст. 74 СК України щодо правового режиму майна чоловіка і жінки, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах.

**Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** Питання припинення шлюбно-сімейних правовідносин є досить складними і потребують вдосконалення чинного законодавства України. Зокрема, необхідно розробити порядок реалізації та захисту права спільної власності осіб, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах. Дискусійними залишаються питання щодо права на проживання у спільному житловому будинку чи квартирі, які виникають в процесі розподілу спільного майна тощо. При цьому потребує також законодавчого визначення припинення шлюбно-сімейних правовідносин.

### Література

1. Муратова С.А., Тарсамаева Н.Ю. *Семейное право*: Учеб. пособие. М.: Новый юрист, 1999. – С. 29.
2. Дождев В.Д. *Римское частное право*: Учебник для вузов / Под ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма. - 1996. – С. 286.
3. *Сімейний кодекс України*: Наук.-практ. коментар / Під ред. З. Ромовської. – К., 2003.
4. *Сімейне право України* / За ред. В.С. Гопанчука. К.: Істина. – 2003. – С. 38.
5. *Сімейний кодекс України*: Наук.-практ. коментар / За ред. Ю.С. Червоного. К.: Істина, 2003. – С. 174; Цивільне та сімейне право України. Х.: Одиссей, 2004. – С. 601/
6. Рясенцев В.А. *Недействительность брака* // Сов. юстиция. – 1969. - № 8. - С. 21; Пергамент А.И.

Основы законодательства о браке и семье. М., 1989. – С. 78.

7. Васильев С. *Припинення шлюбу: історико-правовий аспект* // Право України. – 1998. - № 6. – С. 98.

8. Ромовська З.В. *Сімейний кодекс України – утвердження ідеології ненасильства* // Адвокат. - 2002. - № 6. – С. 5.

9. *Сімейний кодекс України*: Наук.-практ. коментар / За ред. Ю.С. Червоного. – К.: Істина, 2003. – С. 192.

10. Матвеев Г.К. *Советское семейное право*. М.: Юрид. л-ра, 1978. – С. 102; Макас И.А. *Некоторые подходы к исследованию семейных конфликтов* // Актуальні проблеми політики. - 1997. - № 1-2. – С. 105.

11. Чуйко Л.В. *Браки и разводы: Монография*. М.: Статистика, 1975. – С.154; Мартинова М. *Почему мы развелись*: Пер. с болг, М.: Знание, 1984. – 132.



## ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ІНСПЕКЦІЇ ПРАЦІ В УКРАЇНІ

**В. ЩЕРБИНА,**

доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри трудового права та права соціального забезпечення Київського національного університету імені Тараса Шевченка

### SUMMARY

The basic tendencies within legal regulation of labour inspection activity have been revealed and denominated in given scientific article. The proposals essentially improving labor legislation in this part have been introduced to.

Key words. Legal status of labour inspection, review service, law enforcement service, broadening of competence, cooperation within law enforcement and judicial authorities.

\* \* \*

У представленій науковій статті виявлено та окреслено основні напрямки правового регулювання діяльності інспекції праці, внесено пропозиції з суттєвого реформування трудового законодавства України у цій частині.

Ключові слова. Правовий статус інспекції праці, контрольна функція, правоохоронна функція, розширення повноважень, взаємодія з правоохоронними та судовими органами.

\* \* \*

В представленной научной статье выявлены и обозначены основные направления правового регулирования деятельности инспекции труда. Внесены предложения по существенному реформированию трудового законодательства Украины в этой части.

Ключевые слова. Правовой статус инспекции труда, контрольная функция, правоохранительная функция, расширение полномочий, взаимодействие с правоохранительными и судебными органами.

**П Вступ.** В умовах переходу до ринкових відносин, а також враховуючи все ще доволі низький рівень правової культури населення держави, значу частину правопорушень складають саме трудові правопорушення. Як свідчить практика, більшість із них стосується порушення роботодавцями обов'язку вчасної виплати заробітної плати, недотримання вимог законодавства про охорону праці та здоров'я працівників, непоодинокими є випадки незаконного звільнення з роботи. З огляду на це, особливо значення набуває ефективна діяльність системи органів нагляду та контролю за додержанням законодавства про працю та охорону праці. Адже законодавство ефективно тільки тоді, коли воно неухильно виконується усіма зацікавленими учасниками відносин. Стаття 55 Конституції України [1] гарантує кожному захист прав і свобод будь-якими незабороненими засобами. Для

здійснення цієї мети держава уповноважила відповідні органи та інспекції, які реалізують свої повноваження через дві правові форми: нагляд і контроль. Інспекція праці тривалий час є одним із головних елементів системи забезпечення додержання законодавства про працю в багатьох країнах.

**Постановка завдання.** Метою цієї статті є виявлення та окреслення основних напрямків правового регулювання діяльності інспекції праці, суттєвого реформування трудового законодавства України у цій частині.

**Результати дослідження.** Першими фабричну інспекцію в 1834 р. створили англійці. З початку 30-х рр. XIX ст. створювалися державні органи з нагляду за дотриманням трудового законодавства. Частіше за все це були фабричні (трудова) інспекції, діяльність яких поступово розширювалася від контролю за умовами праці неповнолітніх до

загального контролю [2, с. 91]. У Російській Імперії організацію і права фабричної інспекції визначили перш за все політичні та поліцейські інтереси держави, а потім класові інтереси капіталу. Фабрична інспекція була створена у 1882 р. для нагляду за виконанням першого фабричного акту – закону про малолітніх 1882 р. Проте зі зростанням фабричного законодавства зростали й обов'язки фабричної інспекції, а функції фабричного інспектора, на початок XX-го ст., досягли таких розмірів, яких не знала ні одна західноєвропейська держава. Фабрична інспекція в Росії не тільки слідувала за виконанням фабричних законів і переслідувала за їх порушення – у чому тільки й полягали обов'язки інспекції у Західній Європі, – але й зобов'язана була здійснювати заходи щодо запобігання спорам і непорозумінням між фабрикантами і робітниками шляхом виявлення на місці наявного не-



вдоволення і мирного погодження непорозумінь [3, с. 78 – 79]. У цілому, місія фабричних інспекторів у Російській Імперії має бути визнана потрібною і позитивною, але, на жаль, малоефективною: «Таким чином інспектора насправді є не регуляторами відносин між фабрикантами і робітниками, а буферами між потребами робітників і недолугістю закону» [Цит. за 3, с. 101 – 102].

За ст. 30 Статуту про промислову працю Російської Імперії [4], фабрична інспекція знаходилась у відання Міністерства торгівлі і промисловості й підпорядковувалася безпосередньо Відділу промисловості, а з місцевою губернською та повітовою владою взаємини були такі ж, як й у всіх інших посадових осіб Міністерства торгівлі і промисловості, що належали до складу губернського управління. Стаття 31 Статуту про промислову працю передбачала, що функції фабричної інспекції реалізовували старші фабричні інспектори, фабричні інспектори та кандидати на посаду фабричних інспекторів. Для осіб, які бажали зайняти посади фабричних інспекторів, установлювалися випробування в особливій комісії при Відділі промисловості Міністерства торгівлі і промисловості, за програмою, що затверджувалася міністром (ст. 33 Статуту).

Наказ чинам фабричної інспекції, виданий Головною з фабричних та гірничозаводських справ присутністю 11 лютого 1900 р., дуже детально розкривав структуру, компетенцію та порядок дії чинів фабричної інспекції. Наказ, зокрема, передбачав: загальні вказівки про нагляд за благоустроєм та порядком на фабриках і заводах; загальні обов'язки чинів фабричної інспекції; загальні положення про чинів фабричної інспекції; відносини з місцевою губер-

ською (обласною чи рівною) владою; взаємовідносини чинів фабричної інспекції з поліцією; обов'язки і права окружних фабричних інспекторів; обов'язки і права старших фабричних інспекторів; обов'язки і права фабричних інспекторів; порядок службових дій чинів інспекції з нагляду за промисловими установами. Відповідно до п. 42 цього Наказу, фабричні інспектори (і ті старші, у віданні яких знаходились особливі дільниці) зобов'язувалися приймати до розгляду скарги і заяви про непорозуміння між робітниками та управліннями промислових установ, уважно провадити розслідування ступеню обґрунтованості цих скарг, вживати заходів із виявлення причин, що призвели до них та сприяти примиренню сторін, а якщо останнє не вдавалося, то у відповідних випадках, направляти сторони на судовий розгляд [Цит. за 4, с. 238 – 266, 253].

Радянська влада, ламаючи апарат буржуазно-поміщицької держави, знищила й стару фабричну інспекцію... Була створена інспекція праці, що обиралася організаціями самих трудящих (профспілками, страховими касами). Цій інспекції надавалися широкі повноваження у сфері нагляду за охороною здоров'я трудящих [5, с. 119]. Так, відповідно до ст. 146 КЗпП УРСР 1922 р. [6], нагляд за виконанням усім без виключення установами, підприємствами, господарствами та особами положень Кодексу, декретів, інструкцій, розпоряджень і колективних договорів у частині, що стосується умов праці, охорони здоров'я і життя трудящих, покладалася на інспекцію праці, технічну і санітарну інспекції, що знаходились у віданні Народного комісаріату праці.

Функції та порядок роботи інспекції праці регулювалися

ст. 148 – 150 КЗпП 1922 р. та детально розробленим «Наказом інспекції праці» (постанова НКП СРСР від 16 жовтня 1923 р.), що охоплював усі сторони роботи інспекції. Інспекція праці повинна була охоплювати усі сторони трудового законодавства, всі умови праці і побуту, а ж до функціонування допоміжних економічних і культурно-просвітницьких установ (їдальні, чайні, клуби тощо). Велика увага зверталася на правову сторону діяльності інспекції праці – провадження дізнання, порушення і підтримання кримінального переслідування, захист інтересів трудящих у суді. У цьому сенсі інспектори праці були низовим органом трудової прокуратури. §75 Наказу, з прямим посиланням на ст. 149 КЗпП 1922 р., говорив про закриття підприємств, зупинку машин або двигунів тощо; сюди ж відносили й зняття з роботи, наприклад, малолітніх або підлітків, а також накладення на наймачів адміністративних стягнень [Див. детальн. 7].

Постановою РНК СРСР від 25 травня 1926 р. «Про розмежування функцій органів гірничого нагляду та інспекцій праці» [8] було чітко розмежовано повноваження зазначених державних органів. Таким чином на інспекцію праці було покладено властиву саме для неї функцію: нагляд за виконанням усіма наймачами робочої сили вимог законодавства про працю, колективних і трудових договорів та правил внутрішнього розпорядку (ст. 146 КЗпП РРФСР 1922 р.). Основна робота з нагляду за санітарно-гігієнічними умовами праці та за технікою безпеки було виокремлено та покладена на санітарну і технічну інспекцію, що тісно співпрацювала з інспекцією праці (ст. 150 КЗпП). У 1925 р. були видані три накази НКП СРСР про регулювання їх діяльності.

Уявляється, що досвід функ-



ціонування, структури та повноважень інспекції праці в СРСР у 20-ті рр. ХХ-го ст. нині заслуговує особливої уваги. Крім того слід зазначити, що в СРСР у 70-80-ті рр. ХХ-го ст. діяла правова інспекція праці – специфічний орган, єдина мета якого – контроль і нагляд за дотриманням законодавства про працю [Цит. за 9, с. 357].

Кодекс про працю Народної Республіки Болгарії надавав інспекторам з праці та іншим особам, яким були доручені функції з охорони праці, важливе право припиняти правопорушення в їх зародку, а саме призупиняти виконання незаконних рішень господарських органів та посадових осіб, коли ці рішення стосуються охорони праці та побуту трудових колективів. У КЗпП Німецької Демократичної Республіки 1977 р. була спеціальна глава про контроль за дотриманням трудового законодавства. За ТК Польської Народної Республіки 1974 р. інспекція праці була спеціалізованим органом профспілок, що здійснювала нагляд за додержанням норм трудового права. Кодекс покладав на інспектора праці обов'язки реагувати на порушення постанов, що стосувалися прав працівників, і притягувати до відповідальності винних незалежно від того, поскаржився працівник сам на порушення своїх прав і чи заподіяло це порушення йому шкоду [Цит. за 9, с. 85, 167, 248 – 249].

Пункти 15, 16 і 17 Рекомендації МОП № 198 про трудові правовідносини 2006 р. [Див. 10] передбачають основоположні підходи до питань нагляду і контролю за додержанням законодавства про працю. Компетентний орган повинен вживати заходів із метою забезпечення додержання й застосування законодавчих і нормативно-правових актів, які стосуються трудових правовідносини, відносно різ-

них аспектів, розглянутих у цій Рекомендації, наприклад, за допомогою служб інспекції праці та їхнього співробітництва з органами соціального забезпечення й податковими службами. Що стосується трудових правовідносин, національні органи регулювання питань праці й підлеглі їм структури повинні здійснювати регулярний моніторинг своїх програм і процедур нагляду за дотриманням. Особлива увага повинна приділятися професіям і секторам, у яких значну частку становлять працюючі жінки. У рамках своєї національної політики, про яку йдеться у цій Рекомендації, держави-члени Організації повинні розробляти ефективні заходи, націлені на викорінювання стимулів до приховування факту існування трудових правовідносин.

Нині у різних країнах назви і компетенція органів, що здійснюють контроль за додержанням законодавства про працю суттєво різняться. Так, в Азербайджані повноваження державного органу, що здійснює контроль за додержанням трудового законодавства (державної трудової інспекції), визначає Трудовий кодекс [Цит. за 11, с. 117]. До компетенції Національного управління з трудових відносин США, яке було створено у 1935 р., входить розгляд скарг профспілок і робітників на дії підприємців та прийняття відповідних заходів [Цит. за 12, с. 24]. Способом захисту прав працівників у Новій Зеландії є звернення до однієї з двох інспекцій праці, що знаходяться в структурі Міністерства праці – Інспекцію праці Служби з трудових відносин та Інспекцію праці з виробничої безпеки і здоров'я. Скарги, за затвердженою формою, подаються як індивідуальні, так і колективні. Спектр питань для звернення до Інспекції праці, що належить до Служби з трудових відносин,

обмежений. Можна оскаржити тільки недотримання вимог законодавства про неробочі святкові дні, лікарняні, відпустки, відрахування із заробітної плати або мінімальної оплати праці [Цит. за 590, с. 13 – 121].

За Положенням про Державну інспекцію України з питань праці, затвердженого Указом Президента України від 6 квітня 2011 р. № 386/2011 [14], Держпраці України входить до системи органів виконавчої влади і забезпечує реалізацію державної політики з питань нагляду та контролю за додержанням законодавства про працю, зайнятість населення, законодавства про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності, у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими народженням та похованням, на випадок безробіття в частині призначення нарахування та виплати допомоги, компенсацій, надання соціальних послуг та інших видів матеріального забезпечення з метою дотримання прав і гарантій застрахованих осіб.

У цьому аспекті важливо вказати на суттєве розширення компетенції інспекції праці в Україні згідно названим вище Указом Президента України. Проте в історичному контексті інспекція праці у Російській Імперії мала чималі повноваження. Так, на фабричну інспекцію покладалася запобіжна, а точніше профілактична функція, однак судячи з повноважень інспекторів вона була пов'язана, фактично, з виконанням поліцейських функцій (наприклад, фабричний інспектор дозволяв видачу однієї розрахункової книжки декільком особам, затверджував правила внутрішнього розпорядку, засвідчував загальні розціночні



відомості та ін.) [Див. 3, с. 81 – 82]. Однак, якщо говорити про істинну роль фабричної інспекції у дореволюційній Росії, то краще ніж як М.Г. Лунц сказати не можна: «Фабрична інспекція повинна не стільки наглядати за додержанням фабричних законів і карати за правопорушення, скільки втручатись у взаємини фабрикантів і робітників, опікати та упереджати порушення державного і громадського спокою» [Цит. за 3, с. 84]. Фактично вже тоді інспекція праці виконувала функцію підтримання соціального миру на підприємствах. Аналіз повноважень фабричної інспекції, передбачених у ст. 34 Статуту про промислову працю [4], дає підстави стверджувати, що ні в одній європейській країні цей орган не наділявся такими широкими контрольними повноваженнями.

**Висновки.** Уявляється, що нині контрольна функція інспекції праці, без суттєвого посилення правоохоронної, втрачає будь-який сенс, оскільки цей державний орган виявляється безсилим перед нахабним порушенням підприємцями законів України про працю. Навіть структура першого кодексу про працю, яким був Статут про промислову працю Російської Імперії, прийнятий на початку ХХ-го ст. у період бурхливого розвитку капіталізму в Росії, дає підстави для таких тверджень Станом на 1 березня 1915 р., Статут складався з чотирьох розділів. Розділ перший «Про нагляд за промисловими підприємствами» включав три глави. Розділ другий «Про умови праці на промислових підприємствах» включав три глави, а глава I включала вісім відділень. Розділ третій «Про стягнення за порушення постанов про промислову працю та про порядок провадження справ по цих порушеннях» складався з двох глав. Глава II складалась із двох від-

ділень. Розділ четвертий «Види забезпечення робітників і службовців на промислових підприємствах» складався з семи глав. Отже очевидною є необхідність суттєвих змін й у законодавстві України у цій частині.

З урахуванням викладеного вище пропонується:

1. Надати інспекції праці статус національної служби і назвати цей орган «Державна правова інспекція праці», підкресливши таким чином її роль як провідного органу в системі забезпечення додержання законодавства про працю в Україні.

2. У ТК України визначити статус, структуру, основні функції (контрольну та правоохоронну), права та обов'язки державної правової інспекції праці.

3. На рівні Закону визначити межі правоохоронної функції державної правової інспекції праці, особливо в частині підстав притягнення винних до юридичної відповідальності, а також суттєвого посилення взаємодії з правоохоронними та судовими органами.

## Література

1. Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. – К.: Україна, 1996. – 54 с.
2. Лушникова М.В., Лушников А.М. Очерки теории трудового права. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – 940 с.
3. Лунц М.Г. Сборник статей. Из истории фабричного законодательства, фабричной инспекции и рабочего движения в России / Предислов. И. Степанова. – М.: Тип. «Печатное дело» Ф.Я. Бурче, 1909. – 384 с.
4. Устав о промышленном труде (Св. Зак. Т. XI ч. 2, изд. 1913 г., статьи 1–228 и 541–597) с правилами и распоряжениями, изданными на основании этих статей, с разъяснениями к ним Правительствующего Сената

и административных установлений, приложениями и указателями, алфавитным предметным и сравнительным поstateйным / Составил В.В. Громан. – Петроград: Издание Юридического книжного склада «Право», 1915. – 439 с.

5. Советское трудовое право: учебник / Н.Г. Александров, Г.В. Муцинов, А.А. Абрамова, А.Д. Зайкин / Под ред. Н.Г. Александрова. – М.: Юрид. лит., 1972. – 567 с.

6. Кодекс законов о труде. С измен. и дополн. по 20-ое марта 1927 года и с алфав. указателем. – Харьков: Юридическое Издательство Наркомюста УССР, 1927. – 183 с.

7. Семенова А.Е. Очерки советского трудового права. Изд. 2-е, доп. – Х.: Изд-во ВУСПС, 1925. – 135 с.

8. Постановление Совета Народных Комиссаров СССР от 25 мая 1926 г. «О разграничении функций органов горного надзора и инспекций труда» // Собр. Зак. СССР. – 1926. – № 40. – Ст. 294.

9. Кодификация законодательства о труде социалистических стран. – М., Наука, 1979. – 413 с.

10. Рекомендація про трудові правовідносини № 198. Прийнята на 95-й сесії Генеральної конференції Міжнародної організації праці 31 травня 2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.gada.gov.ua>.

11. Дадаев О.К. Совершенствование трудового законодательства в Азербайджанской Республике // Труд за рубежом. – 2001. – № 3 (51). – С. 116 – 128.

12. Лебедева Л.Ф. Трудовые отношения в США: основы трудового регулирования // Труд за рубежом. – 2006. – № 2. – С. 3 – 26.

13. Черняева Д.В. Трудовое право Новой Зеландии // Труд за рубежом. – 2007. – № 2. – С. 110 – 123.

14. Положення про Державну інспекцію України з питань праці. Затверджено Указом Президента України від 6 квітня 2011 р. № 386/2011 // Офіційний вісник України від 26.04.2011 – 2011 р., № 29, стор. 46, стаття 1224, код акту 56003/2011.





## ABORDĂRI CONCEPTUAL-JURIDICE PRIVIND COMPETENȚA AUTORITĂȚILOR STATALE ÎN ASIGURAREA DREPTULUI OMULUI LA UN MEDIU ÎNCONJURĂTOR SĂNĂTOS

Sergiu ARNĂUT,  
doctorand

### SUMMARY

In the present article the author tackle the competence of the State in ensuring human rights to a healthy environment. It has been examined the attributions of general competence bodies in environmental protection : the Parliament, the President of Republic of Moldova, the Government and local self-government bodies and the attributions of special competence bodies: Central authority empowered to natural resource management and environmental protection.

Key-words: competence, state authority, human rights, environment, protection , legislation, environmental information, public power system, state environmental control.

### REZUMAT

În acest articol autorul abordează competența autorităților statului în domeniul asigurării drepturilor omului la un mediu înconjurător sănătos. Se examinează atribuțiile organelor de competență generală, în domeniul ocrotirii mediului Parlament, Președintele RM , Guvern și organele de autoadministrare locală, în domeniul protecției mediului, precum și atribuțiile organelor de competență specială: Autoritatea centrală abilitată cu gestiunea resurselor naturale și cu protecția mediului înconjurător.

Cuvinte-cheie: competență, autoritatea statului, drepturile omului, mediu înconjurător, protecție, legislație, informație ecologică, sistemul puterii publice, controlul ecologic de stat.

**I**ntroducere. Mediul înconjurător nu are limite stabilite, decât cele naturale, determinate de hotarele biosferei, care încă nu au fost studiate și explorate pe deplin de către om.

Acutizarea crizei ecologice este cauzată de micșorarea vizibilă a resurselor naturale, de deficitul apei potabile, de poluarea aerului cu gaze de eșapament și gaze industriale, de defrișarea în masă a ariilor forestiere, de erodarea solului.

**Actualitatea** cercetării acestei teme survine în urma mai multor factori, precum cel că la începutul secolului XX a apărut problema gestionării și folosirii raționale a resurselor naturale, iar la jumătatea secolului XX, s-a conturat necesitatea stringentă de a proteja mediul ambiant, de a conserva proprietățile naturale ale globului pământesc. Această situație a condiționat nu doar o conștientizare, o raționalizare ideologică, dar și necesitatea intervenției juridice și profesionale [1].

În acest context, devine actual subiectul privind abilitățile autorităților statale în domeniul asigurării drepturilor omului la un mediu înconjurător sănătos.

Cercetarea științifică a problemelor majore și abordarea acestora în domeniul asigurării drepturilor omului la un mediu înconjurător sănătos a fost și este efectuată de savanți precum Bogoliubov S.A., Brinciuc M.M., Levașov V.C., Dubovic O.L., Capcelea A., Layarev B.M., Manohin B.M., Tihomirov Iu., Șeremet K.F. ș.a.

**Scopul** acestui articol este de a examina și de a stabili competența autorităților publice centrale și locale și competența altor instituții, necesitatea, funcționalitatea și importanța acestora în asigurarea drepturilor omului la un mediu înconjurător sănătos în coraport cu reglementările legislației naționale și internaționale în acest domeniu.

**Expunerea materialului cercetat.** Recunoscând drepturile ecologice ale cetățenilor, Republica Moldova a făcut un pas enorm spre consolidarea unui stat democratic și de drept. O consacrare cât mai vastă a drepturilor ecologice în legislația RM reprezintă tendința de democratizare a statului. Recunoașterea drepturilor stimulează coeficientul autoaprecierii și culturii sociale. Acest fapt nu numai că oferă posi-

bilitatea de a implica multitudinea subiecților de drept în procesul de protecție a mediului, dar și stimulează activitatea statului în acest domeniu, dat fiind faptul că realizarea dreptului la un mediu favorabil presupune, mai întâi de toate, posibilitatea de a solicita o atitudine corespunzătoare din partea organelor de stat. În același timp, reglementarea drepturilor ecologice asigură fortificarea autorității statului, în contextul promovării sale pe arena internațională, de integrare în spațiul european și de stabilire a relațiilor diplomatice [2].

Una dintre condițiile de bază ale funcționării statului de drept este reglementarea juridică a activității acestuia. La etapa actuală, sînt frecvente cazurile, în care autoritățile statului își depășesc atribuțiile sau le îndeplinesc necorespunzător. Între organele puterii de stat se atestă o luptă invizibilă pentru sferile de influență, fiind resimțit procesul lăbării intereselor diferitelor structuri. Analistii susțin că fenomenele menționate sînt rezultatul reglementării lacunare a competențelor organelor de stat [3].

Oportunitatea cercetării com-



petențelor organelor puterii de stat este motivată și de faptul că orice activitate statală este direcționată spre satisfacerea intereselor și necesităților sociale, legate de realizarea drepturilor și libertăților sale.

În literatura juridică se susține unanim ideea că competența este un concept dificil și include câteva componente, însă structura acestora se abordează în mod diferit.

Astfel, K. F. Șeremet susține că competența este un fenomen juridic complicat, care conține elemente de referință, competență și atribuții [4].

I. A. Tihomirov delimitează în cadrul competenței două nivele ale elementelor: 1. Elementul competențional, la care realizează elemente de referință, ca sfere determinate și obiecte de referință, 2. Elementul concomitent, care presupune scopul și obligativitatea de a acționa [5].

Unii menționează în calitate de obiecte ale competenței: obiectivele, scopurile, funcțiile, drepturile și obligațiile, metodele și formele de lucru [6]. Alții menționează că elementele competenței sînt dreptul și obligația de a realiza o anumită funcție referitoare la un anumit obiect [7].

Orice organ statal, orice persoană cu funcție de răspundere acționează și se manifestă într-o anumită sferă a relațiilor sociale. Această sferă însă trebuie să aibă limite în spațiu, în timp, precum și limite subiective, ceea ce presupune o consacrare legală, bine stabilită, care ar evita imixtiunea într-o sferă străină.

Determinînd competența fiecărui organ, statul racordează acțiunile acestuia la anumite limite ale sistemului organelor statale. În cadrul acestor limite, organul statal este obligat să-și manifeste inițiativa și activismul în procesul de realizare a funcțiilor ce-i revin și să poarte răspunderea corespunzătoare, ceea ce asigură buna funcționare și utilizare eficientă a posibilităților tutu-

ror elementelor din cadrul aparatului de stat [8].

Preambulul **Legii RM privind protecția mediului înconjurător** stabilește că: *“Protecția mediului înconjurător (denumit în continuare mediu) constituie o prioritate națională, care vizează în mod direct condițiile de viață și sănătatea populației, realizarea intereselor economice și social-umane, precum și capacitățile de dezvoltare durabilă a societății pe viitor”*. Aceasta presupune o implicare directă a autorităților publice, cît și a cetățenilor în procesul de protecție, reabilitare, utilizare rațională a elementelor mediului natural, de prevenire a influenței factorilor nocivi asupra naturii.

În Republica Moldova, pe parcursul ultimilor ani, se atestă o fluctuație instabilă a nivelului finanțării din bugetul de stat, a sumelor alocate Ministerului Mediului: pentru anul 2007 – 86179, 4 lei; 2008 – 101026,7 lei; 2009 – 11521,2 lei; 2010 – 55495,7 lei; 2011 – 292448,7 lei; 2012 - 373261 lei.

Incapacitatea economică a statului devine un factor decisiv în procesul gestionării bugetului, iar tendința spre o dezvoltare economică durabilă ne impune să apelăm la practica internațională. Astfel, în statele înalt dezvoltate, începînd cu anii '60 ai sec. XX, cheltuielile pentru protecția mediului cresc stabil în fiecare an. Spre exemplu, în SUA aceste cheltuieli numai pentru perioada anilor '70 a crescut de 1,5 ori, iar în Japonia – de 2 ori. La începutul anilor '90, această creștere a fost de 25–30%, aceste alocări au servit nu doar pentru realizarea măsurilor și programelor de protecție a mediului, ci și pentru dezvoltarea tehnologiilor a căror influență este benefică pentru mediul ambiant.

Cele menționate ne demonstrează, că lipsa politicii bugetare eficiente condiționează alocarea anuală sub nivelul necesităților a surselor bănești pentru lichidarea consecințelor ecologice negative. Aceasta

crează dificultăți nu doar pentru progresul și dezvoltarea ecologică, dar și pentru securitatea națională, sănătatea publică etc.

În acest context, este de menționat că atîta timp cît statul nu-și va revizui pozițiile de raționalizare a componentei ecologice, în special în cadrul politicilor de mediu, remanierele administrative nu vor avea efect.

Un factor pozitiv însă este tendința de creștere economică a RM, condiționată, pe de o parte, de direcționare unor surse externe pentru proiectele ecologice a, iar pe de altă parte – de optimizarea politicii de gestionare a fondului bugetar.

Mecanismul realizării drepturilor ecologice este aplicabil doar prin prisma unor cunoștințe și deprinderi avansate, printr-un proces bine definit de formare a orientării și comportamentului rațional, prin educarea și instruirea populației privind bazele ecologiei. Doar calitatea procesului de informare privind starea reală a mediului va permite cetățenilor și persoanelor cu funcții de răspundere să conștientizeze importanța subiectului dat și să soluționeze problemele din domeniul protecției mediului înconjurător.

După cum am menționat anterior, dreptul la un mediu înconjurător sănătos poartă un caracter complex și include conținutul normativ, anumite competențe reflectate în prevederile constituționale la capitolul drepturi și libertăți. Acest drept presupune, printre altele, și posibilitatea obținerii informației privind calitatea mediului și componentelor acestuia.

În lipsa noțiunii de “informație ecologică” în legislația națională, vom face referință la *Directiva Uniunii Europene 90/313/EEC din 07.06.1990 privind libertatea de acces la informații în domeniul mediului*, care definește informația ecologică ca informație privind starea apei, aerului, solului, faunei, florei, terenului arabil și rezerva-



țiilor, și totodată ca activitate care influențează sau ar putea influența, atât pozitiv, cât și negativ, mediul natural. O definiție mult mai amplă a conceptului de informație ecologică o oferă *Legea privind protecția mediului*, adoptată de Consiliul Europei în 1994. Potrivit art. 21, informația include: date despre calitatea apei, aerului, solului, florei, faunei, a spațiilor naturale, a activității legate de influența factorilor nocivi precum zgomotul; măsurile care pot influența negativ elementele menționate; tipurile de activități sau programe menite să protejeze mediul, inclusiv programe administrative. Această informație poate exista în orice formă: scrisă, verbală sau vizuală [9].

*Directiva Uniunii Europene din 1990* impune necesitatea asigurării accesului liber tuturor persoanelor fizice și juridice la informația privind mediul înconjurător, care se află în gestiunea organelor puterii publice, instituind și formele prezentării informației, procedura și limitele [10].

În acest context, rămâne extrem de actuală mențiunea Secretarului General al ONU Kofi Annan, făcută în cadrul Conferinței de la Aarhus, la 25 iunie 1998, potrivit căreia, "*deși este o conferință regională, conferința de la Aarhus are o importanță globală, aceasta este un exemplu viu al realizării Principiului 10 al Declarației de la Rio, care conturează importanța participării cetățenilor în procesul soluționării problemelor ecologice, a accesului acestora la informația ecologică de care dispune autoritatea publică. În acest context, Conferința reprezintă un început ambițios în domeniul democratizării ecologice, în raport cu toate proiectele realizate până în prezent sub egida ONU*" [11].

La etapa actuală a dezvoltării civilizației omenești, se atestă tendința de creștere a rolului informației în soluționarea problemelor globale de mediu. Aceasta ne duce

la concluzia că, în condițiile actuale, un nivel înalt de dezvoltare îl atinge acel stat care va dispune de informație calitativă, o va asimila și gestiona efectiv pentru satisfacerea necesităților sociale.

Cu toate că activitatea instituțiilor societății civile este amplă, problemele politicii naționale în domeniul asigurării dreptului la un mediu înconjurător sănătos urmează a fi soluționate anume de către stat, prin intermediul sistemului diversificat al autorităților abilitate, însă cu implicarea reprezentanților societății.

Conform Legii privind protecția mediului înconjurător, în domeniul ocrotirii mediului se conturează două grupuri de organe:

- *de competență generală*: parlamentul; președintele RM; guvernul și organele de autoadministrare locală în domeniul protecției mediului;

- *de competență specială*: autoritatea centrală abilitată cu gestiunea resurselor naturale și cu protecția mediului înconjurător cu subdiviziunile sale.

Este rațional să analizăm prioritar competența președintelui RM care, conform prevederilor art. 77 al. (2) din Constituția RM, reprezintă statul și este garantul suveranității, independenței și integrității teritoriale a țării. Președintele poartă tratative și ia parte la negocieri, încheie tratate internaționale în numele Republicii Moldova și le prezintă, în modul și în termenul stabilit prin lege, inclusiv și tratate în domeniul ecologic. Totodată, *Legea privind protecția mediului înconjurător* delegă președintelui, prin art. 7, următoarele atribuții:

a) reprezintă interesele Republicii Moldova în domeniul protecției mediului în relațiile internaționale;

b) este responsabil în fața comunității mondiale pentru starea mediului în republică.

În statele înalt dezvoltate, președintele mai este abilitat și cu funcția de adoptare a strategiilor naționale

privind protecția mediului înconjurător. Sperăm că odată cu implementarea *Strategiei Naționale de Mediu* atribuțiile președintelui în domeniul protecției mediului vor cunoaște o consacrare mai vastă.

În RM directivele strategice urmează a fi implementate sub supravegherea legală a organelor abilitate cu atribuții în domeniul aplicabilității legii.

Astfel, conform prevederilor Legii privind protecția mediului înconjurător, direcțiile prioritare în domeniul mediului sînt:

- asigurarea pentru fiecare om a dreptului la un mediu sănătos și estetic plăcut;

- realizarea supremei responsabilități a fiecărei generații pentru protecția mediului în fața generațiilor viitoare;

- obținerea unui diapazon cât mai larg de folosire a resurselor naturale, fără a depăși limitele admisibile, evitîndu-se epuizarea și degradarea lor, riscul pentru sănătatea oamenilor și alte consecințe nedorite și imprevizibile;

- protecția solului și subsolului, apelor și aerului de poluare chimică, fizică și biologică, de alte acțiuni care dereglează echilibrul ecologic;

- păstrarea biodiversității și genofondului, integrității sistemelor naturale, valorilor naționale istorice și culturale;

- restabilirea ecosistemelor și componentelor lor, afectate prin activitatea antropică sau de calamitățile naturale.

Evident că activitatea statului nu se limitează doar la compartimentele menționate, mai mult ca atât, RM își pune obiective globale privind protecția mediului înconjurător drept fundament al vieții omenești.

Considerăm oportun de a include în categoria direcțiilor prioritare privind activitatea statului în domeniul protecției mediului următoarele concepții:

- utilizarea rațională a resurse-



lor naturale, instruirea ecologică a populației;

- prevenirea poluării mediului ambiant, din contul perfecționării tehnologiilor de reutilizare și distrugere a deșeurilor toxice;

- prevenirea poluării radioactive, minimizarea consecințelor produse în urma accidentului de la Cernobîl;

- investigarea metodelor privind utilizarea practică a surselor naturale de energie, luarea măsurilor urgente în zonele cu cel mai mare risc ecologic.

Pentru realizarea obiectivelor propuse se impune perfecționarea sistemului puterii publice și a organelor autoadministrării locale, delimitarea împuternicirilor ramurale în domeniul protecției mediului.

Trecerea la etapa dezvoltării stabile presupune, mai întâi de toate, un nou mod de gândire, o nouă rațiune a societății, ceea ce este foarte dificil. O dată cu transformările social-economice și ecologice, va fi asigurată trecerea spre o nouă civilizație [11].

Supremă că recomandările expuse și exemplele statelor înalt dezvoltate vor fi aplicate și în Republica Moldova, în special în cadrul *Strategiei Naționale de Mediu a RM*.

Spre deosebire de practicile altor state, conform Legii cu privire la protecția mediului înconjurător, Parlamentul RM, în calitate de organ legislativ, este abilitat cu mai multe funcții în domeniul protecției mediului înconjurător. Astfel, potrivit art. 6 din această lege, Parlamentul:

- a) aprobă principiile politice generale în domeniul protecției mediului și folosirii resurselor naturale;

- b) adoptă acte legislative cu privire la protecția mediului și folosirea resurselor naturale;

- c) aprobă la propunerea guvernului limitele de folosire a resurselor naturale de importanță națională, limitele de emisii și deversări

nocive în mediu, limitele de depozitare a deșeurilor de producție și menajere pe teritoriul republicii, taxele pentru folosirea resurselor naturale, pentru poluarea mediului și pentru depozitarea deșeurilor;

- d) aprobă programe de redresare a mediului;

- e) declară teritorii drept zone de criză ecologică sau de catastrofă ecologică, stabilește regimul de administrare în aceste zone și statutul cetățenilor;

- f) audiază raportul anual al guvernului privind starea mediului în republică.

Este ușor de observat că funcțiile parlamentului reprezintă acele obiective de bază, care formează politica națională în domeniul ecologic, formulează prioritățile strategice și stabilesc directivele de acțiune.

Un rol important în domeniul protecției drepturilor și libertăților cetățeanului îi revine Guvernului RM, inclusiv în ceea ce privește dreptul la un mediu înconjurător sănătos. Astfel, potrivit art. 3, alin. 10 din Legea cu privire la guvern [12], una dintre direcțiile principale de activitate constă în *“asigurarea utilizării raționale a resurselor naturale și integrității lor, protecția ecologică a populației și a mediului ambiant”*, *“asigurarea condițiilor social-economice, crearea bazei tehnico-materiale și fonduri speciale pentru dezvoltarea învățământului public, tineretului, culturii, ocrotirii sănătății, protecției mediului ambiant”*. Totodată, conform art. 12 alin. (9) din legea menționată, guvernul *“ia măsuri în vederea ocrotirii și folosirii raționale a pământului, subsolului, a resurselor de apă, a faunei și florei, în vederea menținerii purității aerului și asigurării reproducerii tuturor sistemelor biologice, precum și menținerii echilibrului ecologic; promovează politica statului în domeniul securității radiologice și exercită controlul de stat în acest domeniu”*. Iar în raport cu orga-

nele administrației publice locale, guvernul *“coordonează activitatea organelor administrației publice locale în vederea traducerii în viață a politicii de stat în domeniul asistenței sociale, ocrotirii sănătății, învățământului public, tineretului și sportului, culturii și protecției mediului ambiant”*.

Conform prevederilor art. 8 din Legea cu privire la protecția mediului înconjurător, în vederea asigurării dreptului la un mediu înconjurător sănătos guvernului îi revin următoarele atribuții:

- realizează politica parlamentului în domeniul protecției mediului și asigură folosirea rațională a resurselor naturale;

- întocmește cadastrul resurselor naturale;

- adoptă decizii cu privire la scoaterea temporară sau definitivă din circuitul agricol a terenurilor secătuite sau periclitate de procese geologice;

- asigură în comun cu autoritățile administrației publice locale acțiuni de conservare a diversității biologice;

- coordonează activitatea de protecție a mediului, desfășurată de ministere, departamente și autoritățile administrației publice locale;

- elaborează programe de ameliorare a calității mediului pe anul următor;

- elaborează măsuri de prevenire a crizelor, accidentelor și catastrofelor ecologice;

- determină amplasarea și regimul poligoanelor de nivel republican pentru depozitarea și prelucrarea deșeurilor de producție, păstrarea substanțelor toxice și radioactive, precum și reglementează transportarea și inactivarea acestora;

- organizează și susține activitatea de educație ecologică, creează sistemul de instruire ecologică la toate nivelurile sistemului de învățământ, asigură pregătirea cadrelor de specialiști în domeniul protecției mediului;



- asigură relațiile externe ale Republicii Moldova cu alte state și cu organismele internaționale în domeniul protecției mediului.

După cum am menționat anterior, un factor important în sfera asigurării dreptului la un mediu înconjurător sănătos este complexul cunoștințelor și deprinderilor privind protecția mediului. În acest sens, activitatea Guvernului RM se exprimă și în crearea și elaborarea programelor educative, necesare pentru realizarea scopurilor și obiectivelor în domeniul protecției mediului natural.

Este de menționat și faptul că atribuțiile guvernului în domeniul mediului nu se limitează doar la legile cu caracter special, care vin să reglementeze activitatea guvernamentală, sau legile ramurale, care reglementează un anumit domeniu. Astfel, guvernul este abilitat cu atribuții de aprobare a planului de perfecționare a prevederilor normative în domeniul mediului. Iar potrivit art. 28 din *Legea privind expertiza ecologică și evaluarea impactului asupra mediului înconjurător* [13], guvernul aprobă planul perfecționării și/sau elaborării bazei normative referitoare la protecția mediului înconjurător, utilizată la etapa de planificare și proiectare a obiectelor și activităților economice preconizate.

Existența relațiilor „societate – stat” presupune transpunerea reală a drepturilor și libertăților omului. Aceste relații reprezintă un pilon de bază în realizarea de către cetățeni a drepturilor și libertăților lor.

Nu putem afirma, însă că doar puterea executivă, prin intermediul competențelor sale, ajută cetățeanul să-și realizeze dreptul constituțional la un mediu înconjurător sănătos. Este cert faptul, că în domeniul protecției drepturilor și intereselor ecologice, Ministerul Mediului devine unul dintre organele cu cea mai mare responsabilitate în acest domeniu.

Ministerul Mediului este orga-

nul central de specialitate al administrației publice, care elaborează și promovează politica statului în domeniile: protecției mediului și utilizării raționale a resurselor naturale, managementului deșeurilor, conservării biodiversității, cercetărilor geologice, folosirii și protecției subsolului, hidroameliorației, gospodăririi resurselor de apă, aprovizionării cu apă și canalizare, reglementării activităților nucleare și radiologice, controlului ecologic de stat, hidrometeorologiei și monitoringului calității mediului.

Totodată, ministerul, în procesul elaborării și promovării politicii statului în domeniul protecției mediului și utilizării raționale a resurselor naturale, se orientează spre crearea unor condiții benefice pentru viață, spre dezvoltarea durabilă a țării, colaborarea internațională, armonizarea legislației naționale la cea a Uniunii Europene.

Ministerul Mediului realizează politica de stat în domeniile vizate direct sau prin intermediul instituțiilor subordonate, sau al întreprinderilor de stat, față de care exercită împuternicirile de fondator și care activează în baza regulamentelor lor de organizare și funcționare.

Înființarea unui organ central de specialitate, precum Ministerul Mediului, a constituit o parte din *Programul politicii naționale privind mediul*, iar crearea instituției a condiționat împuternicirea acesteia cu misiuni, funcții și atribuții importante în domeniul respectiv. Ministerul are misiunea de a asigura realizarea prerogativelor constituționale ale guvernului prin elaborarea, promovarea și implementarea politicii statului în domeniul protecției mediului și utilizării raționale a resurselor naturale, managementului deșeurilor, folosirii și protecției subsolului, hidroameliorației, gospodăririi resurselor de apă, aprovizionării cu apă și canalizare, reglementării activităților nucleare și radiologice, controlului ecologic de stat, hidrometeorolo-

giei și monitoringului calității mediului.

Potrivit opiniei autorului A. Capcelea, totalitatea funcțiilor instituțiilor de mediu specializate pot fi divizate în două grupe:

#### 1. *Funcții generale*, precum:

- Programarea și pronosticarea protecției mediului;
- Organizarea și administrarea protecției mediului;
- Coordonarea activității ministerelor și altor autorități centrale în domeniul protecției mediului și utilizării resurselor naturale;
- Efectuarea controlului ecologic de stat;
- Întreținerea relațiilor externe – pregătirea propunerilor în domeniul cooperării internaționale, coordonarea activității ministerelor privind realizarea convențiilor ecologice internaționale.

#### 2. *Funcții specifice*:

- Organizarea elaborării cadastrului resurselor naturale; crearea sistemului informațional în domeniu;
  - Autorizarea folosirii resurselor naturale și poluării mediului;
  - Aplicarea măsurilor de constrângere;
  - Propaganda ecologică etc. [14]
- Cît privește funcțiile Ministerului Mediului în domeniul protecției mediului, legislația stabilește că acesta:

- elaborează proiecte de acte legislative și normative din domeniul protecției mediului;
- implementează acte legislative și normative din domeniul protecției mediului;
- elaborează și perfecționează mecanismele economice în domeniul protecției mediului;
- asigură efectuarea expertizei ecologice a proiectelor, planurilor, programelor, concepțiilor;
- coordonează procesul de evaluare strategică de mediu a documentelor de politici;
- coordonează procesul de evaluare a impactului asupra mediului a obiectelor planificate și a genuri-



lor de activitate economică cu impact sporit asupra mediului;

- acordă ajutor metodologic;
- coordonează procesul de elaborare și implementare a mecanismului de gestionare a deșeurilor și substanțelor chimice;
- asigură promovarea tehnologiilor energoeficiente și nepoluante;
- coordonează procesul de inventariere, pașaportizare, evaluare și dezvoltare al sistemului de arii naturale protejate de stat;
- coordonează activitățile de elaborare a Cadastrului de stat al obiectelor și complexelor din fondul ariilor protejate, Cadastrului regnului vegetal și celui animal, Cărții Roșii a Republicii Moldova, precum și ținerea bazei de date și a Registrului colecțiilor de animale și plante din flora și fauna sălbatică;
- elaborează și publică Raportul național privind starea mediului și resurselor naturale în Republica Moldova, conform prevederilor legale etc.

Reieșind din aspectul multiramural al domeniului ecologic, întru realizarea funcțiilor sale, ministerul are în subordine o serie de agenții menite să asigure buna desfășurare a Programului ecologic național și a politicii ecologice în ansamblu. Astfel, ministerul are în subordine următoarele instituții: Agenția „Apele Moldovei”; Agenția pentru Geologie și Resurse Minerale; Agenția Națională de Reglementare a Activităților Nucleare și Radiologice; Inspectoratul Ecologic de Stat; Serviciul Hidrometeorologic de Stat; Serviciul Piscicol; Institutul de Ecologie și Geografie (subordonare dublă: Academia de Științe a Moldovei și Ministerul Mediului).

Privite ca un subiect separat, responsabil de securitatea ecologică, organele locale de asemenea au fost abilitate cu un spectru de atribuții, în special în domeniul gestionării deșeurilor. Astfel ele, în comun cu autoritatea responsabilă de problemele mediului și sănătate,

sînt obligate, conform prevederilor art. 69 din Legea privind protecția mediului înconjurător:

- să admită depozitarea deșeurilor de orice fel;
- să stabilească limitele anuale de depozitare a deșeurilor pe teritoriul comunei (satului), orașului, raionului, municipiului;
- să supravegheze respectarea regimului perimetrelor de depozitare și a standardelor tehnice de păstrare, prelucrare, ardere, îngropare a deșeurilor;
- să controleze permanent în intravilan și extravilan, inclusiv pe terenurile din perimetrele obiectivelor economice și sociale, respectarea legislației cu privire la protecția mediului.

Eficacitatea garantării drepturilor ecologice poate fi realizată și prin intermediul reformei administrative în sfera organelor abilitate cu funcții de protecția mediului înconjurător.

În concluzie, protecția mediului înconjurător este o prioritate națională și presupune implicarea directă a autorităților publice centrale și locale, cît și a cetățenilor, în procesul de protecție, reabilitare, utilizare rațională a elementelor mediului natural și prevenirea influenței factorilor nocivi asupra naturii iar conservarea elementelor componente ale mediului înconjurător, constituie garanția unei dezvoltări continue a societății umane.

### Referințe bibliografice

1. Боголюбов С.А. *Глобализация и развитие экологического законодательства*. Журнал российского права, 2004, №5, с.45-46.
2. Бринчук М.М. *Теоретические основы экологических прав*. Государство и право, 2004, №5, с. 12.
3. Белоусов С.А. *Компетенционные кормы российского права*. Автореф. дисс. канд. юрид. наук, Саратов, 2002, с. 3-4.

4. Шеремет К.Ф. *Вопросы компетенции местных советов*. Советское государство и право, 1965, №4, с. 23.

5. Тихомиров Ю.А. *Теория компетенции*. Журнал российского права, 2000, №10, с. 24.

6. Манохин В.М., Адушкин Ю.С., Багишаев З.А. *Российское административное право*, с. 70.

7. Лазарев Б.М. *Компетенция органов управления*, с. 46.

8. Лазарев Б.М. *О компетенции органа советского государства*. Советское государство и право, 1964, №10, с. 50.

9. Велиева Д.С. *Конституционно-правовые вопросы реализации прав человека и гражданина на благоприятную окружающую среду в России*. Дис. канд. юрид. наук, Саратов, 2001, с. 81-82.

10. Дубовик О.Л. *Экологическое право*: Учебник. М., 2003. с.167.

11. *Новая парадигма развития России в XXI веке. Комплексные исследования проблем устойчивого развития: цели и задачи*. 2-е изд. Под ред. В.А. Коптюга, В.М. Мотросова, В.К. Левашова. Москва, 2000, с. 114.

12. *Monitorul Oficial*, Nr. 131-133, art. nr. 1018.

13. *Monitorul Oficial*, nr. 52-53, art. nr. 494.

14. Arcadie Capcelea. *Dreptul ecologic*, Chișinău 2000, с. 23-24.



## ÎNVINUITUL – SUBIECT AL PROCESULUI PENAL (partea a doua)

Vasile ZAMFIR,  
doctorand

### SUMMARY

The author approaches the notion of defendant as the subject of the penal process. He also refers to the parts participating in the penal process: judicial bodies, all the sides, the advocate and other persons.

Key-words: accused, criminal, subjects, offender, defendant, convict, the injured, the civil.

### REZUMAT

Autorul abordează noțiunea de învinuit ca subiect al procesului penal. De asemenea referă și la părțile participante în procesul penal: organele judiciare, părțile, apărătorul și alte persoane.

Cuvinte-cheie: învinuit, proces penal, subiecți, făptuitor, inculpat, condamnat, partea vătămate, partea civilă.

#### 5. Natura juridică și importanța punerii persoanei sub învinuire (acuzarea)

Pentru a caracteriza și a stabili atributele și formele de manifestare ale acestei funcții procesuale, vom porni de la definiția termenului de *învinuire*, potrivit, Dicționarului de procedură penală [1]: „*Învinuirea este activitatea procesuală ce se desfășoară în legătură cu persoana care are calitatea de învinuit în cadrul procesului penal*”. Prin *învinuit* înțelegem „*persoana căreia, printr-o plîngere, denunț sau din oficiu, i s-a adus o învinuire și față de care se efectuează urmărirea penală cît timp nu a fost pusă în mișcare acțiunea penală împotriva sa*”.

În sens mai larg, o formă extinsă este *inculparea*. Potrivit art. 23 Cod proc. pen., „*persoana împotriva căreia s-a pus în mișcare acțiunea penală se numește inculpat*” [2].

Noțiunea de *învinuire*, o găsim în dispozițiile art. 23 alin. 8 din Constituția României: „*Celui reținut sau arestat i se aduc de îndată la cunoștință, în limba pe care o înțelege, motivele reținerii sau arestării, iar învinuirea – în cel mai scurt termen. Învinuirea i se aduce la cunoștință numai în prezența unui avocat ales sau numit din oficiu*”.

În același sens, Convenția Europeană a Drepturilor Omului, prin dispozițiile sale, reglementând drepturile și libertățile cetățenilor, printre care și libertatea și siguranța persoanei, folosește termenii „*acuzare*”, „*acuzare*” și „*acuzat*” [3].

În trecut, funcția de învinuire era exercitată diferit, în funcție de felurile sistemelor de drept. Astfel, în sistemul acuzării private (pure), acuzarea aparținea victimei infracțiunii și rudelor sau tribului, acuzarea avînd un caracter privat. Acest sistem era caracteristic popoarelor barbare [4]. În cadrul sistemului acuzării populare, oricare cetățean avea dreptul să ridice și să susțină acuzarea, respectiv să pună în mișcare acțiunea penală.

Statul sau societatea era reprezentat prin cetățenii săi. Ulterior acest drept s-a limitat, în favoarea unor colectivități, considerîndu-se că nu se asigură suficient urmărirea infracțiunilor și apărarea societății. Față de toate aceste aspecte, am putea defini funcția de învinuire ca fiind „*atribuția și dreptul pe care îl au anumite organe specializate ale statului, cu participarea în unele cazuri, a părții vătămate, de a începe urmărirea penală împotriva unor persoane care au încălcat legea penală, de a strînge*

*probele necesare dovedirii învinuirii, de a pune în mișcare acțiunea penală, de a propune unele măsuri preventive, de a dispune trimiterea în judecată a celor vinovați, de a participa la judecată, pentru a sprijini instanța de judecată pentru tragerea la răspundere penală a celor ce se fac vinovați de comiterea de infracțiuni, în vederea restabilirii ordinii de drept încălcate și de apărare a drepturilor și inviolabilităților cetățenești*” [5].

#### 6. Temeiurile punerii persoanei sub învinuire

Fiind prima funcție procesuală a cărei existență se face simțită pe parcursul procesului penal [6], ea dinamizînd prin actele ce o compun întregul proces penal, funcția de învinuire se manifestă atît în faza de urmărire penală, ca primă fază procesuală, cît și în cursul fazei de judecată, fie în primă instanță, fie în căile de atac.

Punerea în mișcare a acțiunii penale se face *in personam* de către procuror [7], în cazul în care constată, după începerea urmăririi penale, că există probe sau indicii temeinice că învinuitul a comis cu vinovăție o faptă prevăzută de legea penală și nu există nici unul din cazurile de împiedicare a punerii în mișcare a acțiunii penale



prevăzute de art 10 Cod proc. pen., și din acest moment învinuitul devine inculpat.

Procurorul dispune punerea în mișcare a acțiunii penale:

a) prin *ordonanță*, la propunerea organului de cercetare penală, fie odată cu începerea urmăririi penale (urmărire penală cu inculpat în cauză), fie ulterior, în cursul urmăririi penale;

b) prin *rechizitoriu*, dacă acțiunea penală nu a fost pusă în mișcare în cursul urmăririi penale [art. 262 pct. 1 lit. a) Cod proc. pen.]; în acest caz dispozitivul rechizitoriului va cuprinde atât dispoziția de punere în mișcare a acțiunii penale, cât și pe cea de trimitere în judecată; rechizitoriul va constitui atât actul de sesizare al instanței, cât și actul de inculpare a infractorului;

c) prin *declarația orală consemnată în încheierea de ședință* în cazul extinderii procesului penal, cu privire la alte fapte sau alte persoane în cursul judecării (art. 336 art. 337 Cod proc. pen.)

Acțiunea penală [8] poate fi pusă în mișcare și de către *judecător* în procedura prevăzută de art. 278<sup>1</sup> Cod proc. pen., dacă judecătorul admite plîngerea formulată împotriva soluției de netrimitere în judecată dispusă de procuror și reține cauza spre judecare. În acest caz se pune în mișcare acțiunea penală prin *încheierea* prin care s-a admis plîngerea.

Acțiunea penală [9] mai poate fi pusă în mișcare și prin *hotărîrea Camerelor reunite ale Parlamentului în ședință comună* de punere sub acuzare a Președintele României pentru înaltă trădare;

Deși art. 336 și 337 Cod proc. pen. prevăd că în situația extinderii procesului penal la alte fapte sau la alte persoane [10] instanța poate pune în mișcare acțiunea

penală prin încheiere, atunci cînd procurorul nu este prezent la judecată, această posibilitate este mai degrabă teoretică, întrucît în toate cazurile în care instanța este sesizată prin rechizitoriu (cvasitotalitatea proceselor penale) participarea procurorului este obligatorie. În cazul în care instanța admite plîngerea formulată în temeiul art. 278<sup>1</sup> Cod proc. pen. și reține cauza spre judecare, prezența procurorului nu este obligatorie la judecătore în ipoteza în care pentru infracțiunea supusă judecării maximul special al pedepsei este mai mic de 3 ani. Numai în această situație s-ar putea imagina posibilitatea extinderii procesului penal cu privire la alte fapte ori persoane, în absența procurorului, de natură de a reține punerea în mișcare a acțiunii penale prin *încheierea instanței de judecată* [11].

Judecata devine, astfel, cadrul de manifestare a celor două funcții procesuale: învinuire și apărare, condiții *sine qua non* ale exercițiului funcției de judecată [12].

Rezultă că faza judecării are un caracter necesar, principal, fără de care nu se poate concepe o activitate de „justiție”, activitate prin care se procedează la aplicarea legii penale față de toți cei care au săvîrșit infracțiuni. Acest lucru nu este posibil în faza de urmărire penală, scopul acesteia fiind de a strînge probele necesare cu privire la existența infracțiunilor, la identificarea făptuitorilor și la stabilirea răspunderii acestora, pentru a se constata dacă este sau nu este cazul să se dispună trimiterea în judecată (art. 200 Cod proc. pen.).

În faza de judecată, procurorul, deși pierde rolul de conducător al procesului penal [13] în favoarea instanței de judecată, acesta rămîne în continuare titularul principal al exercițiului acțiunii penale. În

această fază a procesului penal, nu are loc altceva decît o continuare a urmăririi penale, a exercițiului funcției de învinuire și a dreptului de a pune în mișcare acțiunea penală (extindere).

### 7. Ordinea procesuală de punere a persoanei sub învinuire

Legislația noastră recunoaște în prezent existența a două căi de atac ordinare – apelul și recursul – și a trei căi de atac extraordinare: revizuirea, contestația în anulare și recursul în interesul legii. Acestea sînt considerate remedii procesuale, înlăturîndu-se erorile de fapt sau de drept ce pot afecta o hotărîre judecătorească, atunci acestea nu corespund realității, legii sau adevărului [14]. Ori de cîte ori se stabilește că s-a încălcat legea de procedură (*error in procedendo*) sau legea substanțială (*error in iudicando*) procurorul sau părțile au dreptul de a exercita una dintre căile de atac, realizîndu-se un control judiciar asupra hotărîrii atacate în aceste condiții, continuîndu-se învinuirea, prin promovarea unei noi judecări fie în fața unei instanțe superioare (în principiu), fie în fața unei instanțe de același grad.

Dacă prin calea de atac exercitată se promovează o nouă judecată [15] în fața unei instanțe de grad superior, care, constatînd existența unor erori judiciare, procedează la desființarea/casarea hotărîrii cu reținere de rejudecare, calea de atac va fi de reformare, iar dacă calea de atac exercitată determină competența de judecată a instanței a cărei hotărîre a fost atacată, calea de atac va fi de retractare.

Căile de atac ordinare se pot îndrepta numai împotriva unor hotărîri nedefinitive, iar cele extraordinare pot fi exercitate doar împotriva unor hotărîri intrate în





puterea lucrului judecat, deci rămase definitive [16].

Dacă pentru exercitarea apelului legea nu prevede anumite cazuri de casare ce determină nelegalitatea sau netemeinicia unei hotărâri, prin arătarea lor expresă în textul de lege, „instanța, judecând apelul și verificând hotărârea atacată pe baza lucrărilor și materialului din dosarul cauzei, este obligată ca, în afara temeiurilor invocate și cererilor formulate de appellant, să examineze cauza sub toate aspectele de fapt și de drept” [17]. În situația celorlalte căi de atac, legiuitorul intervine prin limitarea exercițiului acestora într-un cadru strict determinat, prin înscrierea și reglementarea restrictivă și expresă a anumitor cazuri de casare ce permit atacarea unei hotărâri în condițiile legii.

În prima situație cauza devolvează sub toate aspectele, atât în fapt, cât și în drept, fiind vorba de o devoluare totală, limitată doar la persoana care a declarat apel, de persoana la care se referă apelul și numai în raport de calitatea pe care apelantul o are în proces, în celelalte cazuri devoluarea cauzei este parțială.

Vechile reglementări în materie (1864 și 1936) cunoșteau, pe lângă apel și recurs, ca și căi ordinare de atac și instituția opoziției, care consfințea dreptul unei persoane judecate în lipsă de a cere să fie judecată în prezența sa, garantându-se respectarea principiului contradictorialității ședinței de judecată [18]. Opoziția se adresa instanței care a pronunțat hotărârea în lipsa părții, dreptul de a face opoziție neexcluzând dreptul de a uza și de celelalte căi ordinare de atac. În situația admiterii acesteia, se anulează hotărârea pronunțată în lipsa părții, dispunându-se rejudecarea cauzei în prezența sa. Deoarece

de cele mai multe ori inculpații se foloseau în mod abuziv de această cale de atac, în sensul că nu se prezentau la judecată, cu scopul de a prelungi procesul, Codul din 1936 a limitat posibilitatea exercitării opoziției numai în cazurile în care părțile nu puteau uza de calea apelului, fiind considerat „un rău necesar” [19]. Procurorul nu putea uza de această cale de atac.

Suprimarea opoziției ca o cale de atac de retractare nu echivala cu imposibilitatea judecării în lipsă, care era permisă, însă în asemenea situații se putea folosi de calea apelului sau de repunerea în termen. Din anul 1948, opoziția a fost desființată, acordându-se dreptul părții care a lipsit de la judecată de a invoca aceasta în apel sau în recurs, caz care determina rejudecarea cauzei. În materie civilă, opoziția a fost desființată. În procedura transilvăneană [20], în schimb, opoziția nu era cunoscută, existând instituția justificării, prin care celui care, datorită unui obstacol ce nu putea fi înlăturat, nu a participat la dezbateri i se acorda dreptul de a repune în discuție cauza.

În legislația bucovineană exista instituția restabilirii termenelor *restitutio in integrum*, prin care procesul era repus în stare de judecată, instituție ce a fost recunoscută ulterior și de procedura noastră. Legislația rusă recunoștea procedura opoziției la fel ca în legislația română [21].

## 8. Punerea sub înavuire. Audierea învinutului

Printre calitățile ce au influențat asupra profilului psihointelectual al anchetatorului menționăm: gândirea, memoria, integritatea senzorială, echilibrul psihologic, capacitatea de a juca diferite roluri și buna credință [22].

**Gândirea** este un proces psihic de integrare a informației la nivel conceptual [23]. Gândirea anchetatorului trebuie să se caracterizeze prin claritate, profunzime, rigoare și să se bazeze pe un dezvoltat spirit critic, autoreflexiv. Anchetatorul trebuie să separe adevărul de minciună, esențialul de neesențial.

**Memoria** reprezintă ceea ce se obține în urma operațiilor de stocare și conservare a informației despre stările surselor externe și despre acțiunile și trăirile subiective ale persoanei [24]. Anchetatorului îi este necesară o memorie foarte bună, numită și *de lungă durată*, pentru a putea reține și reproduce la un termen mai îndelungat relațiile persoanei ascultate.

**Integritatea senzorială** are în vedere condiția fiziologică a anchetatorului. Valorile funcției, sensibilității sale sînt supuse unei oscilații datorită fenomenelor de adaptare, depresie, oboseală, involuție. De integritatea senzorială depinde corectitudinea și exactitatea redactării actelor de urmărire penală. Integritatea senzorială definește personalitatea anchetatorului, asigurându-i un comportament profesional echilibrat.

**Echilibrul emoțional**, vizează componenta afectivă a psihicului anchetatorului [25]. Manifestări ca dezgustul, plictiseala, agresivitatea, nepăsarea, impresionarea etc. nu trebuie să-l caracterizeze pe anchetator și pot fi contracarate prin autocontrolul pe care acesta trebuie să și-l impună.

**Capacitatea actoricească** este necesară pentru a putea, la nevoie, să simuleze anumite stări sau trăiri. Numai astfel anchetatorul va putea să intuiască jocul infractorului sau al falsei victime.

Anchetatorul trebuie să poată simula furia, nerăbdarea, simpatia, fără a-și pierde stăpînirea de sine.



După ce a descoperit trăsăturile de personalitate ale învinutului sau inculpatului, el va alege cea mai bună tactică pentru obținerea mărturisirilor sincere. Anchetatorul trebuie totodată să fie mai priceput în a judeca rolurile adoptate de infractor și uneori de către victimă și mai puțin să joace el însuși roluri.

**Buna-credință** îl caracterizează pe anchetatorul și magistratul profesionist. Marcus Tullius Cicero afirma că buna-credință *presupune sinceritate în cuvinte (veritas) și fidelitate (constantia) în angajamente.*

În principal, munca anchetatorului conține două etape fundamentale [26]:

A) stabilirea adevărului prin administrarea probelor;

B) aprecierea în ansamblu a materialului strâns, apreciere ce va genera concluzia anchetei.

Deși s-ar părea că tehnica și logica sînt suficiente pentru aflarea adevărului, subliniem că subiectivitatea anchetatorului se impune a fi luată în considerație, întrucît, așa cum se aprecia [27], într-o anchetă logică, îl ajută pe anchetator doar să nu greșească, succesul anchetei fiind asigurat de imaginație. De aceea, primul contact cu dosarul penal trebuie să aibă în vedere trecerea în revistă a materialului factual existent, care trebuie să fie ordonat, în vederea stabilirii punctelor ce urmează a fi elucidate și pentru a elabora tactica cercetării. Felul în care anchetatorul apreciază fiecare probă și fiecare fapt petrecut, modul în care completează lacunele existente în cauză dovedesc calitățile de percepție, de observare, de imaginație și de gândire de care dispune acesta.

Anchetatorul trebuie să aibă obișnuința de a privi în ochi interlocutorul pe parcursul anchetării, sondîndu-i și interpretîndu-i corect

comportamentul, să aibă deprinderea de a asigura anchetei liniștea și intimitatea necesară, să fie calm, echilibrat, cu gândire suplă, mobilă, fără a aplica șabloane [28] și *tăria de a mai insista atunci cînd se crede că totul este zadarnic*

Ascultarea învinutului sau a inculpatului impune existența unor cunoștințe multilaterale, experiență de viață, inteligență, răbdare, experiență în activitate de anchetă, știința de a pune întrebări, dar și de a asculta [29].

Învinutul sau inculpatul nu trebuie subestimat sub aspect intelectual, crezîndu-se că prin avantajul autorității pe care o reprezintă organul judiciar va rezolva cu ușurință aspectele complexe ale soluționării temeinice și operative a unei cauze.

Anchetatorul trebuie să fie un psiholog rafinat, cu o vastă cultură, capabil să se adapteze rapid oricărui gen de conversație, să fie bine pregătit juridic și să cunoască suficient de bine mentalitatea infractorilor. Învinutul sau inculpatul trebuie să fie studiat pe întreaga perioadă a ascultării sale, pentru a înțelege personalitatea lui, urmărindu-i reacțiile și exteriorizările psihice, urmînd să stabilească care sînt manifestările reale și care sînt teatralizării.

Comportarea învinutului sau inculpatului se va diferenția în funcție de personalitatea acestuia, de mediul social în care a trăit, după temperament, natura infracțiunii cercetate, mijloacele de probă ce îi sînt prezentate și după cum se află – la prima cercetare, sau a mai fost cercetat anterior [30].

Cunoașterea personalității învinutului sau inculpatului și a formelor sale de exteriorizare, va ajuta organul judiciar să aleagă momentul cel mai potrivit pentru a pune anumite întrebări decisive și

să-și impună personalitatea față de învinuit sau inculpat. Se va urmări efectul produs de fiecare întrebare, acordîndu-se atenție privirii, mușchilor feței, mișcării mîinilor, picioarelor, vocii etc. Infractorii primari, de regulă, își recunosc mai ușor faptele, iar recidiviștii, de robicei, recunosc de la început numai faptele evidente [31].

Ei vor încerca să tergiverseze cercetarea, să inducă în eroare anchetatorul sau măcar să-și îmbunătățească situația prin recunoașterea parțială a faptei sau a faptelor săvîrșite.

### 9. Procedee tactice de audiere a învinutului

Odată cu începerea urmăririi penale împotriva făptuitorului, acesta dobîndește calitatea de învinuit [32]. Organul judiciar nu poate începe ascultarea învinutului sau inculpatului cu idei preconcepute, cu convingerea că învinutul sau inculpatul este și autorul infracțiunii. Obținerea unor declarații complete și sincere de la învinuit sau inculpat depinde, în mare măsură, de modul în care organul de urmărire penală realizează pregătirea în vederea ascultării.

Se impune să fie studiate cu atenție:

- procesul-verbal de efectuare a cercetării la fața locului, atunci cînd s-a realizat cercetarea, sau de constatare a infracțiunii, cînd a fost încheiat un asemenea proces-verbal;

- plîngerea prealabilă, plîngerea sau denunțul, cînd organul judiciar a fost sesizat prin asemenea modalități;

- urmele și mijloacele materiale de probă descoperite și ridicate cu ocazia cercetării la fața locului, a perchezițiilor, a ridicării de obiecte și înscrisuri care au legătură cu cauza;



- constatările tehnico-științifice, medico-legale, expertizele și alte acte întocmite de organele de constatare, aflate la dosar;

- acte persoanele ale învinuitului sau inculpatului, sau orice alte date despre acesta aflate la dosar (ancheta socială, cazierul judiciar, memorii, dosare penale rezultate din cercetările anterioare etc).

În timpul studierii amănunțite a dosarului, organul judiciar își va face însemnări [33] cu privire la aspectele ce urmează a fi clarificate prin ascultarea învinuitului sau inculpatului, cu privire la mijloacele de probă, care pot fi folosite în timpul ascultării, împrejurările negative (controversate) ce urmează a fi clarificate și orice alt aspect care prezintă interes pentru ascultare.

#### 10. Procedee tactice netradiționale de audiere a învinuitului

Dintre mijloacele tehnico-științifice de detectare a tensiunii emoționale [34], folosite în diverse țări de către organele de cercetare penală, iar în unele state occidentale și de către instituții particulare, cele mai apreciate ca răspunzând nevoilor anchetei sînt: **Poligraful.**

Starea emoțională sub stăpînirea căreia se află făptuitorul în momentul infracțiunii înregistrează adeseori o recrudescență în momentul chemării sale în fața organelor judiciare în vederea ascultării, stare determinată de conștientizarea pericolului la care ar putea fi expus în cazul dovedirii învinuirii aduse. Această încercare de disimulare reclamă un efort voluntar, care declanșează stări emoționale, unele supuse observației directe, altele indirect, prin depistarea reacțiilor psihofiziologice.

Ca indicatori fiziologici ai conduitei simulate ce pot fi puși în evidență cu ajutorul tehnicii de

poligraf menționăm: modificările cardiovasculare (ritmul pulsului, creșterea tensiunii arteriale), intensificarea activității glandelor sudoripare, creșterea sau descreșterea ritmului respirator etc.

Acestor reacții neurovegetative le corespund modificări care țin de comportamentul aparent al emoției, de reacțiile exterioare ale organismului, manifestate în limbajul vorbit sau cel gestual, în expresivitatea feței, în activitatea de mișcare a membrelor sau a corpului și care pot fi observate direct. Cu ajutorul tehnicii de poligraf emoția poate fi surprinsă și în împrejurări critice, cînd individul nu pare, nu vrea să arate că este emoționat, însă el nu va putea ocoli și emoția însoțitoare, care îl poate demasca.

„Detectorul de minciuni” este, de fapt, un poligraf cu mai multe canale, pe care se înregistrează activitatea concomitentă a unor indicatori fiziologici: tensiune arterială, puls, respirație, iar la unele tipuri – și presiunea musculară exercitată de brațele și picioarele celui examinat. Ansamblul acestor modificări este oglindit în diagrama plus tensiune arterială, diagrama ritmului respirator etc.

Toți acești indicatori fiziologici sînt înregistrați simultan cu ajutorul unor penițe inscriptoare pe o bandă de hîrtie care rulează continuu. În scopul reducerii la minimum a factorilor de risc, testarea la poligraf este completată **cu tehnica detectării stresului emoțional în voce și tensiunea stresului psihologic în scris.**

Înregistrarea se face pe o bandă de hîrtie specială, prin intermediul unor pîrghii prevăzute cu penițe a căror acțiune se face electronic, penițe care descriu trasee specifice, din interpretarea cărora se pot deduce momentele de tensiune ale persoanei ascultate [35]. La apa-

ratele mai noi se înregistrează un al patrulea indicator: presiunea musculară exercitată de mîinile și picioarele celui ascultat, care se modifică în momentele de stres sau tensiune.

Testarea cu ajutorul poligrafului poate fi întregită cu alte mijloace tehnice de examinare: **înregistrarea magnetică, înregistrarea pe bandă videomagnetică, proiecția unor imagini legate de fapta săvârșită**, în vederea depistării reacțiilor psihofiziologice examinate față de stimuli vizuali cu încărcătură afectogenă.

Interpretarea rezultatelor testării se efectuează pe baza comparării caracteristicilor de traseu ale răspunsurilor sincere la întrebări neutre (fără încărcătură emotivă), precum și la răspunsurile nesincere cu caracter de control, cu răspunsurile nesincere la întrebările relevante (cu încărcătură afectogenă). Examinatorul trebuie să dispună de modele de răspunsuri sincere și nesincere, ultimele fiind obținute prin intermediul întrebărilor de control.

Valoarea probantă a rezultatelor examinării poligrafice este pusă sub semnul unor rezerve, pentru că este majoritar recunoscută posibilitatea producerii unor erori care ar putea afecta valori de o deosebită semnificație socială. Prezumția de nevinovăție este conținută în art. 6 paragraful 2 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și privește, în primul rînd, atitudinea judecătorului chemat să se pronunțe asupra acuzației. Acesta trebuie să abordeze judecarea cauzei fără părtinire și fără prejudecăți și nu trebuie să pornească de la prezumția sau bănuiala că acuzatul este vinovat.

În practica judiciară schimbarea avocatului cu puțin timp înainte de ședința de judecată este



însoțită de o prelungire a timpului aferent pregătirii apărării, cu condiția ca schimbarea avocatului să nu se datoreze culpei persoanei acuzate. De asemenea, timpul alocat pregătirii apărării va trebui să fie suficient, pentru ca persoana să aibă posibilitatea de a se plînge în fața organelor de la Strasbourg, după epuizarea procedurilor judiciare interne.

Dreptul de a comunica în mod liber cu apărătorul este una dintre facilitățile cerute de Convenția Europeană. Acest drept are o importanță deosebită, în special în cazul persoanelor private de libertate care au dreptul de a comunica cu avocatul ales, în condiții de confidențialitate, fără a putea fi auziți de organele de pază sau de cele care instrumentează cauza. Totodată, trebuie respectat dreptul de comunicare în scris între persoanele deținute și avocatul lor, drept protejat prin dispozițiile Convenției.

Încălcarea dreptului oricărei persoane acuzate de săvârșirea unei infracțiuni de a beneficia de asistență judiciară gratuită nu depinde neapărat de existența unui prejudiciu. Este de la sine înțeles că acest drept își găsește aplicarea de-a lungul întregii proceduri judiciare, fără deosebire de condiția socială a inculpatului și fără a se face discriminări de orice natură.

Respectarea garanțiilor procesuale ale persoanei cercetate pe parcursul procesului penal este obligatorie, indiferent de infracțiunea săvârșită, de modalitatea și mijloacele folosite, astfel încât, în consonanță cu reglementările Convenției Europene a Drepturilor Omului, să-i fie asigurată exercitarea acestora, în vederea soluționării juste și complete a cauzei respective.

### Referințe bibliografice

1. N. Volonciu, *Dicționar de procedură penală*. București: Editura Științifică și Enciclopedică, 1998, p. 156-157.
2. Maria Angela Tatu, p. 8.
3. Donna Gomien, *Introducere în Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, București: Editura All, 1993, p. 27.
4. Traian Pop, *Drept procesual penal*, Cluj: Tipografia Națională S.A., 1947, p. 358.
5. Maria Angela Tatu, *Op. cit.* p. 11.
6. Maria Angela Tatu, *Op. cit.* p. 169.
7. Mihail Udroi, p. 28.
8. N. Volonciu, *Op. cit.*, p. 164.
9. Mihail Udroi, *Op. cit.*, p. 29.
10. Gr. Theodoru, p. 181.
11. Mihail Udroi, *Op. cit.*, p. 29.
12. Maria Angela Tatu, *Op. cit.*, p. 169.
13. Mihail Udroi, *Op. cit.*, p. 30.
14. Maria Angela Tatu, *Op. cit.*, p. 171.
15. Ovidiu Predescu, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului – implicațiile ei asupra dreptului penal român*, Editura Lumina Lex, 1998, p. 159.
16. N. Volonciu, *Op. cit.*, p. 168.
17. Traian Pop, *Op. cit.*, p. 360.
18. I. Tanoviceanu, V. Dongoroz, *Tratat de drept și procedură penală*. Ediția a II-a, 1926-1927, vol. V, București, p. 418.
19. I. Ionescu-Dolj, *Curs de procedură penală*, București: Editura Socec, 1938, p. 430.
20. N. Volonciu, *Op. cit.*, p. 170.
21. I. Ionescu-Dolj, *Op. cit.*, p. 434.
22. Nicolae Mitrofan, Voicu Zdrenghia, Tudorel Butoi, *Psihologie judiciară*, Ed. Șansa, 1992, p. 162.
23. Ilie Măgureanu, *Ascultarea persoanelor în procesul penal*, București: Ed. Lumina Lex, 2004, p. 40.
24. Golu P. *Psihologie socială*, București: Editura Didactică și Pedagogică, 1974, p. 209.
25. Ilie Măgureanu, *Op. cit.*, p. 41.
26. Tiberiu Bogdan, *Probleme de psihologie judiciară*, Editura Științifică, 1973, p. 192.
27. Edmond Locard, *Traité de criminalistique*, Lion: Desvigne, 1935.

28. Tiberiu Bogdan, *Op. cit.*, p. 193.
29. Ilie Măgureanu, *Op. cit.*, p. 44.
30. Ilie Măgureanu, *Op. cit.*, p. 46.
31. Tiberiu Bogdan, *Op. cit.*, p. 195.
32. Cod de procedură penală, art. 229.
33. Ilie Măgureanu, *Op. cit.*
34. Ion Mircea, *Criminalistica*, București: Ed. Lumina Lex, 1998.
35. Ion Mircea, *Op. cit.*, p. 280.



## CARACTERUL DESCHIS ȘI NEUTRU AL INTERNETULUI. ASPECTE DE REGLEMENTARE

Iurie GASNAȘ,  
doctorand

### SUMMARY

The EU „Telecoms” regulatory framework aims to promote freedom of expression, non-discriminatory access to content, applications and services, and effective competition, therefore that any restriction imposed on the exercise of these rights should be in accordance with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

National regulatory authority for electronic communications should promote users’ ability to access and distribute information and to run applications and services.

Key-words: regulatory framework for telecommunications, national regulatory authority, human rights, Internet service provider.

### SUMAR

Scopul cadrului de reglementare privind telecomunicațiile este acela de a promova libertatea de expresie, accesul nediscriminatoriu la conținut, aplicații și servicii, precum și concurența reală. Prin urmare, orice restricție impusă asupra exercitării acestor drepturi ar trebui să fie în conformitate cu Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

Autoritatea națională de reglementare pentru comunicații electronice ar trebui să promoveze capacitatea utilizatorilor de a obține accesul și de a distribui informații, precum și de a utiliza aplicații și servicii.

Cuvintele-cheie: cadru de reglementare pentru telecomunicații, autoritatea națională de reglementare, drepturile omului, furnizor de servicii Internet.

**E**voluția politică a Republicii Moldova, intervenită după ratificarea Acordului de parteneriat și cooperare dintre Comunitățile Europene și statele lor membre, pe de o parte, și Republica Moldova, pe de altă parte [1], a dus la statuarea în sistemul juridic național a obligației de armonizare a legislației naționale cu acquisul european.

Astfel, dispozițiile art. 4 alin. (1), art. 5 alin. (1), art. 13 și ale art. 17 din Legea privind actele legislative nr. 780-XV din 27 decembrie 2001 [2], în corelare cu prevederile art. 5 alin. (1) lit. a), alin. (6), art. 28 și ale art. 33 din Legea privind actele normative ale guvernului și ale altor autorități ale administrației publice centrale și locale nr. 317-XV din 18 iulie 2003 [3] stabilesc necesitatea corespunderii legislației naționale cu prevederile dreptului Uniunii Europene. Compatibilitatea cu acquisul european constituie o condiție obligatorie a oricărui act legislativ/normativ.

Armonizarea cadrului juridic al Republicii Moldova din domeniul telecomunicațiilor cu cel comuni-

tar [4] s-a produs prin intermediul Legii comunicațiilor electronice nr. 241-XVI din 15 noiembrie 2007 [5], denumită în continuare *Legea nr. 241/2007*. Această lege nu este, totuși, ajustată la prevederile “Pachetului telecomunicațiilor UE 2009” [6], deși, prin poziția 199 a treia subpoziție din Planul de acțiuni al Guvernului pentru anii 2012-2015 [7], executivul și-a propus realizarea unor acțiuni de armonizare în acest sens.

În aceste condiții, se propune analizarea obiectivului de politică al autorităților de reglementare în comunicații electronice din UE, prescris în art. 8 alin. (4) lit. g) din Directiva 2002/21/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 7 martie 2002 privind un cadru de reglementare comun pentru rețelele și serviciile de comunicații electronice [8], denumită în continuare *Directiva 2002/21/CE*, în redacția Directivei 2009/140/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 noiembrie 2009 [9], denumită în continuare *Directiva 2009/140/CE*.

Potrivit prevederii legale menționate autoritățile naționale de reglementare promovează interesele cetățenilor Uniunii Europene în special prin *promovarea capacității utilizatorilor finali de a accesa și distribui orice informații sau e yφ utiliza aplicații și servicii la alegerea acestora*.

Comisia Europeană, prin Declarația sa din 18 decembrie 2009 [10], consideră că îndeplinirea obiectivului stabilit în art. 8 alin. (4) lit. g) din Directiva 2002/21/CE ține nemijlocit de menținerea **caracterului deschis și neutru al Internetului**.

În scopul monitorizării impactului evoluțiilor tehnologice și al proceselor de pe piață asupra libertăților de pe Internet, Comisia Europeană a prezentat o comunicare intitulată „Internetul deschis și neutralitatea rețelei în Europa” [11].

Potrivit acestei comunicări, conceptul de *Internet deschis* constă în faptul că, în calitate de utilizatori, persoanele sunt libere să se conecteze la Internet fără nicio restricție din partea guvernelor sau a furni-



zorilor de servicii de acces la Internet în ceea ce privește conținutul, site-urile, platformele, tipurile de echipamente asociate și modurile de comunicare permise. Internetul deschis se referă la standarde deschise și la libertatea de conectare la Internet și de utilizare a acestuia

Conceptul de *neutralitate a rețelei*, conform aceleiași surse, este o consecință a conceptului de Internet deschis, semnificând tratamentul comercial rezervat utilizatorilor Internetului de către furnizorii de servicii de acces la Internet, ultimii urmînd a trata toate sursele de date Internet similare în mod echitabil și să nu diferențieze tipurile de trafic din rațiuni comerciale, astfel încît utilizatorii Internetului să poată controla conținuturile pe care le consultă și aplicațiile pe care le utilizează pe Internet.

Este relevant, în acest sens, instrumentarul propus de Comisia Europeană în Declarația sa din 18 decembrie 2009 [12] de punere în aplicare a conceptelor de Internet deschis și neutralitatea rețelei.

Astfel, potrivit Comisiei, Internetul deschis și neutralitatea rețelei sînt obiective politice și principii de reglementare care trebuie promovate de autoritățile naționale de reglementare prin implementarea următoarelor prevederi din Directiva 2002/22/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 7 martie 2002 privind serviciul universal și drepturile utilizatorilor cu privire la rețelele și serviciile electronice de comunicații [13], denumită în continuare *Directiva 2002/22/CE*, în redacția Directivei 2009/136/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 noiembrie 2009 [14], denumită în continuare *Directiva 2009/136/CE*:

- art. 20 alin. (1) lit. (b) și art. 21 alin. (3) lit. (c) și (d), care dispun asupra *consolidării cerințelor de transparență în relațiile precontractuale și contractuale dintre furnizorii de servicii de comunicații electronice și utilizatorii acestora;*

- art. 22 alin. (3), care vizează *crearea unor competențe în materie de salvagardare* pentru autoritățile naționale de reglementare.

Totodată, Declarația Comisiei Europene din 18 decembrie 2009 [15] abordează conceptele de caracter deschis și caracter neutru ale Internetului prin prisma modului în care sînt garantate „libertățile de pe Internet” ale cetățenilor europeni și a impactului evoluției pieței și a tehnologiilor asupra „libertăților de pe Internet”.

Este interesant de observat că prin Recomandarea Parlamentului European din 26 martie 2009 [16], libertățile fundamentale pe Internet, în principal, se concep ca posibilitatea utilizatorilor serviciilor de acces la Internet, în calitatea lor de cetățeni, de a-și exercita dreptul de a se exprima liber pe Internet (cum este, de exemplu, cazul site-urilor cu conținut generat de utilizatori, al blogurilor și al site-urilor de socializare on-line), la nivel mondial/fără a ține seama de frontiere.

Dreptul publicului de a comunica prin intermediul utilizării serviciilor de telecomunicații este recunoscut în art. 33 din Constituția (Statutul) Uniunii Internaționale de Telecomunicații [17].

Regulamentul internațional al telecomunicațiilor [18] conține prevederi referitoare la dreptul de a comunica. În special, articolul 3.4 din regulament prevede că, „în funcție de legislația națională, orice utilizator care are acces la rețeaua internațională [de telecomunicații] [...] are dreptul de a transmite trafic. O calitate satisfăcătoare a serviciilor ar trebui să fie menținută în cea mai mare măsură posibilă”.

Potrivit art. 32 alin. (1) din Constituția Republicii Moldova, “oricărui cetățean îi este garantată libertatea gîndirii, a opiniei, precum și libertatea exprimării în public prin cuvînt, imagine **sau prin alt mijloc posibil**” [19].

În același sens statuează și prevederile art. 19 din Declarația Uni-

versală a Drepturilor Omului [20], art. 19 paragraful 2 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice [21], precum și art. 10 paragraful 1 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale [22], denumită în continuare *Convenția Europeană*.

Astfel, se poate concluziona că conceptele de caracter deschis și caracter neutru al Internetului sînt esențiale pentru orice reglementare care are drept scop garantarea libertății de a utiliza Internetul ca mijloc de comunicare.

Un alt aspect al aplicării de către autoritățile naționale de reglementare în comunicații electronice a principiilor de caracter deschis și neutru al Internetului privește confidențialitatea comunicărilor și respectul pentru viața privată a persoanelor și confidențialitatea datelor cu caracter personal ale acestora atunci când utilizează Internetul. De exemplu, aplicarea de către furnizorii de comunicații electronice a prevederilor art. 20 alin. (1) lit. b) a patra liniuță în corelare cu art. 21 alin. (3) lit. d) din Directiva 2002/22/CE nu se poate efectua fără o *inspecție tehnică a traficului în rețea*, altfel spus fără o filtrare, blocare și inspecție a traficului în rețea, ceea ce implică monitorizarea conținutului comunicațiilor, a site-urilor vizitate, a e-mail-urilor trimise și primite, a orei cînd au loc operațiunile etc. (filtrarea comunicărilor).

Anume prin această *inspecție tehnică a traficului în rețea*, ce are un scop *nobil* – “măsurarea și modelarea traficului în așa fel încît să se evite utilizarea conexiunii la capacitate maximă sau aglomerarea acesteia” – furnizorii aplică așa-numitele „politici de gestionare a traficului”, efectiv are loc inspecția datelor privind comunicările, ce poate duce la încălcarea de către furnizorii de servicii de acces la Internet a confidențialității comunicărilor, care este un drept fundamental, garantat prin art. 28 și 30 din



Constituția Republicii Moldova și art. 8 din Convenția Europeană.

Pe lângă motivele proprii ale furnizorilor de servicii de acces la Internet pentru utilizarea politicilor de gestionare a traficului (de exemplu, ca urmare a aplicării de către furnizor a inspecției tehnice s-a restricționat fluxurile de informații în vederea menținerii securității rețelei [23], de pildă, pentru combaterea virusilor), **alte părți pot avea**, de asemenea, un interes în utilizarea de către furnizori a politicilor de gestionare a traficului, cum ar fi cazul titularilor drepturilor de autor, autorităților care veghează asupra combaterii pornografiei infantile și a altor fapte pasibile de răspundere contravențională sau penală.

În acest context, pe Internet libertatea de exprimare și intimitatea pot fi nu doar mai bine evidențiate, ci și mai expuse la intruziuni și limitări din partea actorilor publici și/sau privați.

În acest sens menționăm că Republica Moldova este parte la Convenția Consiliului Europei privind criminalitatea informatică [24], care obligă autoritățile naționale competente de a întreprinde măsurile necesare pentru realizarea prevederilor convenției menționate, pentru care scop s-a adoptat Legea privind prevenirea și combaterea criminalității informatice nr. 20-XVI din 3 februarie 2009 [25].

Totuși, deși criminalitatea informatică trebuie combătută în mod eficient și decisiv, această sarcină nu trebuie să modifice caracterul liber și deschis al Internetului, respectiv tehnicile de supraveghere avansate din punct de vedere tehnologic trebuie să fie dublate de existența unor garanții juridice adecvate privind limitele aplicării acestora, dat fiind faptul că astfel de tehnici și lipsa previzibilității normei legale care permite aplicarea unor astfel de tehnici constituie o amenințare crescândă la adresa principiului caracterului liber și deschis al Internetului. Este relevantă din acest

punct de vedere Hotărârea CEDO din 10.02.2009, pronunțată în Cauza *Iordachi și alții c. Moldovei* (Cererea nr. 25198/02) [26].

Întreprinderea din partea furnizorilor a acțiunilor tehnice și organizatorice corespunzătoare, în vederea asigurării securității serviciilor și rețelelor de comunicații electronice, conduc, așadar, din ce în ce mai mult, la o supraveghere secretă și, practic, nedetectabilă a activităților desfășurate de cetățeni pe Internet [27], ceea ce necesită din partea autorităților luarea unor măsuri care să protejeze drepturile fundamentale ale cetățenilor, în special prin stabilirea limitelor și circumstanțelor exacte în care aceste tehnologii pot fi utilizate de autorități sau furnizori.

Articolul 8 din Convenția Europeană prevede principiul potrivit căruia orice măsură care încalcă dreptul la viața privată a persoanelor fizice este permisă numai dacă aceasta constituie o măsură necesară în cadrul unei societăți democratice pentru scopul legitim pe care îl urmărește.

În aceste împrejurări, luând în considerație § 77 din Hotărârea CEDO din 29.06.2006, pronunțată în Cauza *Gabriele WEBER și Cesar Richard SARAVIA c. Germaniei* (Cererea nr. 54934/00) [28], reglementatorii naționali din domeniul comunicațiilor electronice au sarcina să indentifice măsurile necesare de protecție a dreptului la viața privată al persoanei fizice, inclusiv în sensul jurisprudenței CEDO.

Prin § 81 și urm. din Hotărârea CEDO din 02.08.1984, pronunțată în Cauza *Malone c. Marii Britanii* (Cererea nr. 8691/79) [29] și § 101 și urm. din Hotărârea CEDO din 04.12.2008, pronunțată în Cauza *S. și Marper c. Marii Britanii* (Cererea nr. 30562/04 și 30566/04) [30], s-a statuat că orice măsură necesită o analiză a proporționalității acesteia, care trebuie să fie evaluată pe baza echilibrului dintre interesele implicate, în contextul societății

democratice în ansamblu. De asemenea, acesta implică o evaluare a existenței unor măsuri alternative, care să fie mai puțin invazive.

În Uniunea Europeană, Curtea de Justiție, prin Hotărârea sa din 29.01.2008 [31], pronunțată în Cauza C-275/06 *Productores de Música de España (Promusicae) împotriva Telefónica de España SAU*, Curtea a subliniat: “Dreptul comunitar impune statelor ca, la transpunerea directivelor, să se asigure că se întemeiază pe o interpretare a acestora care să permită asigurarea unui just echilibru între diferitele drepturi fundamentale protejate de ordinea juridică comunitară. Pe lângă aceasta, la punerea în aplicare a măsurilor de transpunere a directivelor, incumbă autorităților și instanțelor din statele-membre nu numai să interpreteze dreptul lor național într-un mod conform directivelor, ci și să nu se întemeieze pe o interpretare a acestora care ar intra în conflict cu drepturile fundamentale respective sau cu alte principii generale ale dreptului comunitar, precum principiul proporționalității”.

În contextul în care, la nivel mondial, companiile din sectorul TIC se confruntă cu presiuni din ce în ce mai mari din partea guvernelor pentru a se conforma unor norme interne într-un mod care poate contraveni dreptului la libertatea de exprimare și dreptului la viața privată, recunoscute internațional, sînt necesare măsuri legislative suplimentare, la nivel de legi organice, menite să consolideze cadrul juridic și să asigure certitudinea juridică care să clarifice efectele practice ale principiilor “Internetul deschis și neutralitatea rețelei” și să asigure că utilizatorii pot exercita o alegere reală, în special prin obligarea furnizorilor de servicii de acces la Internet să ofere conexiuni nemonitorizate.

### Referințe bibliografice

1. Hotărârea Parlamentului Republicii Moldova pentru ratificarea Acor-



dului de parteneriat și cooperare dintre Comunitățile Europene și statele lor membre, pe de o parte, și Republica Moldova, pe de altă parte, semnat la Bruxelles la 28 noiembrie 1994. Nr. 627-XIII din 3 noiembrie 1995. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 24.11.1995, nr. 65-66 (724).

2. *Legea privind actele legislative*. Nr. 780-XV din 27 decembrie 2001. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 14.03.2002, nr. 36-38 (210).

3. *Legea privind actele normative ale Guvernului și ale altor autorități ale administrației publice centrale și locale*. Nr. 317-XV din 18 iulie 2003. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 03.10.2003, nr. 208-210 (783).

4. Directiva 2002/21/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 7 martie 2002, Directiva 2002/20/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 7 martie 2002, Directiva 2002/19/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 7 martie 2002, Directiva 2002/22/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 7 martie 2002 și Directiva 2002/58/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 iulie 2002.

5. *Legea comunicațiilor electronice*. Nr. 241-XVI din 15 noiembrie 2007. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 14.03.2008, nr. 51-54 (155).

6. Directiva 2009/136/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 noiembrie 2009 și Directiva 2009/140/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 noiembrie 2009.

7. Hotărârea Guvernului cu privire la aprobarea Planului de acțiuni al Guvernului pentru anii 2012-2015. Nr. 289 din 7 mai 2012. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 18.05.2012, nr. 93-98 (330).

8. Directiva 2002/21/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind un cadru de reglementare comun pentru rețelele și serviciile de comunicații electronice. Din 7 martie 2002. În: Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, 24.04.2002, nr. L 108.

9. Directiva 2009/140/CE a Par-

lamentului European și a Consiliului de modificare a Directivelor 2002/21/CE privind un cadru de reglementare comun pentru rețelele și serviciile de comunicații electronice, 2002/19/CE privind accesul la rețelele de comunicații electronice și la infrastructura asociată, precum și interconectarea acestora și 2002/20/CE privind autorizarea rețelelor și serviciilor de comunicații electronice. Din 25 noiembrie 2009. În: Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, 18.12.2009, nr. L 337.

10. Declarația Comisiei cu privire la neutralitatea Internetului. Din 18 decembrie 2009. În: Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, 18.12.2009, nr. L 337, p. 69.

11. Comunicare a Comisiei Europene „Internetul deschis și neutralitatea rețelei în Europa”. Nr. COM(2011) 222 din 19 aprilie 2011. <http://eur-lex.europa.eu/COMByRange.do?year=2011&min=201&max=225> (vizitat: 20.12.2012)

12. Citată la punctul 11.

13. Directiva 2002/22/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind serviciul universal și drepturile utilizatorilor cu privire la rețelele și serviciile electronice de comunicații. Din 7 martie 2002. În: Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, 24.04.2002, nr. L 108.

14. Directiva 2009/136/CE a Parlamentului European și a Consiliului de modificare a Directivei 2002/22/CE privind serviciul universal și drepturile utilizatorilor cu privire la rețelele și serviciile de comunicații electronice, a Directivei 2002/58/CE privind prelucrarea datelor personale și protejarea confidențialității în sectorul comunicațiilor publice și a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 privind cooperarea dintre autoritățile naționale însărcinate să asigure aplicarea legislației în materie de protecție a consumatorului. Din 25 noiembrie 2009. În: Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, 18.12.2009, nr. L 337.

15. Citată la punctul 11.

16. Recomandarea Parlamentului European adresată Consiliului privind consolidarea securității și a libertăților

fundamentale în rețeaua Internet. Din 26 martie 2009. În: Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, 06.05.2010, nr. C 117, p. 206.

17. Hotărârea Parlamentului Republicii Moldova pentru ratificarea Statutului Uniunii Internaționale de Telecomunicații și Convenției Uniunii Internaționale de Telecomunicații, semnate la 22 decembrie 1992 la Geneva, Instrumentului de modificare a Statutului Uniunii Internaționale de Telecomunicații și Instrumentului de modificare a Convenției Uniunii Internaționale de Telecomunicații, adoptate de către Conferința Plenipotențiară în 1994 la Kyoto. Nr. 993-XIII din 15 octombrie 1996. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 07.11.1996, nr. 72-73 (05).

18. Aprobare prin Actele finale de la Conferința administrativă mondială telegrafică și telefonică, Melbourne, 1988. Face parte din Instrumentele Uniunii Internaționale de Telecomunicațiilor (UIT), fiind regulament administrativ al UIT – art. 4 alin. 3 a doua liniuță din Constituția (Statutul) Uniunii Internaționale de Telecomunicații. <http://www.itu.int/pub/T-REG-ACT-1988> (vizitat: 18.12.2012)

19. Constituția Republicii Moldova din 29 iulie 1994. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 12.08.1994, nr. 1 (1).

20. Hotărârea Sovietului Suprem al Republicii Sovietice Socialiste Moldova cu privire la aderarea RSS Moldova la Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată de către Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite la 10 decembrie 1948. Nr. 217-XII din 28 iulie 1990. În: Veștile RSS Moldova, 1990, nr. 8 (223).

21. Hotărârea Sovietului Suprem al Republicii Sovietice Socialiste Moldova de ratificare a Pactului internațional cu privire la drepturile civile și politice, adoptat de către Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite la 16 decembrie 1966 la New York. Nr. 217-XII din 28 iulie 1990. În: Veștile RSS Moldova, 1990, nr. 8 (223).

22. Hotărârea Parlamentului Republicii Moldova pentru ratificarea





Convenției europene pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, încheiată la Roma la 4 noiembrie 1950, amendată prin protocoalele adiționale la această convenție. Nr. 1298-XIII din 24 iulie 1997. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 21.08.1997, nr. 54-55 (502).

23. De altfel, o obligație a furnizorilor expres prevăzută în art. 20 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 241/2007.

24. *Legea pentru ratificarea Convenției Consiliului Europei privind criminalitatea informatică adoptată la Budapesta* la 23 noiembrie 2001. Nr. 6-XVI din 2 februarie 2009. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 20.02.2009, nr. 37-40 (104).

25. *Legea privind prevenirea și combaterea criminalității informatice*. Nr. 20-XVI din 3 februarie 2009. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 26.01.2010, nr. 11-12 (17).

26. Gribincea V. *Hotărârile și deciziile Curții Europene a Drepturilor Omului în cauzele moldovenești*. Vol. IX. Chișinău: Gușivas, 2009, p. 23.

27. A se vedea în acest sens obligațiile de stocare a datelor de către furnizori: art. 20 alin. 3 lit. c) din Legea nr. 241/2007 și art. 7 din Legea nr. 20/2009.

28. <http://hudoc.echr.coe.int>

29. <http://hudoc.echr.coe.int>

30. <http://hudoc.echr.coe.int>

31. <http://eur-lex.europa.eu/JURISMonth.do?year=2008&month=01>

## ANALIZĂ COMPARATIVĂ A AMNISTIEI ȘI A GRAȚIERII CU INSTITUȚIA ÎNLOCUIRII RĂSPUNDERII PENALE

(art. 90-98 din Codul penal al României; art. 55 din Codul penal al RM)

Cristian Alin LUPIU,  
doctorand

### SUMMARY

Through research we hope that these discussions addressed will provide a consolidated reference point for the beginning of a systematic research both in Romania and Moldova in the clemency, amnesty and pardon, that the need to clarify the problems raised in the study will result in theoretical work, methodological and methodical appropriate, will also contribute to the formation of databases and statistical information about people who have benefited from these measures of clemency institution.

Key-words: amnesty, pardon, self-defense.

### REZUMAT

Prin această cercetare urmărim scopul ca discuțiile abordate să constituie un punct solid de referință pentru inițierea unui studiu sistematic în România și în Republica Moldova în domeniile clemenței, amnistiei și scutirii de pedeapsă. Considerăm că clarificarea chestiunilor abordate în cadrul articolului va rezulta într-o lucrare teoretică, corectă din punct de vedere metodic și metodologic. De asemenea, sperăm că vor fi create baze de date și informații statistice despre persoanele care au beneficiat de măsurile luate de instituțiile de clemență.

Cuvinte-cheie: amnistie, grațiere, legitimă apărare.

### 1. Delimitarea amnistiei în raport cu grațierea.

Deosebirea dintre *amnistie* și *grațiere* este făcută, pentru înfățișare, în secolul XVI, de către Prosper Farinaceus, e drept, cu insuficiență rigoare [1]. El distinge între abolițiune (care înlătură numai justiția judecătorului, nu și crima însăși) și indulgență (care sfințește deopotrivă cauza și crima). Aceste caracteristici comune atribuie amnistiei și grațierii o identitate proprie în cadrul cuprinzătoarei instituții a cauzelor care înlătură răspunderea penală și celelalte consecințe ale condamnării. Amnistia determinată de rațiuni de politică penală este legată de anumite temeuri social-politice. Grațierea, la rândul ei, este expresia unor relații de politică penală și a unor circumstanțe de fapt de natură social-politică. Așa cum ele împreună se deosebesc înăuntrul acestor instituții, se și disting între ele, astfel că amnistia și grațierea sînt examinate laolaltă

numai din anumite perspective social-politice, urmînd apoi a fi tratate distinct în raport cu natura lor juridică, obiect, trăsături, efecte, cu interdependența lor cu alte instituții ale dreptului penal.

Amnistia nu are ca efect de repunere în situația anterioară săvîrșirii infracțiunii, nefiind astfel o *restitutio in integrum* [2].

Pentru aceste considerente, prezența unei infracțiuni amnistiate va fi relevantă la individualizarea judiciară a pedepsei pentru o nouă faptă penală, instanța avînd obligația de a investiga comportarea anterioară a inculpatului [3].

Consider că aceste instituții – amnistia și grațierea – trebuie să-și găsească locul în cele patru trăsături ale infracțiunii, respectiv fapta se fie pedepsibilă și executabilă. Se va ține cont astfel de considerația că amnistia privește în genere fapta antisocială, iar grațierea – pedeapsa stabilită pentru fapta antisocială. În ceea ce privește efectele produse



asupra faptei în cazul amnistiei și asupra pedepsei în cazul grațierii, consider că aceste instituții se deosebesc de tot restul instituțiilor de liberare de răspundere penală sau executare a pedepsei prin faptul de aplicare în mod concret. Instituțiile examinate mai jos sînt supuse examinării și individualizării instanței, în schimb clemența vine de la puterea statală.

Liberarea de răspundere penală cu trageră la răspundere administrativă în legislația RM presupune că fapta comisă rămîne a fi considerată infracțiune. În unele infracțiuni ușoare sau mai puțin grave, prin dispoziția legii, instanța de judecată face înlocuirea răspunderii penale cu o formă de răspundere juridică mai ușoară, ce implică aplicarea unor sancțiuni administrative.

Legislația anterioară prevedea un număr mic de infracțiuni pentru care această instituție putea activa. Categoria infracțiunilor pentru care poate fi dispusă înlocuirea răspunderii penale prin răspunderea administrativă a fost lărgită prin actuala lege penală, fiind incluse categorii noi de infracțiuni, pentru comiterea cărora pedeapsa maximă nu poate depăși cinci ani de închisoare.

Se ține cont, de asemenea, de cuantumul prejudiciului cauzat, de caracterul faptei comise, modul concret de săvîrșire a faptei, mijloacele, timpul, locul săvîrșirii infracțiunii etc. Infracțiunea comisă pentru prima dată înțelegem, fie comiterea repetată a unei infracțiuni, dar cu condiția expirării termenelor de prescripție ce atrag răspundere penală ori sunt stinse antecedentele penale pentru infracțiunea comisă anterior. Infracțiunea săvîrșită, după aplicarea măsurilor de constrîngere cu caracter administrativ, nu atrage apariția unei stări de repetare. Instanța va aprecia negativ o astfel de situație ce exprimă personalitatea făptuitorului și va aplica pentru infracțiunea nou-săvîrșită o pedeapsă mai aspră.

Corectarea persoanei fără con-

damnare penală are în vedere date conform cărora făptuitorul să corijeze comportamentul fără a i se aplica o pedeapsă. Asemenea date sînt atitudinea vinovatului, din care rezultă că a comis fapta și se căiește sincer, manifestă eforturi de a înlătura consecințele infracțiunii prin repararea prejudiciului cauzat, colaborează cu organele de cercetare, recunoaște fapta și contribuie la descoperirea ei și a altor participanți.

Instanța investită apreciază dacă sînt îndeplinite cerințele pentru înlocuirea răspunderii penale, și în caz de admitere va aplica una dintre sancțiunile cu caracter administrativ, prevăzute în art. 55 alin 2 din Codul penal al RM: amendă în mărime de pînă la 150 de unități convenționale; închisoarea contravențională de pînă la 90 de zile. Sancțiunea administrativă nu reprezintă o pedeapsă penală, pentru aceasta nu survin antecedente penale.

Sentița de încetare a procesului penal cu aplicarea sancțiunii administrative trebuie să fie motivată (p. 20 din Hotărîrea Plenului CSJ cu privire la respectarea normelor de procedura penală la adoptarea sentiței nr. 10 din 24.04.2000. Culegere, p. 386, art. 332, 350, 391 CPP) [4]. Această instituție se aseamănă cu amnistia și grațierea prin înlocuirea răspunderii penale, dar diferă prin aplicarea sancțiunilor administrative.

## 2. Delimitarea amnistiei și grațierii de instituția liberării de răspundere penală (art. 53-60 CP al RM).

Art. 53 Cod penal al RM arată instituția de liberare de răspundere penală, potrivit căreia persoana care a săvîrșit o faptă ce conține semnele componente de infracțiune poate fi liberată de răspundere penală de către instanța de judecată în cazurile date de:

- minoritate;
- înlocuirea răspunderii penale cu răspundere administrativă;

- renunțarea de bunăvoie la săvîrșirea infracțiunii (desistarea);
- căința activă;
- schimbarea situației;
- liberarea condiționată;
- prescripția tragerii la răspundere penală [5].

Natura juridică a instituției liberării de răspundere penală servește drept temelie pentru ca persoana care a săvîrșit o faptă ce conține semnele componente de infracțiune să poată fi liberată de răspundere penală, însă cu delimitarea, totodată, a acestei instituții de instituția liberării de pedeapsă penală, prevăzută de art. 89 Cod penal al RM [6].

Această instituție de drept penal are scopul de neaplicare a pedepselor penale în cazurile expres prevăzute. Se consideră că aplicarea pedepsei nu este utilă, avînd în vedere caracterul și gradul prejudiciabil redus al faptei săvîrșite în relație cu calitățile personale ale făptuitorului. Se consideră că renunțarea făcută prin intermediul individualizării instanței de judecată, măsura de penitență în raport cu schimbul acesteia prin sancțiuni de ordin administrativ efectul de reeducare este atins. Legea permite și aplicarea unor măsuri de siguranță cu caracter medical sau educativ.

Liberarea de răspundere penală se aplică numai față de persoanele în acțiunile cărora sînt prezente elementele constitutive ale unei infracțiuni și se deosebesc de cauzele care înlătură caracterul penal al faptei, întrucît în situația liberării de răspundere penală infracțiunea se realizează în toate trăsăturile ei esențiale, în timp ce în situația cauzelor care înlătură caracterul penal al faptei, infracțiunea nu se realizează prin lipsa unor trăsături esențiale ale infracțiunii, prin lipsa gradului prejudiciabil al unei infracțiuni (alin. 2 art. 14 din Codul penal al RM), reținerea infractorului (art. 37), constrîngerea fizică sau psihică (art. 39), riscul întemeiat (art. 40) etc. [7].

Art. 53 din Codul penal al RM



prezintă posibilitățile și limitele instituției liberării de răspundere penală, unele dintre acestea fiind nou introduse: căința activă, care în vechea reglementare era prevăzută numai în calitate de circumstanță atenuantă, acum este practic o instituție de liberare de răspundere penală.

Opinia noastră în legătură cu instituția „căinței active” este aceea ca nu trebuia reglementată, astfel fiind practic în realitate dar circumstanța atenuantă ce servește numai la momentul individualizării pedepsei. Aceeași părere o exprim și față de instituția renunțării de bunăvoie la săvârșirea infracțiunii.

Liberarea condiționată de răspundere penală se vrea practic a fi un gest de clemență mai cu seama de amnistie a faptei penale săvârșite, dar aplicată clemența de la nivelul și de către organele de cercetare ori instanța. Consider ca această „clemență” trebuie să îmbrace forma amnistiei pure, să nu se bazeze pe o individualizare asupra pedepsei clemențe din partea procurorului ori judecătorului, ci din partea puterii statale, cum este în cazul amnistiei.

Ca propunere de lege ferenda exprimăm necesitatea abrogării dispozițiilor art.56, 57, 59 din Codul penal al Republicii Moldova.

### 3. Delimitarea amnistiei și grațierii de instituția cauzelor care înlătură caracterul penal al faptei (art. 44-51 Cod Penal al României; art. 35-40 Cod penal al RM)

Cauzele care înlătură caracterul penal al faptei sînt împărțite de noi în două categorii. Prima se referă la cele regăsite în ambele legislații – a României și a RM (legitima apărare, starea de extremă necesitate, constrîngerea fizică sau psihică); cea de-a doua – la cele care diferă (RM – reținerea infractorului, riscul întemeiat, iar în România – cazul fortuit, iresponsabilitatea, beția, minoritatea făptuitorului, eroarea de fapt).

În reglementarea normativă din RM – Codul penal din anul 1961 – erau reglementate numai două cauze care înlăturau caracterul penal al faptei: legitima apărare (art. 13) și extrema necesitate (art. 14) fiind prezentate în Titlul II, denumit „infracțiuni”.

Reglementarea actuală, în vigoare din 18.04.2002, prezintă cauzele ce înlătură caracterul penal al faptei într-un capitol distinct, Capitolul III.

Actul normativ ulterior a mărit numărul cauzelor ce înlătură caracterul penal al faptei prin introducerea instituției ordinului ierarhic și executarea dispoziției prin Legea 277 din 18.12.2008 [8].

Legea 277/2008 elimină contradicțiile dintre prevederile art. 31-33 ale Statului CIP în legislația națională a RM. Instituția de înlăturare a caracterului penal al faptei are la bază stări, situații, împrejurări ce au, ca urmare a faptei prevăzute în legea penală, neîntrunirea trăsăturilor esențiale ale infracțiunii. Lipsește așadar fie caracterul prejudiciabil, fie vinovăția, fie prevederea în lege.

Drept temei pentru instituirea legitimei apărări în calitate de cauză care înlătură caracterul penal al faptei servește atît lipsa caracterului prejudiciabil, astfel fapta prezentîndu-se ca o activitate socialutilă, cît și lipsa de vinovăție, căci făptuitorul nu a acționat cu voință liberă, ci fiind constrîns de necesitatea apărării valorii sociale amenințate grav prin atac periculos [9].

Includerea stării de extremă necesitate în categoria cauzelor care înlătură caracterul penal al infracțiunii este condiționată de faptul că persoana poate fi expusă unor pericole generate de evenimente, energii, diverse întîmplări cu caracter accidental. În acest caz, persoana nu acționează cu vinovăție, iar fapta comisă nu prezintă caracter prejudiciabil [10].

Constrîngerea fizică sau psihică înlătură caracterul penal al

faptei, motivat de lipsa libertății de acțiune (inacțiune) ca voință a făptuitorului. Această necesitate generată de subiectul infracțiunii produce cauza prin care făptuitorul nu-și poate dirija acțiunile. Astfel de considerații nasc efecte de oprire a caracterului penal al faptei numai față de persoana care a acționat în actul constrîngerii.

Propunerea noastră de lege ferenda vizează abrogarea art. 37, 40 din Codul penal al RM, motivată de faptul că acestea nu pot constitui cauze de înlăturare a caracterului penal, faptele asumate astfel de făptuitor nefiind practic infracțiuni.

Activitatea de reținere a infractorului nu constituie infracțiune [11]. Este utilă acțiunea prin dimensiunea socială, dar activitatea intră în competența organelor de drept. Reținerea infractorului și predarea acestuia organelor de drept va constitui o vîntoare deschisă în societate, justificînd practic instituția riscului întemeiat. Se pretinde de legiuitor că acțiunea este socialmente utilă și elementul vinovăției lipsește. Se cere ca făptuitorul să ia toate măsurile necesare pentru a preveni știrbirea intereselor ocrotite de lege.

Cauzele ce înlătură caracterul penal al faptei nu trebuie să fie confundate cu cele de înlăturare a răspunderii penale (Cap. VI CP al RM), cu liberarea de pedeapsă (Cap. IX CP al RM) și de înlăturare a răspunderii penale sau consecințele condamnării (Cap. XI CP al RM) [12].

Mențiune. CP al RM din 18.04.2002 nu reglementează și răspunderea penală la omorul în condițiile depășirii legitimei apărări, Dec.Ara-47/2004 făcînd în acest aspect propunere de lege.

### Referințe bibliografice

1. I. Tanoviceanu. “*Tratat de drept și procedură penală*”, Ediția a



două, vol. III, București: Tip. "Curierul judiciar", p. 788.

2. C. Bulai. *Drept penal român*, Partea generală, vol. II, București: Casa de editură și presă "Șansa" SRL, 1992, p. 184.

3. St. Daneș, V. Papadopol. *Individualizarea judiciară a pedepsei*, București: Editura științifică și enciclopedică, 1985, p. 107.

4. A. Barbăneagră, G. Alecu, V. Berliba, V. Budeci, T. Carpov, V. Cusnir, R. Cojocaru, Al. Marit, T. Popovici, G. Ulianoschi, X. Ulianosch, N. Ursu, V. Volcinski. *Codul penal al Republicii Moldova, comentariu*, Chisinau: Tipografia Reclama, p. 120.

5. *Codul penal al Republicii Moldova* din 18.04.2002.

6. A. Barbăneagră, G. Alecu, ș.a. *Op.cit.*, p. 117.

7. A. Barbăneagră, G. Alecu, ș.a. *Op.cit.*, p. 118.

8. Legea 277 din 18.12.2008 a Republicii Moldova, publicată în MO al RM nr. 41-44 din 24.02.2009.

9. A. Barbăneagră, G. Alecu, ș.a. *Op.cit.*, p. 85.

10. *Ibidem*.

11. *Ibidem*.

12. *Ibidem*.

## CATEGORIA CAUZALITĂȚII ȘI CONSTRUCȚIA TEORETICĂ A LEGĂTURII CAUZALE ÎN COMPONENTELE FORMALE DE INFRAȚIUNE

Narcisa NEDELCU,  
doctorandă

### SUMMARY

In the criminal law science there is widely used the meaning of the causal relationship, as it constitutes an obligatory sign of the objective side of the offence material components; and as result of this fact the meaning of causal relationship in the criminal law is widely and thoroughly treated and examined. In this sense we find a plenty of penal theories of the casual relationship, intended to explain the core of this meaning and to emphasize the rules of its application.

Key-words: material composition and form of crime, classification, action, inaction, causal.

### REZUMAT

În știința ce studiază criminalitatea este folosit pe larg termenul de legătură cauzală, deoarece el constituie un semn obligatoriu al părții obiective a componentelor materiale de infrațiune. Iată de ce legătura cauzală în criminalistică este examinată și abordată frecvent și detaliat. În acest sens, există multe teorii penale privind legătura cauzală. Ele au menirea de a explica esența acestei legături și de a enumera regulile ei de aplicare.

Cuvinte-cheie: componență materială și formală de infrațiune, clasificare, acțiune, inacțiune, cauzalitate.

Chestiunea referitoare la legătura cauzală în infrațiunile cu o componență formală în știința contemporană a dreptului penal este rezolvată în felul următor: semn obligatoriu al laturii obiective a componenței formale de infrațiune este doar fapta, în formă de acțiune sau inacțiune. Consecințele sancționate în componențele formale de infrațiune lipsesc, deoarece pedepsibilă este doar fapta; respectiv, lipsește și semnul legăturii cauzale în cadrul laturii obiective a unor așa componențe.

Divizarea componențelor de infrațiune în *materiale* și *formale* în știința dreptului penal astăzi nu este pusă la îndoială. În anii '50 ai secolului trecut, această clasificare stârnea obiecțiile mai multor savanți. Aceste obiecții țineau, în primul rând, de denumirea însăși, în al doilea rând, de esența clasificării.

În particular, un oponent al componențelor formale, în funcție de esența acestora, a fost savantul

A. N. Trainin. Expunând criticile față de posibilitatea existenței componențelor de infrațiune „fără de consecințe”, altfel spus „formale”, cercetătorul menționează: „A atenta înseamnă întotdeauna a cauza, a pricinui, într-o formă sau alta, și într-o anumită măsură, o anumită daună obiectului [...]. Obiectul invulnerabil al atentatului criminal se contrazice singur pe sine” [1]. Fundamentându-și concepțiile sale pe o premisă corectă în esență și dovedită de el însuși cu referire la prezența corelației strânse între obiectul atentatului criminal și survenirea consecinței social-periculoase, A. N. Trainin ajunge la concluzia nefundamentării și lipsei de sens a desemnării, separării componențelor formale de infrațiune. În așa fel, chestiunea cu privire la legătura cauzală în infrațiunile cu o componență formală decade, iar „afirmația că în cadrul unui grup de așa-numite infrațiuni cu o componență formală legătura cauzală lip-



sește subminează principiul general și de o mare importanță al justiției [...] cu referire la răspunderea persoanei doar în cazul prezenței în cadrul celor comise a tuturor elementelor și semnelor componenței de infracțiune” [2].

Deoarece corectitudinea și fundamentarea clasificării componențelor de infracțiune în formale și materiale nu este pusă la îndoială în studiul întreprins, logica conceptelor savantului A. N. Trainin, care vede cauzalitatea în toate componențele fără excepție, cu negarea existenței componențelor formale, aici nu poate fi acceptată. Însă, totodată, întrebarea cu privire la legătura cauzală în infracțiunile cu o componență formală necesită o investigație specială, deoarece, declarând cauzalitatea ca fiind o categorie generală, noi vom genera o contradicție internă, dacă vom recunoaște că pentru un întreg sistem de componențe – formale, reduse – legătura cauzală nu este o categorie obligatorie.

Este bine cunoscut faptul că structura, construcția componenței materiale de infracțiune presupune existența a trei semne obligatorii a laturii obiective:

1) fapta, în formă de acțiune sau inacțiune;

2) consecințele, sub formă de rezultat social-periculos;

3) legătura cauzală dintre ele.

Construcția componenței formale a infracțiunii presupune însă doar existența a unui singur semn al laturii obiective: fapta în formă de acțiune sau inacțiune. După cum menționează savanții V. N. Kudreașev și S. G. Kelin, consecințele în cadrul unor asemenea infracțiuni fie că se prezumează, fie că survin nu în toate cazurile, sau nu au caracter material și de aceea nu pot fi stabilite prin intermediul mijloacelor procesuale [3].

Savantul T. V. Ţereteli evidențiază următoarele motive normative ale construirii, materializării componențelor formale:

1) consecința survine inevitabil prin comiterea unei fapte determinate și de aceea acestea sînt, practic de facto, inseparabile una de cealaltă;

2) o anumită faptă poate cauza consecințe infracționale variate, din această cauză dată este dificil de a concretiza aceste consecințe;

3) relația socială protejată are o importanță atît de mare, încît se consideră că nu este posibil de a aștepta survenirea daunei evidente și a lega de acest moment epuizarea faptei social-periculoase; de aceea, este sancționabilă însăși săvîrșirea faptei care ar conține măcar o posibilitate îndepărtată a survenirii daunei [4].

Astfel, s-ar părea că, deoarece lipsesc consecințele necesare, nu există, în genere, necesitatea de a vorbi despre legătura cauzală: această întrebare nu este soluționată, deoarece decade de la sine. Savanții M. I. Kovaliov și P. T. Vaskov menționează: „În cazul infracțiunilor formale, obiectului atentatului îi poate fi cauzată o daună sau se poate crea pericolul cauzării unei așa daune. Însă trăsătura de bază a acestei categorii de infracțiuni ține de faptul că consecințele și, respectiv, legătura cauzală dintre ele și acțiunile socialpericuloase ale învinutului nu constituie semne ale componenței de infracțiune” [5]. Anume această legătură („respectiv”) și constituie cea greșeală logică în cazul concluziei referitoare la lipsa legăturii cauzale în componențele formale, în baza absenței consecințelor socialpericuloase.

Este necesar de a delimita noțiunile „infracțiune” și „componență de infracțiune”. *Componența de infracțiune* reprezintă o construcție științifică ideală, care reflectă trăsăturile esențiale ale faptei socialpericuloase (în sens larg al cuvîntului). *Infracțiunea* însă constituie un fapt materializat în exterior, existent, un obiect al științei dreptului penal. În conformitate cu procesul logic al criminalizării unei anumite fapte,

inițial este evidențiat obiectul care necesită protecție din partea dreptului penal. Aceasta este o cerință generală pentru orice obiecte ca, de exemplu, pentru obiectul „relațiile sociale din domeniul protecției vieții și sănătății persoanei” (infracțiunea – omorul; componență materială), pentru obiectul „relațiile sociale din domeniul proprietății” (infracțiunea – furtul; componență materială), pentru obiectul „relațiile sociale din domeniile drepturilor politice, de muncă și altor drepturi constituționale ale cetățenilor” (infracțiunea – încălcarea în drepturi a cetățenilor; componență formală) etc. În continuare, consecutiv (pentru fiecare element în parte) este construită componența și, în funcție de faptul dacă consecințele pot fi procesual stabilite, dacă au o expresie materială etc, componența devine materială sau formală.

Infracțiuni fără consecințe, după cum este unanim recunoscut, nu există. Întrebarea constă doar în aceea dacă consecințele sînt incluse sau nu în numărul semnelor obligatorii ale componenței de infracțiune. În infracțiunile materializate în legea penală pe calea aplicării construirii componenței formale, consecința social-periculoasă – care, în mod evident, survine – nu este inclusă în numărul semnelor obligatorii ale componenței. Însă de la sine aceasta nu neagă prezența unei corelații strînse între criminalizarea faptei și obiectul infracțiunii, anume prin evidențierea daunei pe care o anumită faptă o aduce obiectului care necesită ptejare din partea dreptului penal.

Astfel, nu consecințele exprimate material constituie esența „rezultatului” în infracțiunea cu o componență formală, ci stabilirea normativă a momentului că printr-o anumită faptă concretă unui anumit obiect i se cauzează o daună determinată.

Cauzalitatea – în calitatea sa de categorie universală a tabloului lumii contemporane – se observă



în „toate lanțurile” faptelor, evenimentelor, fenomenelor care sînt legate intern, în mod genetic, adică corelate astfel, încît faptul, fenomenul, evenimentul *A* generează faptul, fenomenul, evenimentul *B*. Unele evenimente, fenomene într-adevăr sînt generate de fapte, însă nu sînt incluse în cadrul componenței de infracțiune în calitate de semn obligatoriu – consecințe. Fapta (*faptul, evenimentul, fenomenul A*) în calitate de cauză, afît în componențele materiale de infracțiune, formale, cît și în cele reduse, avînd un semn genetic, deja conține în sine posibilitatea survenirii unui anumit rezultat (*faptul, evenimentul, fenomenul B*), care însă, în același timp, datorită unor motivații practice, nu este inclus în categoria semnelor obligatorii (în calitate de consecință).

Lipsa necesității de a dovedi pricinuirea daunei (și, respectiv, prezența legăturii cauzale) în componențele formale de infracțiune (ceea ce este determinat nu de cerințele legislației procesuale, dar de influența componenței de infracțiune asupra determinării cercului de circumstanțe ce urmează a fi dovedite) nu poate nega existența unei anumite legături cauzale, deoarece, după cum s-a stabilit, criminalizarea faptei este legată, în primul rînd de protejarea obiectului, dar nu de interdicția generală a faptei ca esență.

Astfel, dacă am recunoaște universalitatea cauzalității și înrădăcinarea ei, în totalitate, în cauză (dar nu independența acesteia), apoi putem formula concluzia conform căreia categoria cauzalității este evident prezentă în cadrul componențelor formale de infracțiune. În mai multe cazuri, în dispozițiile articolelor cu o componență formală de infracțiune chiar este direct prezentă legătura cauzală, urmînd a fi dovedită.

Componența este *formală*, dacă fapta ar fi putut genera cauzarea daunei obiectului protejat, și este

*materială*, dacă o atare daună a survenit în realitate.

Uneori însă, pentru a învinui subiectul în cazul unei componențe formale, organul de urmărire penală, instanța de judecată urmează să stabilească faptul dacă ar fi fost capabilă fapta să genereze pricinuirea daunei, cu alte cuvinte, să soluționeze chestiunea referitoare la prezența legăturii cauzale (*potențiale, nerealizate*) în cadrul componenței de infracțiune, formale după construcție. După cum am menționat pe parcurs, în situația dată, pentru soluționarea problemei referitoare la legătura cauzală, urmează a fi utilizate tezele teoriei adecvate a cauzalității.

Este necesar să atenționăm că uneori putem întîlni și construcții formal-materiale ale componențelor de infracțiune. După savantul V. V. Luneev, componențele de infracțiune sînt materiale numai atunci cînd au dus la survenirea reală a daunei; atunci însă cînd fapta doar ar fi putut avea drept consecință cauzarea de daune, componența infracțiunii reale rămîne a fi formală. Dar, totodată, în situația respectivă stabilirea legăturii cauzale este obligatorie [6].

### Referințe bibliografice

1. Трайнин А. Н. *Общее учение о составе преступления*. В книге: Трайнин А. Н. Избранные труды. Составление, вступительная статья Н. Ф. Кузнецовой. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004, с. 86; Ковалев М. И., Васильков П. Т. *Причинная связь в советском уголовном праве*. Москва: Государственное Издательство Юридической Литературы, 1958, с. 16.
2. Трайнин А. Н. *Op. cit.*, p. 118.
3. Кудрявцев В. Н., Келина С. Г. *Состав преступления*. В книге: Курс российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. Москва: Спарк, 2001, с. 160.
4. Церетели Т. В. *Причинная*

*связь в уголовном праве*. Москва: Государственное Издательство Юридической Литературы, 1963, с. 65-66.

5. Ковалев М. И., Васильков П. Т. *Op. cit.*, p. 13.

6. Лунев В. В. *Субъективная сторона преступления*. В книге: Курс российского уголовного права. Общая часть. Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. Москва: Спарк, 2001, с. 293.



## ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ У СФЕРІ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

М. ІСАКОВ,

кандидат юридичних наук, президент Консультаційної юридичної фірми «Глобус», голова Харківської міської колегії адвокатів

### SUMMARY

The article is sanctified to the analysis of basic problems in relation to legal regulation of state control after the subjects of menage. Suggestions are brought in in relation to perfection of legal framework of such activity, in particular in the aspect of necessity of delegation of part of plenary powers to the non-state institutes, limitation of sphere of state interference with entrepreneurial activity, perfection of the system of laws and under legal normatively-legal acts in the field of it.

Key words: state control, subjects of menage, licensing, state registration.

\* \* \*

Стаття присвячена аналізу основних проблем стосовно правової регламентації державного контролю за суб'єктами господарювання. Внесено пропозиції щодо вдосконалення правової основи такої діяльності, зокрема в аспекті необхідності делегування частини повноважень недержавним інституціям, обмеження сфери державного втручання в підприємницьку діяльність, вдосконалення системи законів та підзаконних нормативно-правових актів у цій сфері.

Ключові слова: державний контроль, суб'єкти господарювання, ліцензування, державна реєстрація.

\* \* \*

Стаття посвящена анализу основных проблем относительно правовой регламентации государственного контроля за субъектами хозяйственной деятельности. Внесены предложения относительно совершенствования правовой основы такой деятельности, в частности в аспекте необходимости делегирования части полномочий негосударственным институциям, ограничение сферы государственного вмешательства в предпринимательскую деятельность, совершенствование системы законов и подзаконных нормативно-правовых актов в сфере этой.

Ключевые слова: государственный контроль, субъекты ведения хозяйства, лицензирования, государственная регистрация.

**В** умовах переходу України до ринкових відносин потребують зміни підходи до нормативного регулювання державного контролю у сфері підприємництва. Державний контроль у цій сфері може здійснюватись тільки на основі правових норм, тому контролюючі органи не можуть вийти за межі державного втручання в підприємницьку діяльність, що визначені нормативно-правовими актами. Зрозуміло, що держава не може повністю відмовитись від контролю за здійсненням підприємницької діяльності, проте важливо визначити межі законного втручання держави у підприємницьку діяльність.

Дослідженню правових засад державного контролю присвячено праці С.С. Вітвіцького, О.П. Віхрова, В.М. Гаращука, А.Є. Григоренко, Н.І. Дяченко, О.В. Клим, Т.М. Кравцової, М.В. Павленка, С.Г. Стеценко тощо.

Метою статті є дослідження правових основ регулювання державного контролю за підприємництвом в Україні та внесення пропозицій щодо вдосконалення сучасного стану нормативного забезпечення у цій сфері.

Основним нормативно-правовим актом, що регламентує порядок здійснення державного контролю за підприємництвом, є Закон України «Про основні засади державного нагляду (контр-

олу) у сфері господарської діяльності» 5 квітня 2007 р. [1], який визначає правові та організаційні засади, основні принципи і порядок здійснення державного контролю у сфері господарської діяльності, повноваження органів державного нагляду (контролю), їх посадових осіб і права, обов'язки та відповідальність суб'єктів господарювання під час здійснення державного нагляду (контролю).

Важливе значення для захисту прав суб'єктів господарювання від неправомірного втручання в їх діяльність має встановлення ст. 4 Закону загальних вимог до здійснення державного контролю, зокрема, правила



щодо обов'язковості здійснення планових та позапланових контролюючих заходів в робочий час суб'єкта господарювання, встановлений правилами внутрішнього трудового розпорядку. Статтею встановлено, що державний контроль може здійснюватись як за місцем провадження господарської діяльності суб'єкта господарювання, так і у приміщенні органу державного контролю у випадках, передбачених законом. Визначено можливість здійснення комплексного контролю кількома контролюючими органами одночасно [1].

Законом визначається, що органи, уповноважені здійснювати державний контроль у сфері господарської діяльності та їх компетенція; види господарської діяльності, які є предметом державного контролю; вичерпний перелік підстав для зупинення господарської діяльності; спосіб здійснення державного контролю; санкції за порушення вимог законодавства і перелік порушень, які є підставою для видачі органом державного контролю припису, розпорядження або іншого розпорядчого документа визначаються виключно законами [1]. Така норма унеможливує видання підзаконних нормативних актів, які б регламентували дане питання, що є додатковим способом захисту суб'єктів підприємства від неправомірного втручання в їх господарську діяльність. Крім того, відповідно до ч. 7 ст.4 Закону, при наявності неоднозначного тлумачення правових норм, що визначають права і обов'язки суб'єкта господарювання або органу державного контролю, рішення

приймається на користь суб'єкта господарювання.

Погоджуємось з Д. Науменком, що Закон України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» передбачає захист інтересів перш за все підприємств, не надаючи надмірні повноваження органам контролю, які замість виконання покладених на них функцій часто виступають корупційним інструментом боротьби з конкурентами [2]. Крім того, цей закон спрощує регулювання державного контролю й сприяє його лібералізації, оскільки вимагає від кожного органу переліку пунктів за якими буде проводитись перевірка та конкретизації такого переліку для кожного підприємства. Закон скорочує періодичність планових та визначення чітких підстав незапланованих перевірок. Одночасно, проблемою залишається наявність інших законодавчих актів у сфері здійснення державного контролю, з огляду на що, Закон України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» втрачає статус систематизованого законодавчого акту у сфері проведення відповідного державного контролю.

З іншого боку, в окремих випадках контроль державних органів за суб'єктами господарювання недостатній. Так, при здійсненні реєстрації суб'єктів підприємства частко не здійснюється перевірка підстав, необхідних для її проведення (наприклад, органи реєстрації за певною адресою можуть зареєструвати кілька підприємств). Так, у Німеччині реєстрацію

здійснює судовий орган, але тільки в тому випадку, коли адміністрація місцевого органу влади не заявить свого протесту на реєстрацію, тобто орган влади перевіряє законні підстави для функціонування підприємницької структури [3].

Проблема ступеню державного втручання до сфери підприємницької діяльності залишається актуальною тому, що стан правового забезпечення у цій сфері досить фрагментарний та суперечливий. Як приклад можна навести чисельні спроби запровадження єдиного реєстраційного вікна з метою спрощення легалізаційних процедур, які не завжди досягають бажаного результату. Інший приклад пов'язаний зі сферою ліцензування. Так, до жовтня 2000 року (дати набрання чинності Законом України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності») ліцензуванню підлягали 212 видів підприємницької діяльності і майже 1500 видів робіт. Названим Законом визначено 76 видів господарської діяльності, яка підлягає ліцензуванню. Однак, не зважаючи на кількісне обмеження сфери впливу держави через надання ліцензій, проблема із наявністю недоліків правового забезпечення у сфері ліцензування залишається, що проявляється, зокрема, в судовій практиці (напр., постанова Вищого Господарського суду України від 16 вересня 2004 р. у справі №21/151) [4].

Слід зауважити, що на даному етапі розвитку української державності регулюючий вплив органів публічної адміністрації є переважаючим, що характерно для перехідної економіки. Але





варто звернути увагу на можливість делегування певних повноважень по регулюванню окремим державним та недержавним організаціям з метою підвищення ефективності регулюючого впливу як в інтересах самих суб'єктів підприємництва, так і суспільства в цілому. Як свідчить позитивний європейській досвід, держава не зобов'язана виконувати функції пов'язані з контролем за сферою господарської діяльності самостійно. Носіями державного контролю окрім юридичних осіб публічного права можуть бути також юридичні та фізичні особи приватного права (адресати делегування), яким були передані відповідні повноваження і які від власного імені будуть реалізовувати окремі державні функції. Делегування має на меті децентралізацію державного регулювання, розвантаження осіб публічного права, використання приватної ініціативи, вивільнення фінансових засобів, використання спеціальних знань тощо. Правова конструкція делегування зустрічається багатьох сферах господарської діяльності, наприклад, в Німеччині – це експерти по продуктах харчування, майстерні для перевірки наявності шкідливих викидів в атмосферу, наглядачі за рибним промыслом, інженери по перевірці статички будівель, управління дотаціями, експерти по технагляду за транспортом та інші. Безумовно, на делегування накладаються і певні законодавчі обмеження. Делегування здійснюється тільки на основі закону або підзаконного нормативно-правового акта чи адміністративного договору. Адресати делегування зобов'язані працювати на користь суспільства і під-

лягають контролю та нагляду з боку держави.

Органи, що здійснюють регулювання в сфері господарської діяльності для виконання покладених на них завдань, також використовують приватних адміністративних помічників, відомчих чи виконавчих помічників, які працюють позаштатно та є інструментом для виконання тих чи інших завдань влади. Вони діють за дорученням та вказівкою органу влади. Але делегування та адміністративну допомогу варто відрізнити від так званого «прийняття до кола обов'язків», яке здійснюється з метою виконання завдань, що стоять перед суспільством, шляхом матеріального чи особистого внеску на користь державної влади [5, с.32-33]. В цілому ж делегування частини контрольних повноважень відображає партнерство публічного та приватного сектору

Отже, на сучасному етапі правова регламентація державного контролю повинна бути направлена на забезпечення ефективності розвитку економіки та її соціальну спрямованість, а також захист прав споживачів та забезпечення конкуренції серед суб'єктів господарювання. Одночасно, за допомогою правового регулювання необхідно захищати також інтереси самих підприємців та унеможливити надмірне втручання держави шляхом здійснення контролю у їх господарську діяльність. При цьому, що стосується захисту підприємців від незаконного втручання в їх діяльність державних органів, то необхідно погодитись, що «гарантією від такого втручання окрім забороняючих норм прямої дії, пови-

нна бути їх чітко окреслена компетенція» [5, с.51].

Аналіз законодавства у сфері державного контролю за підприємницькою діяльністю дозволяє зробити висновок про його нестабільність, що пов'язано, зокрема, як з відсутністю єдиної концепції розвитку контролю, так і з нестабільністю в державі в цілому. Як зазначає С.С. Вітвіцький, «закони та підзаконні акти постійно зазнають змін, а подекуди й суперечать один одному, напевне, через відмінності в поглядах на ті чи інші питання. Звичайно, це значно ускладнює можливості фізичних та юридичних осіб правильно орієнтуватися у чинному законодавстві, створює конфліктні ситуації у сфері застосування норм права. Окремі нормативні акти у сфері розвитку підприємництва мають зворотну силу, що не сприяє стабільності відносин держава-підприємець [6, с.91].

В цілому, на сьогодні як науковці так і практики приходять до висновку, що держава ще не забезпечила необхідну нормативно-правову базу для регулювання економіки ринкового типу, в першу чергу регулювання підприємницької діяльності. Існують численні прогалини або неадекватні норми, які замінюються «ручним» управлінням, що дозволяє чиновникам створювати бар'єри для бізнесу і канали для корупції [7, с.20].

З огляду на вищезазначене, діюче законодавство у сфері державного контролю за підприємницькою діяльністю потребує вдосконалення. Хоча, необхідно вказати на те, що сьогодні уже прийнято ряд законодавчих актів, які передбачають досить ліберальне та прогрес-



сивне регулювання питань проведення державного контролю за суб'єктами господарювання. Проте, проблемою залишається як неузгодженість законодавчих та підзаконних актів, так і відсутність єдиних засад здійснення такого контролю. Також погоджуємось з необхідністю проведення стандартизації у сфері правового регулювання державного контролю у сфері підприємництва.

Вважаємо, першочерговою є необхідність спростити процедуру реєстрації суб'єктів підприємництва. Причому, погоджуємось з С.С.Вітвіцьким, що слід зважати на її складність, а саме на те, що вона складається як із власне реєстрації (характеризується отриманням свідоцтва про реєстрацію), так і з процедур, які завершують реєстрацію (відкриття банківського рахунку, отримання дозволу на виготовлення печатки, постановка на облік у податковій інспекції тощо). Відомо, що всі ці реєстраційні процедури вимагають від підприємця невинувато значних витрат часу та коштів [6, с.94].

Тому доцільно спростити процедуру реєстрації шляхом заміни реєстраційно-дозвільного принципу заявничко-повідомчим, як це має місце в розвинутих країнах. При цьому треба скоротити до мінімуму кількість документів, які підприємець подає місцевим органам влади, для зменшення можливостей свавілля на місцях. Крім того, погоджуємось з пропозицією щодо необхідності окремо визначити й законодавчо закріпити порядок реєстрації суб'єктів малого бізнесу, зважаючи на його специфіку та своєрідність [6, с.94].

В Україні варто було б пере-

глянути перелік тих видів діяльності, які підлягають ліцензуванню, так як він є невинувато широким. По суті, держава монополізувала основну частину всіх можливих видів діяльності, а підприємці змушені купувати у неї дозвіл (ліцензію), за видачу якої передбачено плату. Ось і виходить, що за вибір виду підприємницької діяльності слід заплатити. Наприклад, суб'єкт підприємницької діяльності бажає займатися торгівлею. На право здійснення будь-якого виду торговельної діяльності в Україні необхідна ліцензія. Ліцензії мають певний час дії і, навіть, територіальні межі дії. Так, дозвіл на торгівлю дійсний три роки, а надалі потрібно купувати новий. Що стосується територіальних меж, то, наприклад, дія ліцензії на роздрібну торгівлю продовольчими і непродовольчими товарами, а також на торговельну діяльність у сфері громадського харчування щодо реалізації продовольчих товарів поширюється тільки на територію, підвідомчу органів, який видав ліцензію [8].

Ліцензування повинно запроваджуватись з метою забезпечення безпеки окремих громадян і всього суспільства, попередження шкідливих наслідків діяльності суб'єкта підприємництва. Однак, з правової точки зору природа ліцензій на передбачені види діяльності і плата за їх видачу не зовсім зрозумілі.

Ліцензування може мати за мету стягнення плати за надання права займатися певною діяльністю, дуже важливою для держави. Тоді під платою за видачу ліцензії потрібно розуміти не що інше, як податок. Такий податок за право здійснювати розроблення корисних копалин

існує, наприклад, в Італії. Але в Україні за видачу ліцензії на будь-яку діяльність з переліку дозволеної оплачується однакова сума. Для податків це не характерно, якщо врахувати, що значення різних видів дозволеної діяльності для держави не однакоє. Для податків властива диференційованість. Більший податок, як правило, встановлюється за ті види діяльності, які дають більші прибутки. Однак, з огляду на перелік видів діяльності, на які необхідний дозвіл, вони всі однаково важливі для держави [6, с.95].

З огляду на існуючі реальні конструкції та намічені тенденції, виявляється доцільним створення державної системи контролю підприємницької діяльності, основу якого складатиме один загальнодержавний акт про державний контроль підприємницької діяльності, що ґрунтується на потребі розвитку важливіших та загальних для держави інститутів, що забезпечено законом. Звичайно, складним є питання про зміст, структуру і форму такого акта. Однак, зрозумілим є те, що він повинен визначити основні засади здійснення різних видів контролю за суб'єктами господарювання.

Процеси централізації та децентралізації в управлінській діяльності, поява самостійно господарюючих суб'єктів, існування різноманітних форм власності стали, спільно зі змінами функціональної ролі держави в суспільстві, факторами, що здійснили вплив на зміст та сферу, обсяг і завдання контролю взагалі [9, с.176]. Контроль набув чітких кордонів, які поступово знаходять правове оформлення. Крім того, якщо в таких сферах, як податково-



кредитна політика, дотримання правил конкуренції, забезпечення екологічної та іншої безпеки, держава має намір здійснювати жорсткий контроль, то з інших питань цей контроль може мати, інформаційний характер. Сфери державного контролю підприємницької діяльності ще потребують свого уточнення і їх зміна буде пов'язана з політикою та інтересами держави, та вже простежується бажання гілок влади та окремих їх органів контролювати якомога більше коло питань [10, с.45]. У зв'язку з цим видається виправданим позиція С.С.Вітвицького про необхідність підготовки проекту Закону про державний контроль підприємницької діяльності як єдиний акт, який створює правову основу для подальшого розвитку законодавчої бази в цій області і підготовці спеціальних нормативних актів, які регулюють правове становище та порядок діяльності відповідних органів контролю в системах законодавчої, виконавчої та судової влади [6, с.102].

Юридичною основою створення такого акта має бути Конституція України, методологічні основи державного контролю повинні бути обрані відповідно до тенденцій сучасного розвитку механізму державної влади. У Законі доцільно чітко визначити місце та роль контролю в цьому механізмі, враховуючи повноваження органів законодавчої, виконавчої та судової влади. Також, на основі аналізу зарубіжного досвіду, приходимо до висновку стосовно необхідності делегування частини повноважень у сфері державного контролю недержавним суб'єктам.

Отже, вітчизняному законо-

давстві, що регулює відносини між державою і суб'єктами підприємницької діяльності, існують істотні прогалини, в результаті чого на практиці виникає низка суперечностей і ускладнень. Для вдосконалення системи законодавства пропонується впорядкувати систему законів та підзаконних нормативно-правових актів у цій сфері та розробити на їх основі комплексний законодавчий акт, що регулюватиме як загальні засади здійснення державного контролю, так і їх особливості в окремих підприємницьких видах діяльності.

#### Література:

1. Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності: Закон України від 5 квітня 2007 р. // Відомості Верховної Ради України. 2007, № 29, ст. 389.

2. Науменко Д. *Коментар до Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності»* // [Електронний ресурс]: [http://www.ier.com.ua/files/publications/Experts\\_comments/2007/exp\\_naumenko\\_06072007\\_ukr.pdf](http://www.ier.com.ua/files/publications/Experts_comments/2007/exp_naumenko_06072007_ukr.pdf).

3. *Цивільне право*. Баден-Баден, 1994, 467 с.

4. Постанова Вищого Господарського суду України від 16 вересня 2004 р. у справі №21/151 за позовом суб'єкта підприємницької діяльності Зінькової О.Д. до Департаменту з питань адміністрування акцизного збору і контролю за виробництвом та обігом підакцизних товарів Державної податкової адміністрації України про продовження терміну дії ліцензії // Єдиний державний реєстр судових рішень. [Електронний ресурс]: Режим доступу: [www.court.gov.ua](http://www.court.gov.ua)

5. Клим О.В. *Адміністративно-правове регулювання підприєм-*

*ницької діяльності в Україні* / О.В. Клим. Дис. к.ю.н., 12.00.07. К., 2009-205 с.

6. Вітвицький С.С. *Державний контроль у сфері ліцензійної діяльності* / С.С.Вітвицький. Дис. к.ю.н., 12.00.07. Х., 2004, 178 с.

7. Державна політика і законодавство з регулювання сфери неплатоспроможності: аналіз практики, рекомендації по удосконаленню. Проект USAID. / Пасхвер О., Верховода Л., Агеева К. К, 2010, 106 с.

8. Шевченко М. *Як видаються ліцензії* / М.Шевченко // Урядовий кур'єр. 1997, № 77-78, с.5.

9. Горшенев В.Г. *Контроль как правовая форма деятельности* / В.Г. Горшенев, И.Б. Шахов. М.: Юрид. лит, 1986, 176 с.

10. Дорош Н. *Деякі напрями формування господарського контролю* / Н.Дорош // Економіка України, 1997, № 10, с.42-46.



## ВИКОРИСТАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАТЬ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ЗЛОЧИНІВ З ЛЕГАЛІЗАЦІЇ (ВІДМИВАННЯ) ДОХОДІВ, ОДЕРЖАНИХ ЗЛОЧИННИМ ШЛЯХОМ.

І. КЛИНЧУК,

Аспірант Національного університету ДПС України

### SUMMARY

The features of the use of the special knowledge are reflected in the scientific article, during prosecuting a pre-trial inquiry of crimes, that had for an object legalization (washing) of the profits got a criminal way.

Key-words: legalization, property, financial operation, expert, specialist, examination.

У науковій статті висвітлено особливості використання спеціальних знань, під час проведення досудового розслідування злочинів, які мали на меті легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом.

Ключові слова: легалізація, майно, фінансова операція, експерт, спеціаліст, експертиза.

### РЕЗЮМЕ

В науковій статті зображено особливості використання спеціальних знань, во время проведення досудебного расследования преступлений, которые имели своей целью легализацию (отмывание) доходов, полученных преступным путем.

Ключевые слова: легализация, имущество, финансовая операция, эксперт, специалист, экспертиза.

**П**ротивидія легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом є багатоаспектною проблемою та має прояв у вдосконаленні кримінально-правових норм ст. 209 КК України, розробки дієвих механізмів фінансового моніторингу, забезпеченні взаємодії правоохоронних та контролюючих органів, врахуванні позитивного міжнародного досвіду протидії легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, розробки відповідної методики їх розслідування тощо.

Вивченню проблеми легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, присвятили свої наукові праці: Л. І. Аркуші, В. П. Бахіна, О. М. Бандурки, В. Б. Букарева, А. Ф. Волобуєва, С. В. Великанова, Галагана В.І. В. П. Головіної, С. Г. Гуржія, О. О. Дудорова, В. А. Журавля, А. В. Іщенко, Т.А. Качки, Клименко Н.І.,

В. К. Лисиченка, П.В. Цимбала, В. В. Лисенка, Г. А. Матушовського, Т. В. Молчанової, В. А. Некрасова, С. І. Ніколаюка, М. В. Салтевського, П. І. Орлова, В. М. Поповича, О. О. Чаричанського, В. Ю. Шепітька.

Метою статті є – аналіз сучасного стану використання спеціальних знань експертів при проведенні досудового розслідування справ з легалізації (відмивання) злочинних доходів, а також узагальнення матеріалів слідчо-судової практики з проблемних питань, які виникають при проведенні судових експертиз та шляхи їх вирішення.

При провадженні досудового розслідування і судового розгляду справи в багатьох випадках виникають питання, вирішення яких неможливо без залучення до розслідування осіб які володіють спеціальними знаннями.

У літературі є різні поняття, але досі не має єдиного розумін-

ня «спеціальних знань». Наприклад, М.С. Строгович вважає, що спеціальними є лише наукові знання [9, с. 436]. На думку Г.М. Надгорного: «спеціальні знання – це питання, що не належать до загальновідомих, що утворюють основу професійної підготовки з наукових, інженерно-технічних і виробничих спеціальностей, а також не загальновідомі знання, потрібні для здійснення якихось інших видів діяльності» [7, с.42].

На нашу думку найбільш повно розкрили зміст поняття «спеціальних знань» В.К. Лисиченко та В.В. Циркаль: «це не загальновідомі в судочинстві наукові, технічні і практичні знання, набуті в результаті професійного навчання чи роботи з визначеною спеціальністю особою, залученою як спеціаліст чи експерт з метою допомоги слідчому чи суду в з'ясуванні обставин справи або дачі висновків з питань, для вирішення



яких потрібне їх використання” [5, с.19].

У чинному Кримінально-процесуальному кодексі України, визначено такі форми використання спеціальних знань: призначення експертизи (ст. 242-244, 332 КПК); консультації та роз’яснення спеціаліста (ст. 71, 360 КПК); Експертиза проводиться експертом за зверненням сторони кримінального провадження або за дорученням слідчого судді чи суду, якщо для з’ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, необхідні спеціальні знання [3]. Закон України «Про судову експертизу» визначає поняття судової експертизи – це дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об’єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини справи, що перебуває у провадженні органів дізнання, досудового слідства чи суду [8].

Вивчення кримінальних справ дозволяє визначити основні категорії спеціалістів, яких залучають до участі в розслідуванні злочинів, пов’язаних із легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом: ревізори органів державної податкової служби та державної фінансової служби; аудитори; експерти-криміналісти; спеціалісти з комп’ютерних технологій; фахівці-товарознавці.

Консультації спеціаліста допомагають слідчому ознайомитися з наявними у справі документами, розібратись у матеріалах документальної перевірки (ревізії), спланувати подальші перевірочні заходи. Дана форма використання спеціальних знань найчастіше застосовується у слідчій роботі. Крім того, особиста участь спеціаліста (експерта) при проведенні допиту підозрюваних (обвинувачених) та свідків, допомагає правильно сформулювати питання допиту-

ваному, звернути увагу слідчого на показання допитуваного, які не відповідають дійсності, а також допомагає у правильному використанні під час допиту документів бухгалтерського обліку та звітності.

Особистий досвід роботи в органах податкової міліції, дозволяє зробити висновок, що під час досудового слідства доцільно призначати проведення документальних перевірок (ревізій), на основі вилучених під час проведення обшуку (виїмки) документів про фінансово-господарську діяльність підприємств. Документальна перевірка підприємств є основною формою використання спеціальних економічних знань, при розслідуванні з легалізації доходів, одержаних шляхом незаконного відшкодування ПДВ.

Проте матеріалів документальної перевірки (ревізії) не завжди достатньо для доведення вини посадових осіб підприємств у вчиненні злочину. Висновки проведених документальних перевірок (ревізій) можуть суперечити наявним у справі доказам, до того ж, вони можуть суперечити висновкам документальних перевірок, які проводились до порушення кримінальної справи. В таких випадках, слідчому доцільно призначити проведення судової (криміналістичної) експертизи, з метою усунення існуючих протиріч та встановлення істини у справі.

За загальним правилом судової експертизу має бути призначено своєчасно. Своєчасність призначення експертизи забезпечується плануванням цієї слідчої дії. На думку вчених, визначаючи момент призначення експертизи, необхідно враховувати:

- властивості та стан об’єктів експертного дослідження;
- необхідність та можли-

вість отримання порівняльних зразків;

- особливості експертного дослідження (складність, наявність відповідних методик, час проведення тощо);

- слідчу ситуацію [10, с. 155].

Як вірно відмітив Е.Н. Лившец, судово експертиза, як самостійна процесуальна дія, має форми призначення, проведення і процесуального оформлення. Її особливість полягає також у тому, що фактичні дії при проведенні експертизи виконує не сам слідчий, як це має місце при проведенні обшуку, виїмки, допиту, а відповідно до постанови слідчого, експерт-спеціаліст у галузі науки, техніки. Навіть у тих випадках, якщо слідчий володіє спеціальними навичками на рівні експерта, він не має права замінити його і суміщати в одній особі функції органу розслідування та експертизи [6, с. 5].

Аналіз вивчених матеріалів кримінальних справ свідчить, що при проведенні розслідування злочинів пов’язаних із легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, судові експертизи призначались у 71% справ, серед них найчастіше призначаються такі судові експертизи: судово-бухгалтерська експертиза; судово-економічна експертиза; почеркознавча експертиза; техніко-криміналістична експертиза документів; комп’ютерно-технічна експертиза.

У науково-методичних рекомендаціях з питань підготовки та призначення експертизи, які затверджені наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998р. № 53/5, містяться типові переліки питань стосовно різних видів експертиз. Питання, що ставляться на розгляд експерта повинні відповідати таким основним вимогам:



- не виходити за межі спеціальних знань експерта і не мати правового характеру;

- бути визначеними, конкретними та короткими;
- мати логічну послідовність;
- характеризуватися повнотою та мати комплексний характер.

На нашу думку, при призначенні експертиз у справах про легалізацію злочинних доходів, об'єктами експертних досліджень можуть бути наступні криміналістичні сліди:

- сліди письмових підробок на документах;
- комп'ютерні файли, як електронні сліди злочину;
- відтиски на сторінках записних книжок;
- сліди на стрічках печатних машинок, принтерів;
- письмові почерки, підписи при підробках документів, і т.п.

Як зазначає В.Ю. Шепітько, головним завданням судово-бухгалтерської експертизи, є встановлення: документальної обґрунтованості нестачі або надлишків товарно-матеріальних цінностей і грошових коштів, періоду і місця їх утворення, а також розміру завданої матеріальної шкоди; правильності документального оформлення операцій з приймання, зберігання, реалізації товарно-матеріальних цінностей і руху грошових коштів; відповідності відображення у бухгалтерському обліку фінансово-господарських операцій вимогам чинних нормативно-правових актів з бухгалтерського обліку і звітності; кола осіб, на яких покладено обов'язок забезпечити дотримання вимог нормативно-правових актів з бухгалтерського обліку і контролю; документальної обґрунтованості списання сировини, матеріалів, готової продукції і товарів; правильності визначення оподаткованого

прибутку (доходу) підприємств різних форм власності та вирахування розмірів податків, тощо [10, с. 160].

В.В. Лисенко зазначає, що судово-бухгалтерська експертиза та документальна перевірка хоч і мають схожість предмету дослідження, однак є різними засобами документального контролю за правовою сутністю. Судово-бухгалтерська експертиза є однією із слідчих дій, провадження якої чітко регламентовано кримінально-процесуальним законодавством. Документальна перевірка є адміністративно-правовим засобом контролю за діяльністю суб'єктів підприємництва. Крім того, під час проведення судово-бухгалтерської експертизи дослідженню підлягають не лише документи бухгалтерського обліку, які відображають характер та зміст фінансово-господарської діяльності суб'єкта підприємництва, а і матеріали кримінальної справи. В свою чергу, при проведенні документальної перевірки дослідженню підлягають лише документи обліку, які відображають виконані фінансово-господарські операції. Різні також процесуальні положення експерта-бухгалтера та особи, яка проводить документальну перевірку [4, с. 214].

Для проведення судово-бухгалтерської експертизи слідчий систематизує, підшиває та скріплює печаткою документи, які передаються експерту для проведення дослідження. Найчастіше експерту надаються: акти документальних перевірок (ревізій); документи бухгалтерського обліку (платіжні доручення, виписки з банківських рахунків, касові ордери, видаткові накладні, рахунки-фактури, товарно-транспортні накладні, тощо); реєстраційні документи підприємства; фінансова та податкова звітність; господарські

договори; рішення господарських та адміністративних судів про скасування державної реєстрації підприємств та визнання угод недійсними; протоколи слідчих дій (допитів, обшуків, оглядів) та інші матеріали кримінальної справи.

У разі необхідності для підтвердження висновків документальних перевірок (ревізій) про наявність серед постачальників товару підприємств з ознаками фіктивності, доцільно призначити фінансово-економічну експертизу. При цьому на вирішення фінансово-економічної експертизи слід поставити такі питання:

- яка мета та предмет діяльності підприємства, яку саме діяльність воно здійснювало та чи передбачено це статутом;

- якими основними та оборотними засобами володіє фірма, джерела їх придбання, а також джерела фінансування її діяльності, наявність у фірмі працівників (персоналу) для виконання передбачених статутом видів діяльності (у тому числі товарів для здійснення експортних операцій);

- чи забезпечували наявні у фірми основні та оборотні засоби можливість здійснювати статутну діяльність, зокрема зовнішньоекономічну.

На думку К.А. Капустник, відмінністю між судово-економічною експертизою та судово-бухгалтерською є те, що судово-економічна експертиза вивчає стан і результати (показники) економічної діяльності суб'єктів господарських відносин, тоді як судово-бухгалтерська експертиза – правильність відображення фактів фінансово-господарської діяльності підприємства (організації), в документах бухгалтерського обліку і звітності [1, с. 63].

Судова фінансово-економічна експертиза безпосередньо ви-



вчас фінансові потоки. На нашу думку, дана судова експертиза надає можливість визначити:

- факт того, що “сумнівна фінансова операція” є легалізацією доходів, одержаних злочинним шляхом;
- суб’єкта господарювання, де проводились операції з легалізації цих доходів;
- джерела створення тіньових доходів;
- способи їх легалізації;
- документи, на підставі яких здійснювалася легалізація та ін.

Враховуючи те, що проведення судової експертизи займає багато часу, призначати їх доцільно на ранніх стадіях досудового слідства, після проведення обшуків (виймок) та отримання доступу до фінансово-бухгалтерських документів підприємства.

Сучасний технологічний розвиток людства, допоміг створити нові технічні засоби комунікації; пристрої з обробки, передачі та збереження інформації; програмне забезпечення, які відносяться до сфери так званих інформаційних технологій (ІТ технології). Це в свою чергу призвело не тільки до покращення продуктивності праці та економічного зростання держав, що опанували такі технології, а й до появи нових способів вчинення крадіжок, шахрайств, ухилення від сплати податків, тощо. Останній часом у діяльності правоохоронних органів України, все частіше виникають ситуації коли необхідно призначати судові експертизи, предметом дослідження яких є аналіз інформації, що міститься на магнітних, оптичних та інших носіях, зокрема:

- комп’ютерна техніка, в т.ч. ноутбуки, нетбуки;
- телефонні пристрої, в т.ч. мобільні смартфони;
- накопичувачі на гнучких

магнітних дисках (флеш-карти);

- магнітооптичні диски;
- електронні записники, тощо. Такі експертні дослідження можна віднести до класу інженерно-технічних експертиз, які в практичній діяльності називаються комп’ютерно-технічними експертизами.

Аналіз науково-методичних рекомендацій та власний досвід роботи в правоохоронних органах, дозволяє нам зробити висновок, що при призначенні комп’ютерно-технічної експертизи, експерту необхідно ставити на вирішення такі типові питання:

- якої моделі комп’ютер (інший технічний пристрій);
- які його технічні характеристики (можливості);
- чи пристосований він для обробки, збереження, приймання/передачу інформації;
- чи підключений пристрій до глобальної мережі Інтернет;
- які програмні продукти використовуються для обробки даних;
- яка інформація міститься на носіях технічного пристрою (комп’ютера);
- чи містяться на комп’ютері файли документів, і де саме;
- які саме текстові або графічні документи виявлені;
- чи використовувався комп’ютер (інший технічний пристрій) для операцій з електронного банкінгу;
- з сайтами яких банківських установ відбувалось з’єднання за допомогою даного комп’ютера;
- які файли було видалено, якого розміру та коли;
- чи можна відновити видалені файли;
- чи містяться на носіях (технічного пристрою) певні дані, які необхідні для розслідування злочину. Даний перелік питань не є вичерпним, в кожному конкретному випадку на вирішення

експерту ставляться питання, в залежності від наявних у справі матеріалів, предмета злочинного посягання та способу вчинення злочину.

На нашу думку, при проведенні розслідувань економічних злочинів, в т.ч. тих що пов’язані із легалізацією злочинних доходів, все частіше буде виникати необхідність призначати комп’ютерно-технічні експертизи. Тому вже зараз є нагальною потреба у оснащенні експертно-криміналістичних центрів МВС та науково-дослідних інститутів Міністерства юстиції України, сучасними науково-технічними засобами, програмними продуктами. Крім того, є необхідною фахова підготовка кадрів, які б спеціалізувались на проведенні таких криміналістичних експертиз. Доцільно було б також узгалянювати міжнародний досвід з даного питання, та в окремих випадках залучати до проведення комп’ютерно-технічних експертиз іноземних спеціалістів.

По результатам проведення судової експертизи, експерт складає висновок, який є самостійним джерелом доказів по справі. Згідно із нормами кримінально-процесуального закону, висновок експерта – це докладний опис проведених експертом досліджень та зроблені за їх результатом висновки, обґрунтовані відповіді на запитання, поставлені особою, яка залучила експерта, або слідчим суддею чи судом, що доручив проведення експертизи [3]. Висновок експерта підлягає ретельній оцінці суб’єктами доказування, з погляду як додержання норм кримінально-процесуального закону при проведенні експертизи, так і обґрунтованості та правильності висновків експерта. При цьому перевіряється компетентність експерта, його незаінтересованість у результатах справи, встановлюється,



чи не вийшов він за межі своєї компетенції, чи ґрунтуються висновки на одержаних ним відомостях і чи не відбирались вихідні дані для певних висновків. Підлягають оцінці також наукова обґрунтованість висновку, правильність застосування конкретних методик і дозволеність їхнього використання експертом [2, с. 348].

### Список використаних літературних джерел

1. Капустник К.А. *Проведення судово-економічних експертиз у справах, пов'язаних з легалізацією (відмиванням) грошових коштів та майна, отриманих злочинним шляхом*/ К.А. Капустник, Н. Боголюбова // *Право України*, 2005. – № 8. – С. 63-66.
2. Коваленко Є.Г. *Кримінальний процес України: підручник*/ Є.Г. Коваленко, В.Т. Маляренко// 2-е вид. К.: Юрінком Інтер, 2008. – 712 с.
3. Кримінально-процесуальний кодекс України від 13.04.2012р. № 4651-VI.
4. Лисенко В.В. *Криміналістичне забезпечення діяльності податкової міліції: (Теорія та практика): Монографія*/ В.В. Лисенко. – К.: Логос, 2004. – 324с.
5. Лисиченко В.К. *Использование специальных знаний в следственной и судебной практике*/ В.К. Лисиченко, В.В.Циркаль. – К., 1987.
6. Лившец Е.Н. *Назначение и проведение экспертизы*/ Лившец Е.Н. – Волгоград, 1977.
7. Надгорный Г.М. *Гносеологические аспекты определения «специальные знания»*/ Г.М. Надгорный// *Криминалистика и судебная экспертиза*. – Вып. 21. – 1980.
8. Про судову експертизу: Закон України від 25.02.1994р. № 4038-XII // *Відомості Верховної Ради України*, 1994. - № 28.
9. Строгович М.С. *Курс советского уголовного процесса*/ М.С. Строгович. М., 1968. Т. 1. – 487 с.
10. Тацій В.Я. *Настільна книга слідчого*. 2-ге видання, перероблене і доповнене/ В.Я. Тацій, В.В. Сташис, М.І. Панов, В.Ю. Шепітько, В.О. Коновалова. К.: Вид. Дім “Ін Юре”, 2007. – 728 с.