

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. 4 (256) 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. Balmuş, 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
Index: RM 77030

© Legea și viața

Pagina web: www.legeazakon.md

SUMAR

Gheorghe COSTACHI, Ulian CHETRUȘ. Rolul dreptului în intermedierea constrîngerii exercitate de către Stat.....	4
Татьяна КОЛОМОЕЦ, Юсуп КУРАЗОВ. Предупреждение – неотъемлемая составляющая системы административных взысканий в законодательстве Украины.....	9
Olena DONCHENKO. Social nature of criminalization of offences against the authority of local government bodies of Ukraine.....	12
Oksana GRYN. Peculiarities of determination of the features of objective aspects of crime „improper performance of professional duties which caused infection with human immunodeficiency virus or any other incurable disease”.....	16
Yulia KONDRATENKO. Enforceability of the land usage for the town-planning purposes in Ukraine.....	20
Михаил ВИХЛЯЕВ. Административно-правовой статус общественных объединений: определение понятия в контексте принятия нового Закона Украины «об общественных объединениях».....	23
Павел ЛЮТИКОВ. Юридические лица – субъекты административной ответственности: необходимость нормативной фиксации в действующем законодательстве Украины как гарантия качественного и прогрессивного развития административного законодательства.....	26
Angela CUCIURCĂ, Rodica CUCIURCĂ. Inițiative și măsuri legislative europene privind prevenirea și combaterea migrației ilegale.....	30
Mircea GLADCHI. The problems concerning the juridical treatment of the economic-financial security of Republic of Moldova.....	34
Ирина БЕРЕЖНАЯ. Статус переводчика в административно-деликтном производстве: перспективы совершенствования законодательного регулирования в Украине.....	39
Camelia Doina MICU. Latura obiectivă a infracțiunii de dare de mită.....	44
Cristian Alin LUPU. Natura juridică a amnistiei și a grațierii.....	47
О. АНУФРІЄВА. Проблемні аспекти функціонування інституту відводу у кримінальному процесі України.....	53
Анна КЕТРАРЬ. Щодо визначення правової природи авторського договору.....	56



ROLUL DREPTULUI ÎN INTERMEDIEREA CONSTRÎNGERII EXERCITATE DE CĂTRE STAT

Gheorghe COSTACHI,
doctor habilitat în drept, profesor universitar,
cercetător științific principal la Institutul de Istorie, Stat și Drept al AȘM
Ulian CHETRUȘ,
doctorand, Institutul de Istorie, Stat și Drept al AȘM

RÉSUMÉ

Le droit et la contrainte sont deux phénomènes sociaux indissociablement liés. Leur interaction se manifeste sous deux aspects: d'abord, la coercition est une caractéristique inhérente du droit, d'autre part, la contrainte médiée par le droit devient une contrainte juridique. Dans l'article, les auteurs proposent d'analyser le rapport entre le droit et la contrainte pour déterminer le rôle important du droit et des limites à respecter dans l'application de la contrainte dans un l'état de droit.

Mots-clés: droit, la norme juridique, la contrainte, la contrainte de l'État, la contrainte légale.

REZUMAT

Dreptul și constrîngerea sînt două fenomene sociale indisolubil legate între ele. Interacțiunea lor se manifestă sub două aspecte: în primul rînd, constrîngerea este o trăsătură inerentă a dreptului, în al doilea rînd, constrîngerea intermediată prin drept devine o constrîngere juridică. În articolul de față, autorii își propun studierea coraportului dintre drept și constrîngere, în vederea determinării rolului important al dreptului și a limitelor ce urmează a fi respectate la aplicarea constrîngerii într-un stat de drept.

Cuvinte-cheie: drept, norma juridică, constrîngere, constrîngere statală, legalitatea constrîngerii.

Identificarea problemei de cercetare. În pofida faptului că un stat de drept trebuie să-și bazeze activitatea, în special, pe metoda convingerii, totuși nu poate fi negată semnificația și indispensabilitatea recurgerii la constrîngere în vederea exercitării funcțiilor sale de bază. Întrucît dreptul constituie etalonul și fundamentul statului de drept, considerăm necesară elucidarea coraportului dintre drept și constrîngere, precum și a rolului acestuia în contextul exercitării prerogativelor de constrîngere de către Stat, subiect puțin studiat de către doctrina juridică autohtonă.

Scopul demersului: studierea coraportului dintre drept și constrîngere, în vederea determinării rolului important al dreptului și a limitelor ce trebuie respectate la aplicarea acesteia într-un stat de drept.

Actualitate. În viziunea noastră, este un obiectiv important și actual, mai ales pentru perioada contemporană, în care societatea depune eforturi susținute în vederea consolidării statului de drept în Republica Moldova, aplicarea constrîngerii în limitele legii constituind una dintre cele mai importante garanții ale respectării drepturilor și libertăților omului.

Privire asupra corelației dintre constrîngere și drept. Dreptul și constrîngerea sînt două fenomene sociale indisolubil legate între ele. Interacțiunea lor se manifestă sub două aspecte: în primul rînd, constrîngerea este o trăsătură inerentă a dreptului, în al doilea

rînd, constrîngerea intermediată prin drept devine o constrîngere juridică.

Corelația dintre constrîngere și drept a fost și continuă a fi un subiect destul de polemitat în doctrina juridică. Importante aspecte la acest capitol expune J. I. Ovsepien, în viziunea căreia constrîngerea ține atît de caracterul volițional al dreptului, cît și de trăsăturile formale ale acestuia, precum normativitatea, caracterul sistemic etc. Cercetătoarea susține că așa cum voința este strîns legată de constrîngerea psihologică, la fel și dreptul, căruia îi este inerentă latura volițională, se identifică cu constrîngerea psihologică. Pornind de la definiția dreptului ca „voința a guvernanților exprimată în legi”, J. Ovsepien propune o altă formulă: dreptul ca fenomen volițional este o materializare a constrîngerii psihologice, care este asigurată, pe lîngă toate, și de o influență externă (constrîngerea externă) prin intermediul aparatului puterii publice. Astfel, dreptul este purtătorul constrîngerii psihologice, în timp ce Statul exercită constrîngerea fizică, limitată prin drept și realizată în forme juridice [1].

Reieșind din aceste considerente, autoarea susține că puterea îi este proprie nu numai Statului, dar și dreptului. Mai mult ca atît, potențialul constrîngerii psihologice, concentrat în drept, depășește considerabil posibilitățile similare ale constrîngerii din partea Statului (constrîngerii fizice).

Conținutul psihologic al dreptului este invocat și de către alți teoreticieni,

care din această perspectivă identifică existența a două forme de constrîngere statală, or o dublă componentă a acesteia: *statică* (psihologică sau potențială) și *dinamică* (reală). Bunăoară, în viziunea lui N. V. Makareiko [2], respectarea dreptului nu întotdeauna se datorează conștientizării valorii acestuia, ci adesea este datorată probabilității și posibilității aplicării măsurilor de constrîngere statală. Respectiv, potrivit cercetătorului, constrîngerea statală implică două sensuri. În primul rînd, aceasta presupune o potențială posibilitate de aplicare a măsurilor de constrîngere statală, adică constrîngerea psihologică sau constrîngerea în stare statică. În cazul dat, subiecții relațiilor sociale sînt supuși unei influențe informațional-orientative, esența căreia rezidă în obținerea unui anumit model de comportament social. Potențialul coercitiv poate să rămîină neîntrebuințat, dacă dispozițiile dreptului vor fi executate în volum deplin și în termenele stabilite. În al doilea rînd, aceasta presupune aplicarea nemijlocită a măsurilor concrete de constrîngere statală, cînd subiectul suportă anumite restricționări cu caracter personal, material sau organizațional. În acest caz, constrîngerea statală este o consecință logică a refuzului de a respecta dreptul.

Starea statică a constrîngerii statale și aplicarea reală a acesteia este invocată și de către S. I. Verșinina [3], potrivit căreia constrîngerea statală este atît o garanție, cît și un mijloc concret



de asigurare a legalității și a ordinii de drept. În majoritatea cazurilor, însăși acceptarea dreptului ca fiind de natură coercitivă asigură într-o anumită măsură respectarea și executarea cerințelor normelor juridice și constituie o garanție a executării obligațiilor de către subiecții de drept. În acest caz, nu este vorba despre respectarea dreptului datorită unei conștiințe juridice dezvoltate a subiecților, ci de teama posibilității survenirii unor consecințe negative.

Prin urmare, constrângerea aflată în stare statică, nerealizată, influențează indirect indivizii, prin intermediul formării la ei a convingerii obligativității dreptului, constituind astfel o garanție a executării de către aceștia a obligațiilor lor.

În cazul în care prezența instituției constrângerii în sistemul dreptului nu este suficientă pentru asigurarea executării benevole de către subiecți a obligațiilor lor, atunci legalitatea și ordinea de drept este asigurată prin aplicarea constrângerii. Este vorba deja de o reală aplicare a normelor de drept față de persoanele care comit fapte ilegale sau creează pericolul producerii unor asemenea fapte. Astfel, din starea sa statică instituția constrângerii statale trece într-o fază dinamică, care deja implică o serie de particularități și condiții speciale.

Evidențierea în cadrul constrângerii statale a două componente – *statică* și *dinamică* – determină, în viziunea cercetătoarei G. M. Lanovaia [4], necesitatea diferențierii a două forme de sine stătătoare de influență coercitivă statală – *potențială* și *reală*. Constrângerea potențială se realizează prin intermediul editării actului normativ, care stabilește temeiurile și măsurile de influență coercitivă, aducându-le astfel la cunoștința destinatarilor. Această constrângere are un caracter preventiv și nu este în stare să exercite asemenea funcții ca reprimarea, protecția sau sancționarea. Prin forma sa constrângerea potențială întotdeauna este o constrângere psihologică.

Respectiv, constrângerea statală reală se exercită prin intermediul realizării normei juridice, mai exact, prin aplicarea acesteia de către organele Statului sau persoanele competente. Ea este destul de variată și prin formulele sale asigură realizarea întregului spectru de funcții caracteristice influenței coercitive [5].

Așadar, se poate conchide că însăși consfințirea normativ-juridică a unor norme sociale (existența dreptului pozitiv) presupune exercitarea unei constrângerii (de factură psihologică) asupra destinatarilor acestora (membrilor societății).

Din perspectiva dată, în studiile de

specialitate se susține că constrângerea ține de trăsături formale ale dreptului, precum normativitatea. În acest sens, S. N. Bratus [6] afirmă că „normativitatea dreptului se află într-o legătură indisolubilă cu posibilitatea aplicării constrângerii juridice pentru executarea prevederilor acestuia în caz de încălcare”. Prin urmare, sancțiunea din cadrul dreptului indică, direct sau indirect, o anumită măsură de constrângere, aplicabilă subiectului cu scopul obținerii executării obligațiilor acestuia. Sub acest aspect autorul [7] concretizează că realizarea sancțiunii normei juridice presupune o constrângere fizică, iar amenințarea cu o asemenea realizare, moment ce determină abținerea de la încălcarea normei, este o constrângere psihologică.

Vom preciza în context că în doctrină [8], de rînd cu legătura dintre constrângere și normativitatea dreptului, constrângere și sancțiunea normei, cercetătorii argumentează și ideea potrivit căreia constrângerea este mai întii de toate o calitate a dreptului în general, a dreptului ca sistem; constrângerea nu este numai o calitate a normei de drept, ci și a întregului mecanism de reglementare juridică, inclusiv al aplicării dreptului.

Cu toate acestea, putem atesta și unele idei opuse. Astfel, în viziunea cercetătoarei S. I. Verșinina [9], subiecții aflați sub influența dreptului suportă asupra lor nu o constrângere, ci asemenea calități ale dreptului ca normativitatea și universalitatea, care se extind asupra tuturor fără excepție. În pofida legăturii strînsă dintre obligativitatea dreptului și constrângere, fiecare din aceste categorii dispun de un conținut și o semnificație proprie. Constrângerea, aflîndu-se într-o stare statică, nerealizată, influențează subiecții de drept indirect prin intermediul formării la ei a unei convingeri în caracterul general-obligatoriu al dreptului, fiind astfel o garanție a executării de către subiecți a obligațiilor lor.

Sub acest aspect, cercetătorul O. A. Leist [10] susține că obligativitatea dreptului nu este identică cu natura sa coercitivă. Constrângerea în sistemul reglementării relațiilor nu este primară, deoarece necesitatea aplicării acesteia survine atunci cînd în acest mecanism intervin anumite disfuncții ce trebuie excluse cu ajutorul măsurilor de constrângere statală. Astfel, aceasta nu are un caracter general normativ, ci se aplică în baza legii, în relații concrete, individualizate, care apar în legătură cu încălcarea legii și aplicarea sancțiunilor.

În viziunea noastră, natura coercitivă a dreptului se distinge net de „normativitatea” și „obligativitatea” dreptului,

aceasta fiind o caracteristică specifică, care îl diferențiază de celelalte forme de reglare socială: morală, obiceiuri, norme corporative etc., manifestîndu-se practic în cazuri excepționale de încălcare și nerespectare a dreptului. Constrângerea este ceva extern dreptului, un factor care-i asigură funcționalitatea în cazurile în care „normativitatea” și „obligativitatea” acestuia se dovedesc a fi ineficiente, intervenind astfel rolul determinant al puterii Statului.

Privite din această perspectivă, constrângerea și dreptul sînt două categorii interdependente, adică așa cum constrângerea constituie un factor ce asigură aplicarea dreptului, la rîndul său și dreptul are un rol hotărîtor în aplicarea constrângerii (în special, în cadrul unui stat de drept).

Sub acest aspect, D. G. Nohrin definește constrângerea statală ca fiind o metodă de conducere statală, determinată de metoda imperativă de reglementare juridică, utilizată în scopul protecției intereselor individului, societății și Statului. Conținutul constrângerii rezidă în influența nemijlocită prevăzută normativ, aplicată asupra comportamentului subiectului de drept, exercitată de organele competente, independent de voința subiectului, prin aplicarea – conform unei forme procesuale – a anumitor măsuri prevăzute de sancțiunea normei juridice și legate de survenirea unor consecințe nefavorabile de natură personală, materială, organizațională sau de altă natură [11].

Rolul dreptului în aplicarea constrângerii de către Stat. Menționăm că, în doctrină, practic unanim se susține ideea că constrângerea aplicată de către Stat trebuie să fie legitimă. Este important însă că aceasta depinde, în primul rînd, de legitimitatea însăși a puterii de stat, prin care se înțelege recunoașterea și confirmarea legalității acesteia.

În general, legitimitatea puterii de stat se exprimă prin corespunderea corectitudinii, legalității, oportunității puterii cu așteptările individului, grupurilor sociale, societății în ansamblu [12].

O putere de stat nelegitimă întotdeauna tinde să-și realizeze scopurile prin aplicarea unei constrângerii nejustificate și inechitabile, care se materializează, prin esență, în acte de violență. Și viceversa, cu cit e mai deplină legitimitatea puterii de stat, cu atît mai multe posibilități sînt de a conduce societatea fără aplicarea forței și cu o mai mare libertate pentru procesele sociale autor-reglatoare. În același timp, însă, puterea de stat legitimă este nu numai în drept, dar e și obligată să utilizeze în interesul societății măsurile de constrângere prevăzute de lege, conform unei anumite



proceduri, în cazurile în care reprimarea comportamentelor deviate este imposibilă prin alte metode.

Este important faptul că legitimitatea puterii de stat poate fi evaluată nu în baza declarațiilor guvernanților sau a legilor și actelor normative adoptate, dar în baza rezultatelor activității organelor de stat și a funcționarilor publici, a modului în care aceștia exercită puterea de stat în situații concrete.

Din cele expuse devine evidentă necesitatea realizării unei distincții între constrângerea statală și violență. În acest sens, cercetătorul N. V. Makareiko [13] susține că distincția dintre constrângerea aplicată de către Stat și violență este determinată, în cea mai mare parte, de faptul că constrângerea statală este mediată de drept, adică dreptul stabilește competența organelor de stat de a aplica constrângerea, determină conținutul și limitele acesteia, temeiurile și ordinea de realizare. De aici se poate afirma că intermedierea juridică asigură eficiența și legalitatea constrângerii statale.

La acest aspect s-a referit și A. V. Zarițki [14], potrivit căruia constrângerea aplicată de către puterea de stat, în baza unor temeiuri juste, nu trebuie privită ca violență, deoarece ultima este o constrângere nejustă. Așadar, constrângerea statală trebuie să fie reglementată juridic în detalii, dat fiind faptul că este deosebit de importantă determinarea normativă a acelor restricții pe care urmează să le suporte subiectul relațiilor sociale în cazul aplicării față de acestea a măsurilor de constrângere.

Din perspectiva celor enunțate, se poate afirma că constrângerea poate fi *legală* sau *ilegală* [15]. Ultima poate degenera în despotismul organelor de stat, fapt ce pune individul într-o stare neprotejată. Asemenea constrângere se bazează, în mare parte, pe așa fenomene negative ca abuzul de putere, incompetența aparatului de stat, corupția etc. O asemenea constrângere este caracteristică în special statelor cu regimuri politice nedemocratice.

Totodată, este important de specificat că constrângerea reglementată prin legi contravenționale, civile, penale etc. nu trebuie să reflecte interesul unui partid, să se transforme într-un instrument al partidului de guvernământ. Se știe că legile adoptate în parlament, în cazul în care lipsește opoziția, iau un caracter politic al partidului cu majoritate parlamentară [16]. De aceea, reglementarea juridică a constrângerii necesită o maximă diligență chiar și în țările democratice.

Legală este recunoscută a fi constrângerea forma și măsura căreia este stabilită strict și concret de normele

juridice și care se aplică potrivit normelor procesuale sub formă de măsuri concrete. Este important în acest sens faptul că legalitatea, temeinicia și justetea constrângerii juridice legale poate fi supusă controlului și poate fi contestată în instanța de judecată.

Gradul de legalitate al constrângerii este determinat de măsura în care [17]: aceasta corespunde principiilor fundamentale ale sistemului de drept; este unică și generală pe întreg teritoriul statului; sînt reglementate normativ conținutul, limitele și condițiile de aplicare; acționează prin intermediul mecanismului de drepturi și obligații reciproce ale subiectului ce aplică constrângerea și a celui care o suportă; dispune de forme procesuale dezvoltate.

Strîns legat de caracterul legal al constrângerii este și sistemul de principii care stă la baza acesteia, considerate a fi de natură să garanteze aplicarea unei constrângerii echitabile și corecte. În acest sens, în studiile de specialitate se enunță următoarele principii [18]: al legalității; echității; umanismului; oportunității; operativității; răspunderii persoanelor cu funcții de răspundere. Este deosebit de important de a accentua că toate aceste principii stau la baza constrângerii în calitatea acesteia de raport juridic, moment de natură să confirme axioma potrivit căreia într-un stat de drept constrângerea poate și trebuie aplicată doar sub formă de raport juridic.

În general, constrângerea este văzută ca un sistem de elemente interdependente, întrunirea cărora este vitală pentru existența acesteia. Asupra structurii constrângerii s-au expus mai mulți cercetători. Bunăoară, S. N. Kojevnikov [19] consideră că elementele constitutive ale structurii constrângerii sînt: subiectul constrângerii, exercitarea constrângerii ca stare, procesul supunerii voinței celui constrîns, obiectul constrângerii.

În viziunea cercetătoarei S. I. Verșinina [20], aceste elemente formează un sistem mai îngust decît constrângerea statală – e cazul raporturilor juridice de aplicare a măsurilor de constrângere. Anume în structura raporturilor juridice pot fi identificate asemenea elemente ca: subiectul constrângerii, obiectul constrângerii și procesul realizării acesteia. Respectiv, autoarea consideră că determinarea structurii constrângerii (a organizării interne) este posibilă doar dacă sînt evidențiate toate elementele necesare și obligatorii în sistemul acesteia, fără de care constrângerea statală nu poate exista. Astfel, în viziunea sa, constrângerea dispune de următoarea structură: normele de reglementare a

dreptului, care fixează obligațiile juridice ale subiecților de drept; normele de protecție a dreptului, care reglementează ordinea aplicării constrângerii statale în scopul asigurării executării obligațiilor; faptul juridic – temeiul faptic al aplicării constrângerii; raportul juridic de aplicare (realizare) a constrângerii; rezultatul aplicării constrângerii statale.

În literatura de specialitate se susține că constrângerea statală este un raport juridic cu caracter de protecție. Acesta ia naștere între Stat și individ în momentul în care ultimul comite un fapt ilicit, altfel spus, orice încălcare a normei juridice poate da naștere unui raport de constrângere, care se stabilește între Stat și autorul unei asemenea încălcări [21]. Prin esență, raportul juridic de constrângere este un rezultat al materializării în viață a forței legii [22].

În acest sens, autorul D. Cornean [23] susține că materializarea în viață socială a forței legii are loc prin intermediul unui raport juridic de constrângere, înțeles ca pluralitate de drepturi și obligații, de drept material sau procesual, ce apar ca urmare a săvîrșirii unei fapte ilicite (neconforme cu modelul prefigurată de normă) și prin care se realizează aplicarea sancțiunilor juridice.

În viziunea cercetătoarei V. V. Se-reghina [24], constrângerea presupune o relație în cadrul căreia subiectul care guvernează – organul competent de ocrotire a normelor de drept sau funcționarul public – aplică măsurile de constrângere față de subiectul obligat să suporte și să execute măsurile respective, adică subiectul guvernat.

Importanța cercetării constrângerii statale ca raport juridic rezidă în faptul că astfel este posibilă examinarea temeiurilor apariției acestor raporturi juridice, adică a faptelor juridice ce stau la baza lor, care sînt deosebit de importante pentru legalitatea constrângerii. Din acest punct de vedere, în literatura juridică [25] se susține că pentru aplicarea constrângerii sînt necesare următoarele temeiuri: juridic, faptic și formal.

Temeiul juridic presupune prezența normelor juridice care prevăd posibilitatea aplicării constrângerii față de anumiți subiecți în cazuri concret stabilite.

Temeiul faptic presupune survenirea faptului juridic prevăzut în lege – evenimentul sau fapta ce a generat apariția raportului juridic. În studiile de specialitate [26] se concretizează că drept temei al aplicării constrângerii statale servește rezistența subiectului manifestată față de dispozițiile juridice și față de acțiunile funcționarilor publici competenți. O asemenea rezistență adesea se materializează sub forma comiterii de delict.



Temeiul formal presupune emiterea de către organul de stat a actului de aplicare a dreptului prin care se dispune aplicarea constrângerii față de un subiect concret. Respectiv, constrângerea ca acțiune fizică este aplicată de către organe speciale ale statului în baza hotărârii instanței judecătorești sau a actului administrativ. În lipsa unor asemenea acte constrângerea nu poate fi exercitată.

Referitor la subiecți, notăm că raportul juridic de constrângere este un raport de putere, bilateral, una dintre părți fiind în mod obligatoriu un organ de stat, un reprezentant al Statului. Călaltă parte a raportului juridic poate fi orice subiect asupra căruia se extinde puterea Statului [27].

Ceea ce este important în cazul dat sînt drepturile și obligațiile juridice ale subiecților raportului juridic de constrângere. Conținutul drepturilor subiective și al obligațiilor juridice ale subiecților autorizați de a aplica constrângerea rezidă în dreptul și obligația de a supune influenței coercitive subiectul concret și de a-i aplica – într-o formă procesuală stabilă – măsurile de constrângere statală (prevăzute de lege).

Obligațiile acestor persoane și, în general, obligația juridică a suscitat un deosebit interes în arealul științific. Sub acest aspect, adeseori în studiile de specialitate se susține că constrângerea este strîns legată de obligația juridică. Anume datorită constrângerii, ca instrument important de conducere, puterea reușește să obțină executarea obligațiilor de la membrii societății.

În viziunea cercetătoarei I. S. Verșinina [28], reglementarea juridică a constrângerii și aplicarea nemijlocită a acesteia întotdeauna derivă din reglementarea juridică a comportamentului subiecților și realizarea de către aceștia a obligațiilor lor. Dacă subiectul nu este obligat să săvîrșească anumite acțiuni, atunci nu are sens aplicarea față de acesta a constrângerii.

Referindu-se la această problemă, autorul D. G. Nohrin [29] menționează că constrângerea statală presupune atribuirea unei obligații suplimentare subiectului, în pofida voinței acestuia. Obligația dată este specială, negenerală, atribuită în baza unui act normativ individual. În fine, cercetătorul conchide că constrângerea statală se realizează întotdeauna indiferent de voința subiectului raporturilor sociale, criteriul volițional fiind extrem de important pentru delimitarea acesteia de fenomenele juridice asemănătoare.

De rînd cu faptul că subiecții raportului juridic de constrângere sînt obligați să suporte privațiuni cu caracter fizic, material sau organizațional, con-

diționate de măsurile coercitive, este important că ei dispun și de drepturi subiective care le oferă posibilitatea de a cere respectarea formelor procesuale de aplicare a măsurilor de constrângere, realizarea lor în regim de legalitate. În acest sens, învestirea subiecților ce sînt supuși constrângerii cu anumite drepturi și obligații demonstrează, într-o anumită măsură, faptul că statul ia sub protecția sa drepturile, libertățile și interesele legale ale cetățenilor [30].

Considerăm necesar a sublinia că intermedierea juridică a constrângerii statale presupune și detalierea procedurii de aplicare a acesteia în conținutul normelor procesuale (procesual-penale, procesual-civile și procesual-contravenționale). Complexitatea reglementării procesuale a constrângerii statale este determinată de marea varietate a măsurilor de constrângere, de nivelul diferit de intensitate și sancționabilitate. Sub acest aspect, ordinea procesuală de aplicare a măsurilor de constrângere statală se deosebește esențial: dacă măsurile de constrângere contravențională și disciplinară, în majoritatea cazurilor, se aplică printr-o procedură administrativă (extrajudiciară), atunci măsurile de constrângere penală reclamă exclusiv o procedură judecătorească. Concretizarea aspectelor procesuale de aplicare a măsurilor de constrângere statală contribuie substanțial la consolidarea legalității acestei activități de ocrotire a dreptului.

Așadar, datorită reglementării juridice, constrângerea statală, ca mijloc de asigurare a legalității și ordinii de drept, poate fi caracterizată prin următoarele particularități [31; 32]:

1) ea este precedată în mod inevitabil de săvîrșirea unei fapte ilicite și dăunătoare societății, ca o reacție la această faptă, și este determinată de conflictul dintre voința Statului, exprimată în norma de drept, și voința individului care încalcă această normă;

2) are caracter individual și se aplică subiectului de drept concret care a încălcat o anumită normă juridică;

3) se realizează prin intermediul actelor de aplicare a normelor de drept (normele juridice propriu-zise prevăd doar posibilitatea survenirii constrângerii, aceasta materializîndu-se doar prin actele de aplicare a dreptului);

4) constrângerea se aplică cu respectarea strictă a legii, a normelor speciale care stabilesc măsurile de constrângere, condițiile, procedura aplicării lor și organele împuternicite să aplice aceste măsuri.

De rînd cu aceste particularități, în studiile de specialitate sînt expuse și unele condiții necesare pentru efica-

citatea influenței corective a Statului. Merită a fi apreciată în acest sens viziunea cercetătoarei G. M. Lanovaia [33], care destul de reușit face distincție între condițiile de eficacitate a măsurilor de constrângere și condițiile de eficacitate a realizării acestora. Astfel, principalele condiții de natură să asigure eficacitatea măsurilor de constrângere juridică, în viziunea ei, sînt: luarea în considerație de către legiuitor, în momentul consacrării lor legale, a fenomenelor și proceselor sociale obiective, existente în societate, tendințele dezvoltării acesteia în ansamblu, necesitățile și posibilitățile reglementării juridice; semnificația acelor beneficii și valori, restricționarea cărora constituie esența constrângerii; asigurarea reală a măsurilor de constrângere cu resursele necesare; nivelul înalt de conștientizare de către potențialii subiecți ai constrângerii a caracterului și gradului de nefavorabilitate a măsurilor coercitive; stabilitatea măsurilor de constrângere juridică; aducerea la cunoștința tuturor subiecților de drept a conținutului și temeiurilor aplicării măsurilor de constrângere.

Din categoria principalelor condiții ale realizării efective a constrângerii fac parte: asigurarea inevitabilității realizării măsurilor de constrângere în fiecare caz în care survin temeiurile stabilite în normele de drept; asigurarea respectării stricte a ordinii de realizare a măsurilor de constrângere; controlul din partea societății asupra subiecților învestiți cu competența aplicării constrângerii; asigurarea raționalității și oportunității aplicării măsurilor de constrângere în fiecare caz concret.

Indiscutabil, aceste momente sînt deosebit de importante pentru ca constrângerea exercitată în statul de drept să-și atingă scopul său general, de protecție și restabilire a constituționalității, legalității și ordinii de drept.

Cu toate acestea însă, este necesar de a privi lucrurile și din alt punct de vedere. În general, este bine cunoscut faptul că menirea dreptului ține de asigurarea unei ordini de drept stabile, ca urmare a reglementării relațiilor sociale prin intermediul normelor juridice. Dreptul, ca sistem de norme juridice, se prezintă a fi un etalon căruia trebuie să-i corespundă relațiile sociale, iar ordinea de drept se dovedește a fi un rezultat al oglindirii dreptului în relațiile sociale.

Relațiile sociale reale, ca rezultat al influenței normelor juridice, nu întotdeauna corespund cerințelor acestora, destul de frecvent fiind însoțite de fapte ilegale cu diferit pericol social. Evident că anume pentru aceste cazuri și este concepută constrângerea statală.

Aplicarea constrângerii juridice este



dictată, astfel, de interesele societății de a se apăra împotriva celor care o vatămă și presupune luarea anumitor măsuri coercitive și aplicarea de sancțiuni pentru încălcarea normelor juridice, pentru lezarea demnității, drepturilor, libertăților și intereselor legale ale cetățenilor.

Încălcarea normelor de conviețuire socială poate să pună în pericol și sistemele politic, economic și social ale societății, valorile ei general umane. Iată de ce societatea, prin intermediul aparatului de stat, recurge la constrângerea juridică pentru a asigura legalitatea și ordinea de drept [34].

Astfel, în pofida faptului că constrângerea statală este un mijloc dur de influențare socială, prin ea restrângându-se libertatea omului, plasându-l într-o situație în care el nu are de ales decât varianta propusă (impusă) de puterea de stat [35], totuși constrângerea este un element necesar în mecanismul reglementării juridice. Ea reprezintă influența psihologică, materială și fizică exercitată de organele și persoanele competente asupra cetățenilor, cu scopul de a-i impune să acționeze potrivit voinței și intereselor statului, asigurându-se astfel o anumită ordine în relațiile sociale.

În același timp însă, ar fi greșit să presupunem că constrângerea statală este unicul mijloc de asigurare a ordinii de drept. Mai mult ca atât, hiperbolizarea rolului influenței coercitive poate să genereze și consecințe negative. „Lupta cu faptele ilegale și prevenirea acestora trebuie, mai întâi de toate, să se realizeze printr-o politică juridică înțeleaptă și pașnică – subliniază, pe bună dreptate, cercetătorul N. N. Alekseev – prin dezvoltarea conștiinței juridice, educarea unor sentimente juridice sănătoase și prin crearea condițiilor social-economice benefice unei coexistențe sociale pașnice. În mod normal, constrângerea se poate aplica numai atunci când toate aceste măsuri au fost epuizate, adică în cazuri extreme, ca mijloc unic și inevitabil” [36].

Este destul de relevant sub acest aspect savantul V. Guțuleac, atunci când susține că orice constrângere de stat este, „o armă puternică”, deoarece ea într-un fel sau altul limitează libertatea celor față de care se aplică, atinge substanțial drepturile și interesele lor. De aceea, ea poate fi aplicată doar acolo și în momentul în care este cu adevărat necesară [37].

Respectiv, constrângerea statală nu este un scop al activității Statului, ci un mijloc extrem prin care se asigură desfășurarea activității acestuia. Intensitatea folosirii constrângerii este prin esență un simptom al unei stări bolnăvicioase atât a dreptului, cât și a socie-

tății. Incapacitatea dreptului de a regla calitativ relațiile sociale duce la creșterea numărului de fapte ilegale. În acest sens, se poate spune că dreptul se află în confruntare cu alți reglatori sociali. În primul rând, aceasta se exprimă prin confruntarea dintre normele de drept și normele morale [38].

Astfel, în contextul necesității constrângerii statale și intermedierei juridice a acesteia este deosebit de importantă respectarea economiei potențialului coercitiv. Aplicarea excesivă a măsurilor de constrângere statală poate genera serioase probleme sociale, care vor afecta nu numai cetățenii în particular, ci și Statul și întreaga societate. În final, aceasta poate duce la subminarea credinței în drept ca valoare socială.

O constrângere juridică aplicată de către Stat în mod excesiv, care n-ar ține seama de importanța valorii sociale ocrotite, implicite de obiectul juridic al normei de incriminare, nu și-ar putea îndeplini funcțiile de prevenție generală și specială; dimpotrivă, ar determina un sentiment de fatalism, de nemulțumire generală, ar tulbura scara de valori general-umane sacre și, în același timp, nu ar putea realiza nici scopul prevenției speciale, întrucât ar sădi în conștiința individului un sentiment de frustrare, de revoltă împotriva excesului de represivitate [39].

Din aceste considerente, constrângerea juridică aplicată de către Stat trebuie să presupună măsuri și sancțiuni proporționate, în așa fel încât, pe de o parte, să creeze factori inhibitori necesari în conștiința aceluia care ar încerca să încalce legea, iar pe de altă parte, să întărească sentimentul de securitate la ceilalți, inspirându-le convingerea că legea, Statul îi ocrotește și că nu ar trebui să apeleze la căi nestatale, neoficiale cu scopul de a-și face singuri dreptate. Respectiv, este absolut necesar ca prin aplicarea constrângerii să nu se urmărească scopul lezării drepturilor și libertăților indivizilor, ori cauzării de suferințe fizice sau psihice [40]. Considerăm că doar în asemenea condiții constrângerea juridică va contribui la formarea atitudinii etice a cetățenilor, amplificând disponibilitatea psihologică a acestora pentru respectul legii.

Concluzii. Așadar, esența constrângerii constă în exercitarea unei influențe asupra unui subiect concret, cu scopul de a-l determina să acționeze potrivit voinței celui care constrânge. Din punctul de vedere al formelor externe de exprimare, constrângerea ca fenomen social-juridic presupune un proces de aplicare a dreptului, o activitate juridică concretă de exercitare a măsurilor de constrângere. De

aceea, pentru asigurarea legalității constrângerii este necesară reglementarea juridică și realizarea acesteia sub formă de raport juridic în strictă conformitate cu prevederile legii.

Referințe bibliografice

1. Овсейян Ж. И. *Принуждение как существенный признак государства и права. Ч. 3. Проявления принуждения в признаках и свойствах государства и права.* В журнале: Северо-Кавказский Юридический Вестник, 2005, № 1, с. 49.
2. Макарейко Н. В. *Право и принуждение: к вопросу о взаимосвязи.* В журнале: Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. Серия: Право, 2003, № 2, с. 330.
3. Вершинина С. И. *О теории принуждения в правовой науке.* В журнале: Вектор науки ТГУ, 2009, № 2 (5), с. 25-26.
4. Лановая Г. М. *Принуждение в системе форм правоприменения.* Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва, 2006, с. 14.
5. Лановая Г. М. *Принуждение в системе форм правоприменения.* Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва, 2006, с. 15.
6. Братусь С. Н. *Юридическая ответственность и законность.* Москва: Юридическая литература, 1976, с. 42-43.
7. Братусь С. Н. *Юридическая ответственность и законность.* Москва: Юридическая литература, 1976, с. 54.
8. Овсейян Ж. И. *Принуждение как существенный признак государства и права. Ч. 3. Проявления принуждения в признаках и свойствах государства и права.* В журнале: Северо-Кавказский Юридический Вестник, 2005, № 1, с. 60.
9. Вершинина С. И. *О теории принуждения в правовой науке.* В журнале: Вектор науки ТГУ, 2009, № 2 (5), с. 25.
10. Лейст О. Э. *Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы).* Москва, 1981, с. 13-14.
11. Нохрин Д. Г. *Государственное принуждение в гражданском судопроизводстве.* Москва: Волтерс Клувер, 2009, с. 22.
12. Чиркин В. Е. *Легализация и легитимация государственной власти.* В журнале: Государство и право, 1995, № 8, с. 65.
13. Макарейко Н. В. *Право и принуждение: к вопросу о взаимосвязи.* В журнале: Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. Серия: Право, 2003, № 2, с. 333.
14. Зарицкий А. В. *Место и роль политического принуждения в современной теории правового государства.* В журнале: Государство и право, 2004, № 2, с. 100.
15. Гуцуляк В., Захария Ш. *Правовое принуждение как метод деятельности органов публичного управления в сфере обеспечения правопорядка.* В журнале: Закон и Жизнь, 2008, nr. 4, с. 4.
16. Chetruș U. *În actualitate: garantarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului și cetățeanului în aplicarea măsurilor de constrângere juridică.* In: *Legea și Viața*, 2007, nr. 7, p. 47.
17. Макарейко Н. В. *Право и принуждение: к вопросу о взаимосвязи.* В журнале: Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. Серия: Право, 2003, № 2, с. 334.
18. Макарейко Н. В. *Принципы административного принуждения.* В журнале: Право. История права. Нижний Новгород, 2000, с. 17-20.
19. Кожевников С. Н. *Социальное назначение, структура и формы государственного*



принуждения. Проблемы применения советского права: Сб. ученых трудов Свердловского юрид. ун-та. Свердловск, 1973, с. 129.

20. Вершинина С. И. *О теории принуждения в правовой науке*. В журнале: Вектор науки ТГУ, 2009, № 2 (5), с. 29.

21. Chetruș U. *Rolul aplicării constrîngerii juridice în asigurarea ordinii de drept și a legislației în vigoare*. În: Revista Națională de Drept, 2007, nr. 11, p. 71.

22. Boboș Gh. *Teoria generală a dreptului*. Cluj-Napoca: Dacia Europa Nova, 1996, p. 154.

23. Comean D. *Constrîngerea în drept*. Lugoj: Editura Dacia Europa Nova, 1999, p. 7-8.

24. Серегина В. В. *Государственное принуждение по советскому праву*. Воронеж, 1991, с. 48.

25. Вершинина С. И. *О теории принуждения в правовой науке*. В журнале: Вектор науки ТГУ, 2009, № 2 (5), с. 26.

26. Жумагулов М. И. *О сущности и понятии административно-правового принуждения*. В журнале: Государство и право, 2006, № 10, с. 24.

27. Макарейко Н. В. *Право и принуждение: к вопросу о взаимосвязи*. В журнале: Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. Серия: Право, 2003, № 2, с. 336.

28. Вершинина С. И. *О теории принуждения в правовой науке*. В журнале: Вектор науки ТГУ, 2009, № 2 (5), с. 25-26.

29. Нохрин Д. Г. *Государственное принуждение в гражданском судопроизводстве*. Москва: Волтерс Клувер, 2009, с. 19.

30. Zubco V., Chetruș U. *Reflecții asupra esenței și particularităților constrîngerii juridico-statale*. În: Revista Națională de Drept, 2010, nr. 5-6, p. 62-65.

31. Гуцуляк В. И. *Административное право Республики Молдова. Учебник для юридических вузов и факультетов*. Кишинэу: Ed. Елена-В.И., 2007, с. 248-249.

32. Danilov A. *Constrîngerea ca metodă de dirijare în stat. Clasificarea măsurilor de constrîngere aplicate în domeniul asigurării ordinii de drept*. În: Analele Științifice ale Academiei „Ștefan cel Mare”. Ediția a IV-a, 2003, p. 166.

33. Лановая Г. М. *Принуждение в системе форм правоприменения*. Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва, 2006, с. 15-16.

34. Chetruș U. *Rolul aplicării constrîngerii juridice în asigurarea ordinii de drept și a legislației în vigoare*. În: Revista Națională de Drept, 2007, nr. 11, p. 70.

35. *Теория государства и права*. Под ред. проф. В. М. Корельского и проф. В. Д. Первалова. Москва: НОРМА-ИНФРА, 1998, с. 133.

36. Алексеев Н. Н. *Основы философии права*. СПб., 1999, с. 184.

37. Guțuleac V. *Drept contravențional*. Chișinău: ULIM, 2006, p. 72.

38. Макарейко Н. В. *Право и принуждение: к вопросу о взаимосвязи*. В журнале: Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. Серия: Право, 2003, № 2, с. 331.

39. Chetruș U. *Constituționalizarea și instituționalizarea principiilor de garantare a protecției drepturilor omului la aplicarea constrîngerii juridice în lumina integrării europene*. În: „Probleme actuale ale legislației naționale în contextul procesului integraționist european”, Materiale ale Conferinței internaționale științifico-practice. Chișinău: CEP USM, 2008, p. 56.

40. Берешвили Л. Ш. *Обеспечение прав человека и законности в деятельности правоохранительных органов*. Учебное пособие. Москва, 2000, с. 17-18.

ПРЕДУПРЕЖДЕНИЕ – НЕОТЪЕМЛЕМАЯ СОСТАВЛЯЮЩАЯ СИСТЕМЫ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ВЗЫСКАНИЙ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ УКРАИНЫ

Татьяна КОЛОМОЕЦ,

доктор юридических наук, профессор, декан юридического факультета Запорожского национального университета
Юсуп КУРАЗОВ,
соискатель Запорожского национального университета

SUMMARY

In an article in a systematic way highlights the role and value of the warning as a form of administrative punishment as component of the system of administrative penalties. The emphasis of attention focused on the problems of low efficiency of its resource in the present conditions, the problems of legislative regulation of the reasons for its use, formulated proposals for the existence of the provisions of a modern law on administrative responsibility in preventing the use of the grounds.

Key-words: administrative penalty, legislation, prevention, resource, efficiency.

REZUMAT

În articol, în mod sistematizat, sînt elucidate rolul și importanța avertizării ca tip de sancțiune administrativă, componentă a sistemului de sancțiuni administrative. Accentul se pune pe problemele ineficienței utilizării resurselor avertizării în condițiile actuale, pe problemele reglementării legale a principiilor de aplicare a acestei măsuri. Autorul formulează propuneri privind existența prevederilor în legislația actuală despre răspunderea administrativă în domeniul temeiurilor de aplicare a avertizării.

Cuvinte-cheie: sancțiune administrativă, legislație, avertizare, resursă, eficiență.

Постановка проблемы. В условиях кардинального обновления административно-деликтного законодательства, пересмотра системы субъектов административной ответственности, фактических, процедурных оснований последней, введение институтов уголовных проступков и, соответственно, модификации перечня административных проступков как основания административной ответственности актуальность приобретают проблемные вопросы формирования системы адекватных мер государственного реагирования на совершение соответствующих видов противоправных деяний, пересмотра потенциала каждого вида административного взыскания. Существенная активизация процессов, связанных с разработкой проекта нового отечественного кодифицированного административно-деликтного акта, свидетельствует о фактическом дублировании существующих нормативных положений относительно си-

стемы административных взысканий в целом и отдельных её разновидностей без, к сожалению, учета требований времени относительно модификации их ресурса. Это в полной мере применимо и по отношению к предупреждению как самому «мягкому» виду административного взыскания, роль и значение которого в последнее время недооценивается как в обществе ученых-административистов, обоснованием чего в полной мере может послужить существенное «устарение» нормативных положений, определяющих основы использования ресурса этого вида взыскания, которые были фактически разработаны еще в 80-х годах XX ст. и с незначительными корректировками существуют и до сегодняшнего дня, их несогласованность с реальными условиями правоприменения.

Актуальность темы. Все это способствует постепенному «вытеснению» на практике предупреждения (что подтверждает статистика правонарушений) как реакции государства



на совершение административных правонарушений с незначительной степенью общественной вредности, при общей «позитивной» характеристике лица, совершившего такого рода правонарушение, при наличии обстоятельств, смягчающих административную ответственность, когда необходимо, прежде всего, превентивно-воспитательное реагирование с элементом публичного осуждения совершенного лицом проступка. Именно в таких ситуациях адекватным взысканием является предупреждение – вид воспитательного, превентивного взыскания, ориентированного, прежде всего, на личность самого правонарушителя с опосредованным влиянием на иных лиц с целью профилактики. Игнорирование использования предупреждения в конечном итоге способствует деформированию модели взаимоотношений государства и лица, совершившего вышеупомянутое административное правонарушение, неадекватности реакции государства на совершение противоправного деяния. Все это обуславливает необходимость углубленного исследования ресурса предупреждения как вида административного взыскания для формирования научного базиса перспективного законодательного закрепления основ эффективного использования потенциала этого вида административного взыскания в современных условиях.

В связи с этим, **цель** статьи – в систематизированном виде осветить роль и значение предупреждения как вида административного взыскания, с акцентом на проблемах низкой эффективности использования его ресурса в современных условиях, проблемах законодательного регулирования оснований его применения.

Изложение основного материала исследования. Необходимо отметить, что предупреждение, к сожалению, пристального внимания ученых-административистов в различные исторические периоды не привлекало, что обусловило отсутствие фундаментальных монографических работ соответствующего содержания, и, как следствие, фрагментарное законодательное регулирование оснований использования его ресурса. В основном, в наличии работы, непосредственно посвященные административной ответственности (например, работы В.

Колпакова, Л. Ковалю, Д. Лукьянца, А. Миколенко, А. Комзюка и др. [1]), административным взысканиям в целом (например, труды Н. Хорошак, У. Ляхович, И. Колиушко, С. Гончарука, С. Кивалова, Е. Додина и др. [2]), административно-деликтному производству (например, работы С. Стеценко, О. Кузьменко, Н. Тищенко и др. [3]), в которых предупреждение исследуется фрагментарно, в аспекте более комплексных вопросов. Однако ресурс предупреждения своеобразный, комплексный, его роль и значение в системе административных взысканий уникальны, как и история его развития, специфика законодательного закрепления.

В современном виде предупреждение появилось в законодательстве Украины лишь в 30-40-х годах XX века в связи с принятием целого ряда постановлений ВЦВК и Совмина СССР, до этого известны его прообразы – «общественное осуждение», «общественный выговор», «замечание в присутствии судьи» и т.д. Официальная дефиниция появляется в законодательстве 40-50-х годов и в последующем дублируется в основных кодифицированных административно-деликтных актах. Будучи реакцией на совершение проступков «без намерения», «малозначительных» проступков, предупреждение (сначала вместе с общественными взысканиями публичного характера, а с 70-80-х годов XX в. самостоятельно) определяется как самое «мягкое» административное взыскание (например, работы Л. Ковалю, О. Якубы, И. Голосниченко и т.д.). Уяснение его преимущественно воспитательной, превентивной роли способствовало широкому его применению в период с 80 г. – к. 90-х годов XX в. в условиях «страха обычных граждан перед руководителем», «силой власти» [4] и стабильно низким уровнем благосостояния населения. В то же время кардинальные социально-экономические, политические реформационные процессы с середины 90-х годов XX в. способствовали изменению векторов в использовании ресурса предупреждения.

Устаревшие законодательные основания использования потенциала последнего, изменившиеся реальные условия правоприменения, снижение уровня правосозна-

ния и правовой культуры населения создали предпосылки для снижения эффективности применения предупреждения как вида административного взыскания. На сегодняшний день в наличии многочисленные разнообразные нормативные основания применения предупреждения как вида административного взыскания, противоречивость положений КоАП и других законодательных актов относительно оснований применения предупреждения, субъектов применения, лиц, к которым оно может применяться, устаревшая процедура реального использования его ресурса. Фрагментарная дефиниционная определенность предупреждения (ст. 26 КоАП) способствует упрощенному пониманию его комплексного характера.

Указание только на письменную форму его закрепления, к сожалению, не позволяет выделить его особенности в сравнении с другими видами административного взыскания. В этом аспекте обеспокоенность вызывает результат законопроектной деятельности, а именно дублирование в проекте нового кодифицированного административно-деликтного акта (в наличии несколько вариантов проектов, однако в части формулировки понятия предупреждения их положения идентичны) положений существующего КоАП, это вновь не будет способствовать эффективному использованию ресурса этого вида взыскания.

Вполне целесообразным предлагается заимствование опыта Российской Федерации в дефиниционной определенности предупреждения с акцентом на основания, цели его применения, лиц, применения к которым возможно. Вполне уместным является закрепление в определении предупреждения, как вида основного административного взыскания, что его основанием может послужить совершение физическим или юридическим лицом (унифицировать нормативные положения относительно субъекта административной ответственности) административного проступка незначительной общественной вредности, в т.ч. малозначительного, совершение такого рода проступка впервые, при наличии обстоятельств, смягчающих административную ответственность. Наличие таких обстоятельств в целом дает возможность субъекту



рассмотрения дела выбрать адекватную меру государственного реагирования, ориентируясь, прежде всего, на личность правонарушителя, его перевоспитание и превенцию. Определенность дефиниции определенным образом будет способствовать и прозрачности процедурного аспекта ресурса предупреждения – четкое фиксирование оснований, субъектов применения (судебное и внесудебное применение), оперативность, экономность (минимизация затрат времени, человеческих и материальных ресурсов), публичность процедуры – залог максимально эффективного применения предупреждения как вида административного взыскания.

Выбирая этот вид взыскания, уполномоченное лицо ориентируется, прежде всего, не на наказание правонарушителя (элемент кары минимизирован), а на воспитательное и превентивное влияние на него, при этом превентивный элемент цели предупреждения дополнительно ориентируется и на других лиц (общая превенция). Существенного корректирования требует усиление публичного эффекта процедуры применения предупреждения. В этом аспекте целесообразным представляется направление копии постановления о его применении по месту работы правонарушителя, освещение в СМИ и т.д. «Мягкость, легкость» характера предупреждения, по сравнению с другими видами административных взысканий, обусловлены его личностной ориентацией, отсутствием материального, экономического содержания, психологическим воздействием как на самого правонарушителя, так и на других лиц, в т.ч. потенциальных правонарушителей. Однако, для усиления воспитательно-превентивного эффекта предупреждения, повышение эффективности его применения целесообразным представляется введение института замены одного взыскания другим в случае необходимости, в т.ч. и личностно-материальными, материальными видами административных взысканий. К сожалению, анализ перспективного административно-деликтного законодательства, в т.ч. и кодифицированного, свидетельствует об игнорировании этого вопроса законодателем, а, следовательно, традиционном, устаревшем подходе к предупреждению, что

не способствует эффективности использования его ресурса.

В аспекте адаптации отечественного административно-деликтного законодательства к европейским нормативным стандартам, гармонизации отечественного, в т.ч. отраслевого, подотраслевого, законодательства целесообразным является изучение опыта зарубежных государств в нормативном регулировании этого вопроса (прежде всего, стран-государств ЕС, однако вполне обоснованным является и заимствование опыта других стран), нормативных стандартов ЕС и, с учетом специфики отечественного нормотворчества и правоприменения, формирование единого кодифицированного законодательного базиса для использования ресурса предупреждения как основного вида административного взыскания личностного, воспитательно-превентивного характера. Приемлемым, таким, которое соответствует отечественным нормотворческим традициям, представляется объединение в едином кодифицированном административно-деликтном акте материальных и процедурных норм, единых для всех субъектов административной юрисдикции.

Закрепление в таком акте принципов процедуры, которые согласовываются с европейскими аналогами, в т.ч. относительно обжалования постановления о применении предупреждения как акта публичной администрации, реализации дискреционных полномочий вышеупомянутым субъектом с учетом нормативных положений, содержащих оценочные понятия, дающих основания для реализации административного или судебного усмотрения, является неотъемлемой составляющей законопроектной, а в последующем и законотворческой деятельности в соответствующей сфере, способствующей эффективному использованию ресурса предупреждения как вида административного взыскания. Целесообразным является минимизирование закрепления в законодательстве, определяющем основания для использования ресурса предупреждения, оценочных понятий, дающих основания для субъективного толкования одного и того же факта различными субъектами по-разному. В связи с этим уместным

было бы закрепить понятия «административное взыскание», «малозначительное административное правонарушение», «административное правонарушение с незначительной степенью общественной вредности», определить критерии для признания деяния малозначительным, проступком с незначительной общественной вредностью (для их разграничения, принимая во внимание возможность освобождения от административной ответственности в случае совершения малозначительного деяния), кроме того целесообразно определиться с разграничением предупреждения от смежных понятий, таких как: общественное порицание, осуждение и другие (в научной литературе, к сожалению, еще встречаются случаи ошибочного их отождествления).

Для усиления публичного эффекта принуждения вполне приемлемым представляется законодательное закрепление участия лица, относительно которого оно выбирается как вид административного взыскания, при рассмотрении дела (в случае обычного производства) или на месте рассмотрения и применения (в случае упрощенного производства), с обязательным уведомлением его о правовых последствиях его применения (лицо считается таким, которое привлекалось в течение года с момента применения предупреждения), что также будет способствовать усилению воспитательно-превентивного эффекта предупреждения.

Все вышеперечисленное в комплексе со взвешенной законотворческой политикой в административно-деликтной сфере, повышением уровня правовой культуры населения, активизацией научных отраслевых исследований, в т.ч. относительно ресурса всех административных взысканий, их взаимосвязи (дополнение ресурса каждого вида взыскания, их взаимозаменяемость в случае возникновения обстоятельств, требующих этого), сосредоточением совместных усилий юристов-ученых и юристов-практиков относительно изучения эффективности каждого вида административного взыскания, условий, показателей ее критериев с акцентом на ее целевой, социальный, экономический и психологический аспекты, в конечном итоге позволит реально



оценить, с учетом требований времени, потребностей правоприменения, целесообразность дальнейшего сохранения того или иного взыскания, определить ориентиры использования его ресурса.

Выводы. Относительно предупреждения следует отметить, что своеобразие целевого назначения, оснований и последствий административной ответственности, в качестве реакции на совершение административных правонарушений с незначительной степенью общественной вредности, при наличии обстоятельств, смягчающих ответственность лица, которое в целом позитивно характеризуется, должно существовать взыскание с мощным воспитательно-превентивным характером, публичным эффектом. Таким взысканием, в случае модификации законодательных оснований, вполне может быть предупреждение, ресурс которого будет приведен в соответствие с требованиями реального правоприменения как адекватный вид государственной реакции на совершение определенной совокупности административных правонарушений, тем самым обеспечив эффективность существования предупреждения как вида современного административного взыскания.

Список использованной литературы:

1. Коваль Л.В. *Відповідальність за адміністративні правопорушення*. К.: Вища школа, 1975, с. 70-73; Колпаков В.К. *Адміністративна відповідальність (адміністративно-деліктне право)*: навч. посібн. К.: Юрінком Інтер, 2008, с. 99-101; Лук'янець Д.М. *Адміністративно-деліктні відносини в Україні: теорія та практика правового регулювання*: монографія. Суми: ВТД «Університетська книга», 2006, с. 247-248; Комзюк А.Т. *Заходи адміністративного примусу в правоохоронній діяльності міліції: поняття, види та організаційно-правові питання реалізації*: монографія Харків: Видво Нац. ун-ту внутр. справ, 2002, 336 с.
2. Хорошак Н.В. *Адміністративні стягнення за законодавством України*: монографія. К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корещького НАН України, 2004, с. 65-66; Гончарук С.Т. *Адміністративні стягнення (в запитаннях і відповідях)*: навч. посібн. К.: КМУЦА, 1998, с. 4-5.
3. Стеценко С.Г. *Адміністративне право України*: навч. посібн. К.: Атіка, 2009, с. 239-260; Кузьменко О.В. *Курс адміністративного процесу*: навч. посібн. К.: Юрінком Інтер, 2012, с. 139-176.
4. Кирич А.В. *Адміністративно-деліктне право (теорія і законодавельні основи)*: монографія. М.: Норма, ИНФРА-М, 2012, с. 60-68.

SOCIAL NATURE OF CRIMINALIZATION OF OFFENCES AGAINST THE AUTHORITY OF LOCAL GOVERNMENT BODIES OF UKRAINE

Olena DONCHENKO,

Associate Professor of General Legal Disciplines and International Law of Department of Economics and Law of Odessa I.I. Mechnikov National University

SUMMARY

The paper analyzes the social nature and factors of criminalizing of offences against the authority of local government bodies.

Key-words: criminalization, the authority of local government bodies, social conditioning, historical, criminological, legal, international, social and psychological factors.

REZUMAT

În articol este caracterizat obiectul și factorii infracțiunilor împotriva autorității organelor de autoadministrare locală din Ucraina.

Cuvinte-cheie: criminalizare, organe de autoadministrare locală, condiții sociale, istoric, criminologic, legal, internațional, factori sociali și psihologici.

Problem statement. The social conditioning is determined by the availability of conditions of criminalization of certain socially dangerous acts. Exactly upon the availability of such conditions it is possible to state the reasonableness and social necessity of penal prohibition of the corresponding act. Generally, the determination of grounds and limits of the criminalization is one of the most important and disputable matter in the science of the criminal law. But it is uncontroversial that scientifically reasonable and consciously applied general rules and criteria of an assessment of validity of the criminal new law are the principles of criminalization called to provide efficiency and social conditioning of criminal legal rules [1, p. 208]. Therefore, to set up a correspondence of every criminal legal rule to the needs of the society is of considerable importance.

Relevance. The determination of the conditions of criminal responsibility for offences against the authority of local government bodies is of great importance in view of the fact that in the native criminal legal history we can observe numerous unequal attitudes of a legislator to the criminal legal protection of the authority of local government bodies.

The social conditioning and efficiency of criminal legislation, its rules and institutes represent a wide problem that can be studied from different sides, in different aspects, and directions. But its principle direction, aspect is a disclosure and study of factors that influence the creation of rules and institutes

of criminal legislation and its efficiency [2, p. 67].

There are different points of view regarding the general conditions of the criminalization in the theory of criminal law. In general, in this direction the scientific inquiry of scholars is very successful and the modern science of criminal law due to the researches of V. K. Gryshchuk, G.A. Zlobin, A. I. Korobiev, V. M. Kudryavtsev, N.F. Kuznetsova, A. M. Yakovlev etc. is armed with sufficiently large set of factors, rules, and principles of assessment of act social danger level and reasons to refer it to penal acts [3, p. 76; 4, p. 75; 5, p. 1]. The modern scholars in their researches use different set of factors that determine establishment of criminal responsibility for any acts.

First of all, among the scholars there is no agreement of opinion concerning the name of these conditions. Some call them grounds [5, p. 62], others – principles [4, p. 71], third – criteria [6, p. 60; 7, p. 101-103], fourth – factors [8, p. 57]. The great majority of the scholars call them conditions. Besides the name the content of those conditions that are suggested by various scholars is different as well.

The objective of the study is to analyze principle factors that influence criminalization of offences against the authority of local government bodies. It should be noted that the conditions of criminalization of certain acts regarding the offences against the authority of local government bodies correspond to the general-theoretical conditions of the criminalization of socially dangerous acts. At the same time



they have certain peculiarities. That is, in fact, these conditions correlate as generic and specific or as general and individual. In these specific conditions the certain provisions of the general conditions will prevail, and the individual conditions will stand out less.

Presentation of basic data of the study. Considering a question of social conditioning of criminalization of offences against the authority of local government bodies, first of all, it seems necessary to determine a system of factors of establishment of penal prohibition or, according to A.I. Korobieiev, of criminalization of act, that is a process of identification of socially dangerous forms of individual behavior, acknowledgment of validity, possibility and appropriateness of criminal legal control over it [9, p. 29].

One of the first attempts to determine criteria of establishment of criminal responsibility was made by P.A. Fefelov. He distinguished two criteria: of increased social danger of act and availability of necessary conditions for implementation of principle of unavoidability of punishment [7, p. 101-105]. In order for a decision to be adopted on establishment of criminal responsibility for a particular act, P.A. Fefelov suggested to clarify approximately the following questions: what causes an increased level of social danger of this violation; what kind of popularity it has; how it has been controlled prior the moment the criminal responsibility was established and why it was not efficient; what is the ration between this crime and legal consciousness that is, if the public opinion from the point of view of ratio between methods of persuasion and enforcement is ready for the struggle against these violation to be held by means of measures of criminal and legal enforcement; what consequences there will be, if this criminal legal rule is established. Can it be implemented?

Other scholars define in their researches more various factors of criminalization of one or another act. For example, V. I. Osadchyy distinguishes criminological, regulatory, international, and historical factors of social conditioning of criminal law protection of law enforcement activities [8, p. 72-73].

As is seen from above, the criminalization of various anti-social acts defines different sets of factors of criminalization. The narrowness of the research doesn't enable us to justify the eligibility of establishment of responsibility for crime against the authority of local government bodies from the perspective of all factors known to science, and therefore, we consider it rational to be limited

to the analysis of historical, social and psychological, regulatory, criminological and international factors.

1. *Historical factors* define the genesis and tendencies of development of the legislation on criminal responsibility for offences against the authority of local government bodies.

History of the criminal law protection of representatives of local government bodies begins on the times of Kievan Russia. In the law instruction sheet of that time *Ruska Pravda* there was entrenched a responsibility for offences against the representatives of local government bodies of princely era [10, p. 40-82]. From the middle of the XIV century along with the inclusion of Ukrainian lands into the Grand Duchy of Lithuania the local government in the cities developed in the form of community (*viytivstvo*) and obtained protection by the criminal law rules fixed in the Lithuanian charters 1529, 1566, 1688 [10, p. 112-144].

Following the execution of the agreement between Ukraine and Muscovy in 1654 the development of the local government was defined by the development of the Russian government. In the first half of the XVIII century Russia turned into the Empire that was accompanied by the considerable changes in the system of its authorities and local government bodies. Criminal legal protection of local government bodies was carried out by means of codified sources of that time – Codes about punishments criminal and corrective [11] and the Criminal code [12].

In the period of formation of Ukrainian State of 1917-1921 the provision was made for creation of local government bodies at the level of communities, districts (*volost*), settlements, the cities, districts, and other units. These bodies were invested with broad powers including to issue binding decrees and circular orders that were aimed at the ensuring of their usual activity by criminal legal means [13, p. 25].

The Soviet government did not acknowledge a local government, so there were no specific rules in the criminal codes of the Soviet period on criminal responsibility for offences against the authority of local government bodies [14]. Partially, such relationships were protected at a level of relations in the field of management.

Unfortunately, this trend existed during the formation of the Criminal Code of Ukraine in 2001. The regeneration of local government in Ukraine is encouraged by another attempt to increase the role of councils as local body of state authority by improving their

structure. The criminal law shall not stand aside this problem and shall focus its efforts on appropriate criminal legal protection of the authority of local government bodies by means of the provision in the Criminal Code of particular criminal legal rules that will protect life, health, property of the representatives of such bodies and provide them with the proper conditions for their activities. All together the mentioned above determines the historical factor of social conditioning of protection of the authority of local government bodies by criminal legal measures.

2. *Criminological factors* determine a danger of offences against the authority of local government bodies, and the popularity of such acts. These factors include several conditions of criminalization of acts – social danger of act and its relative popularity. Let us consider each of these conditions.

A) The modern scholars qualify the presence of social danger act that requires penal prohibition as the main basis of criminalization [15, p. 95].

Social danger as a material sign of offence consists in that the act either causes harm or relations that are protected by the law on criminal liability, or includes real possibility of causing such damage. This is an objective property of an offence, a real violation of relations existing in society.

To disclose of the content of social danger means to analyze its qualitative and quantitative characteristics. The quantitative characteristic is a level of social danger, and the qualitative one is a nature of social danger. The criterion of determination of social danger nature is, first of all, importance, significance of an object that is offended by a criminal act; the nature of social danger, in its turn, depends on the nature and extent of the caused damage. Thus, the nature of social danger is determined by the sphere of social life and relations procedure that is offended by a crime.

The level of social danger is determined by the severity of consequences or, in other words, by the extent of caused damage that depends on the form, guilt, motive, goal for committing criminal act, place, situation of its committing, and other subjective and objective elements of a crime. The sanction that is set by a legislator is considered by legal expression of the level of social danger of peculiar kind of crimes.

The social danger of offences against the authority of local government bodies is largely defined by the nature and importance of public relations that are the main and additional direct object of crime.



B) The further condition is a relative popularity of act. It includes not only number and place in the structure of criminality of strictly criminal offences against the authority of local government bodies. Relative popularity of acts related to the violation of the authority of local government bodies includes common social peculiarities of observance of rights and human liberties and a citizen in Ukraine, life, health, honor, and human dignity, property.

As mentioned above, there is a provision in the legislation for criminal responsibility for „encroachment of state or public buildings and constructions” (Article 341 of the Criminal Code of Ukraine), „resistance to representative of authority when he is on duty” (Article 342 of the Criminal Code of Ukraine), „capture of a person as a hostage or holding of a person as a hostage” (Article 349 of the Criminal Code of Ukraine), „threat of homicide, causing bodily harm or destruction or property damage in generally danger way in relation to official or his relatives or in relation to citizen who carries out his public duty; bodily blows or causing trivial injury, moderately severe bodily harm or great bodily harm to official or in relation to citizen who carries out his public duty in connection with the official or public activities as well as for the committing of such acts in relation to their relatives” (Article 350 of the Criminal Code of Ukraine), „failure to fulfill legal requirements of local counselor, delaying actions in their work, submission of misleading information to them” (Article 351 of the Criminal Code of Ukraine) and „destruction and damage of property” (Article 352 of the Criminal Code of Ukraine), but people are not almost convicted under these articles, largely, because these articles are imperfect and do not cover in full all cases of violation of the authority of local government bodies.

Therefore, due to the mentioned above, we can understand the significant popularity of violations the authority of local government bodies in Ukraine. These violations have both criminal and non-criminal nature differing by causing of damage to property, to health, human life. For that reason, there is a conditioning of criminal legal protection of the authority of local government bodies and there appears a necessity of criminalization of some new offences against the authority of local government bodies in Ukraine, like of offences against the honor and dignity of representative of local government bodies.

In this case, it is necessary to proceed on the basis that the popularity of

act is a relative concept. Its quantitative indicators can vary depending on many factors, and, primarily, on the type of offence.

The need for the existence of criminal protection of the authority of local government bodies is determined by the modern crime rate in Ukraine (or a level of popularity of social undesirable acts). If we start to analyze the crime rates in the sphere of protection of the authority of local government bodies, we will see that this kind of crimes takes the lowest place in the common structure of crimes and has insignificant percentage. However, we can observe a rather low number of registered crimes investigated [16, p. 18-22], the level of its social danger is very significant due to the fact that, as a rule, a great number of people take part in such acts, such acts are connected with additional sphere of property, violation of relations in the sphere of property, violence to life and health, violation of public order etc. Therefore, the need for the existence of criminal legal protection of freedom of religion is determined by the criminal factor, as well.

3. *Regulatory factors* reflect the conditioning of criminal legal protection of the authority of local government bodies by constitutional regulations and other laws.

These regulations are contained in over 20 Articles of the Constitution of Ukraine and they can be systematized in the groups as follows:

1. Regulations in which the principles of constitutional system, democracy, equality of all forms of property are entrenched, local government is guaranteed.

2. Regulations that regulate activity of local government on ensuring of rights and freedoms of a citizen, in particular:

3. Regulations that entrench legal, organizational, material, and financial principles of local government, they, in particular, concern:

4. Regulations in which the legal guarantees of local government are entrenched.

Along with the Constitution of Ukraine the laws of Ukraine, decrees of the President of Ukraine and the Cabinet of Ministers of Ukraine, the local government bodies' decisions and acts adopted by local referendums make up the system of regulatory legal acts governing the organization and functioning of local government in Ukraine.

The provision concerning the need of protection of the authority of local government bodies is entrenched in the corresponding modern regulatory legal acts. Among such acts a specific

place is held by the Law of Ukraine “About local government in Ukraine” dated May 2, 1997 [17] that, in fact, is a “framework” law on these questions. Exactly, under this law other laws shall be developed and passed that regulate particular questions of functioning of local government, for example, laws of Ukraine “About duty in local government bodies” [18], “About bodies of self-organization of individuals” [19], “About Ukrainian-wide and local referendum” [20] etc.

The mentioned above gives grounds to make a conclusion that the protection of the authority of local government bodies is not a temporary phenomenon, and it is the long and systematic process that is based both on the activity of subjects of law-enforcement authorities and on the activity of all members of civil society.

Therefore, the analysis of the above listed regulatory legal acts gives grounds to draw a conclusion that their target is not only protection of the highest human social values, but also protection of the authority of local government bodies. As we can see, protection of the authority of local government bodies is determined by the regulatory factor.

4. *International factors* show practice of solving of criminal legal protection of the authority of local government bodies by the rules of international law and legislation of foreign countries. The independent role in the social conditioning of the criminal legal protection of the authority of local government bodies plays an international factor. Thus, the need of protection the authority of local government bodies is internationally fixed in the European Charter of Local Government [21]. A special role in the proper protection of local government plays Ukraine's desire to follow the path of European integration and the need to reform local government. Certainly, this involves not only change and improvement of the duties and requirements that will refer to local government officials, but also the relevant legal framework and protection.

According to Article 11 of the European Charter of Local Government, local governments bodies have the right to use means of legal defense to ensure the free exercise of their powers and respect for such principles of local government that are entrenched in the Constitution or national legislation.

The criminalization of offences against the authority of local government bodies is also determined by the international legal experience of the need and allowability of such criminalization. The analysis of the foreign



legislation is testimony to the fact that social danger offences against the authority of local government bodies are defined as crimes and involve criminal responsibility. Such responsibility is established either in criminal codes or by particular laws.

As a result, of comparison of the criminal laws of Ukraine providing for offences against the authority of local government bodies to relevant provisions of the criminal laws of other European countries, we can say that, in general, there is a unified approach to the definition of criminal offences against the authority of local government bodies. They are entrenched in the Criminal Code of Ukraine kinds of offences as encroachment of state or public buildings and constructions, resistance to representative of authority when he is on duty, threat of homicide, causing of bodily injuries or destruction and damage of property in regard to officials or his relatives, failure to fulfill legal requirements of local counselor, delaying actions, submission of misleading information to them are present in the criminal legislation of almost every European country. This shows the consistency of Ukrainian criminal legislation with European one concerning this issue.

Besides, it should be noted that according to Article 3 of the Criminal Code of Ukraine, the provision of the law on criminal responsibility is based on the Constitution of Ukraine and on the generally recognized principles and rules of international law. That is the law of criminal responsibility shall correspond to the provisions that are contained in the international treaties the Verkhovna Rada of Ukraine gave its consent to. Consequently, the need to perform duties under the ratified international treaties gave occasion to the condition for the criminalization of offences against the authority of local government bodies.

5. *Social and psychological factors* show a need of criminal legal protection of the authority of local government bodies as a method for stabilization of peace in society. These factors include several conditions of the criminalization of acts, more specifically, proportionality of positive and negative effects of criminalization and criminal political adequacy of criminalization. Let us consider these conditions.

A) The principle of proportionality positive and negative effects of the criminalization means that the positive results of use of act of criminal law prevail over those negative social effects that obligatory come from the criminalization of particular acts [12, p.

220-224]. The criminalization involves certain negative effects like deterioration of state of family members of such person etc. And that is why the criminal responsibility shall be applied as a last method, when other measures of influence are ineffective or inadequate: When an act is characterized by such a level of social danger that determines the need of criminal legal prohibition of its committing. Failure to observe the latter can lead to the unreasonable criminalization when a crime is determined as an act that is not characterized by sufficient nature and degree of hazard for criminalization, besides, the use as an argument of inefficiency of current legal measures of relevant problem solving [22, p. 94].

Criminalizing offences against the authority of local government bodies, a legislator certainly establishes certain negative effects on the criminal legal rule, for example, property restrictions for a guilty and his family, various restrictions of personal freedom. But together with this, despite the negative effects of criminalization, we should acknowledge that offences against the authority of local government bodies cause considerable damage in various spheres of social life and society needs proper protection against such offences. And this need is socially conditioned. Social benefit of criminal legal protection against the offences against the authority of local government bodies undoubtedly prevails over the negative effects of criminalization of such acts.

B) The next condition of criminalization is its criminal and political adequacy. It is safe to say, the violation against the authority of local government bodies as a phenomenon is mainly negatively perceived by society. Taking into account this fact, scarcely, anyone would like to be restricted in the right to occupy a certain position in local government bodies or, on the contrary, to suffer damage to health or property in connection with discharge of such functions. Consequently, criminal legal prohibition for violation against the authority of local government bodies completely corresponds to social consciousness and public opinion.

Therefore, the criminalization of offences against the authority of local government bodies also corresponds to principal trends of policy of a country. In accordance with the administrative reform in Ukraine, government bodies are vested and will be vested with more powers. Of course, it may lead to a certain abuse on the part of representatives of these bodies, but, for sure, it will lead to the increase of

offences against the representatives of local government bodies with relation to the discharge of their duties. Therefore, the problem of criminal responsibility for offences against the activity of the representatives of local government bodies and adequate protection of the representatives of such bodies requires an immediate solution. The state wants to protect its representatives against the negative effects that can cause harm to health, life, property in connection with the discharge of duties. Exactly for the elimination of such negative effects we need criminal and legal influence of the state and exactly in this direction we need to develop policy concerning the criminalization of offences against the authority of local government bodies.

Therefore, basing on the theoretical researches of grounds of criminalization, the social conditioning of criminalization of acts offending against the authority of local government bodies is determined by a number of circumstances:

- the first, the presence of historical background – historical factors;
- the second, large popularity of offences against the authority of local government bodies in society in these latter days – criminal factors;
- the third, the need to provide and regulate such relations in a country by means of legal rules entrenched in the Ukrainian legal acts that, in return, are the guarantee of protection of the authority of local government bodies in a country, in general – regulatory factors;
- the fourth, the need to protect the authority of local government bodies that is entrenched in the international legal acts ratified by Ukraine having undertaken an obligation to follow them – international factors;
- the fifth, the introduction of penal prohibition against acts offending the authority of local government bodies is determined also by its high level of social danger that is explained by the importance and significance of an object of criminal and legal protection and by the nature and size of damage that may be caused to social relations, proportionality of positive and negative effects of criminalization and criminal and political adequacy – social and psychological factor.

Bibliographic references

1. *Grounds of penal prohibition: Criminalization and decriminalization*. [V. N. Kudryavtsev, P. S. Dageļ, G. A. Zlobin and others; // executive editors V. N. Kudryavtsev, A. M. Yakovlev]. M.: Nauka, 1982, 303 p.
2. Orekhov V. V. *About sociological researches in criminal law*. In: Vestnik LGU, 1991, Ser. 6, Edition 1 (№ 6), p. 65-68.



3. Kuznetsova N. F. *Social dependence of criminal law and scientific provision of creation of regulatory acts*. N. F. Kuznetsova, G. A. Zlobin. In: *Soviet state and law*, 1976, № 8, p. 76-83.

4. Zlobin G. A. *Grounds and principles of penal prohibition*. In: *Soviet state and law*, 1980, № 1, p. 70-76.

5. Grischuk V. K. *Problems of codification of criminal legislation*. Lvov: University of Lvov, 1993, 137 p.

6. Belyaev N. A. *Criminal and law policy and ways of its implementation*. Leningrad: Publishing House of University of Leningrad, 1986, 176 p.

7. Fefelov P. A. *Criteria of establishment of criminal penalty for actions*. In: *Soviet state and law*, 1970, № 11, p. 101-103.

8. Osadchyy V. I. *Criminal and law protection of law enforcement activities: Monographic*. K.: Atika, 2004, 336 p.

9. Korobiev A. I. *Criminal penalty of socially-dangerous acts (basics of establishment, nature and implementation in activity of law enforcement agencies): [Teaching aid]*. Khabarovsk: USSR Ministry of the Interior's High grade school of Khabarovsk, 1986, 80 p.

10. *Reading book of state and law history of Ukraine*. Teaching aid for higher educational establishments in 2 volumes, V.1. K.: Publishing House «In Yure», 1997, 576 p.

11. *Criminal code for of criminal penalties and corrections*. Code of Russian Imperia. V. 15, Sankt-Petersburg, 1912, 373 p.

12. *Criminal code*. Code of Russian Imperia. V. 15, Sankt-Petersburg, 1909, 148 p.

13. Kisilyuk E. M. *Criminal legislation during formation of Ukrainian state (1917-1921 pp.)*: Monography. Publishing House of European University, 2011, 232 p.

14. See.: *Criminal Code of USSR from 1922*. In book: *Fighting with criminality in USSR*. V. 1, K., 1966, p. 450-480; *Criminal Code of USSR 1927*. In book: *Fighting with criminality in USSR*. V. 2, K., 1967, p. 311-369; *Ukrainian SSR. Laws and directives. Criminal Code of Ukrainian SSR*: Accepted at 28.12.1960, K.: Goskomizdat, 1961, 134 p.

15. Gotin O. *Basics of actions` criminalization*. In: *Ukrainian Right*, 2005, № 2, p. 95-98.

16. *Criminality in Ukraine. Basic factors of state and structure of criminality during 2008-2011 years*: [articles. col.]. K., VPC of Ministry of Internal Affairs of Ukraine, 2011, 201 p.

17. *For the local government in Ukraine* [Text]: Law of Ukraine: as of 15 of February 2008. Supreme Soviet of Ukraine. Official edition. K.: Parliament publishing, 2008, 72 p.

18. *For the service arm in local government bodies* [Text]: Law of Ukraine: as of 21st of February 2011. Supreme Soviet of Ukraine. Official edition. K.: Parliament publishing, 2011, 20 p.

19. *For the bodies of self-organization of population* [Text]: Law of Ukraine Supreme Soviet of Ukraine. Official edition. K.: Parliament publishing, 2009, 28 p.

20. *For the All-Ukrainian and local referendums* [Text]: Law of Ukraine: active legislation amended and revised as of 1st of November 2008: corr. off. text. K.: Publishing House PALIVODA A. V., 2008, 27 p.

21. *European Charter of Local Self-Government as of 15 of October 1985* [Electronic resource]. Mode of access to the Charter: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_036

22. Melnik M. *Criminalization by mistake: types, reasons and results*. In: *Enterprising, law and economy*, 2004, № 5, p. 94-99.

PECULIARITIES OF DETERMINATION OF THE FEATURES OF OBJECTIVE ASPECTS OF CRIME „IMPROPER PERFORMANCE OF PROFESSIONAL DUTIES WHICH CAUSED INFECTION WITH HUMAN IMMUNODEFICIENCY VIRUS OR ANY OTHER INCURABLE DISEASE”

Oksana GRYN,

Associate Professor of General Legal Disciplines and International Law of Odessa I. I. Mechnykov National University

SUMMARY

This paper analyzes the objective of establishing evidence of crime “improper performance of professional duties, which resulted in infection with human immunodeficiency virus or other incurable disease.”

Key-words: act, omission, professional duty, improper performance of professional duties, infection with HIV or any other incurable disease, the causal relationship.

REZUMAT

În articol sînt analizate problemele caracteristicii de drept a victimei infracțiunii „Executarea necorespunzătoare a atribuțiilor de serviciu care au dus la infectarea cu virusul imunodeficienței umane (HIV) sau cu altă maladie incurabilă”.

Cuvinte-cheie: victimă, virusul imunodeficienței umane (HIV), altă maladie infecțioasă incurabilă, periculoasă pentru viața omului, compensarea pagubei.

Problem statement. The objective need of current practices of prevention of crimes in the sphere of the professional activity of medical workers associated with causing specific kinds of personal injuries causes the necessity of a detailed study of such elements, their qualifying features, criteria, distinguishing them from other elements of crimes from the perspective of current conditions and scientific achievements. At that it should be noted that the problems of criminal responsibility for improper performance of professional duties, which caused infection with HIV or any other incurable contagious disease have not yet been profoundly studied.

Relevance. Based on the content of disposition of legal rule of part 1, Article 131 of the Criminal Code of Ukraine, the objective aspect of this crime lies in improper performance of professional duties by the medical, pharmaceutical or other workers resulted from negligent or careless attitude to such duties, which caused infection of a person with HIV or any other incurable contagious disease, being dangerous for human's life. To ensure proper understanding of the crime's disposition, determined by legislator, first of all it is necessary to study the content of the definitions according to each separate element

of conceptual framework, used in the criminal law for statement of objective aspect of crime.

Issues connected with the characteristic of the features of objective aspects of the examined crime were not shown in separate scientific works. However, some features were studied and revealed in the works of P.P. Andrushko, M.I. Bazhanov, O.F. Bantyshev, V.O. Glushkov, O.O. Dudorov, M.Y. Korzhansky, V.V. Stashys, O.Y. Svetlova.

In particular, the definition of improper performance of professional duties was shown in detail in the scientific literature. For example, P.P. Andrushko gives the following definition of improper performance of professional duties – it's either inaction of the person, when he/she doesn't perform the actions, being within his/her professional duties at all or performs such actions not in their full scope or not observing the rules, governing such actions [1, p. 324]. M. Y. Korzhansky understood improper performance of professional duties as their negligent or careless performance [2, p. 171-172]. O.F. Bantyshev, V.O. Glushkov define improper performance of professional duties as their careless, that is negligent performance or even person's direct omission concerning performance of his/her professional duties [3, p. 68].



O.O. Dudorov states that improper performance of professional duties means that a medical or pharmaceutical worker does not make the actions, which he/she was obliged to make in connection with performance of his/her work, at that he mentions: improper performance of professional duties takes place if a medical or pharmaceutical worker performs his duties not in full scope, carelessly, inattentively, not as required for the interests of his professional activity [4, p. 302].

In this context, V.O. Glushkov specifies that criminally negligent breach of professional duties by a medical worker is a careless socially dangerous act, combined with violation of the rules of legal and (or) deontological nature (content) in provision of medical aid, which causes serious consequences for the patient [5, p. 6, 91, 97].

So as we can see, the interpretations of the notion of "improper performance of professional duties" given by the leading scientists, don't have significant differences in their content, and clearly reflect the essence of the term. Under such conditions it is not necessary to give the author's own definition.

The case is somewhat more complicated with the definition of the derivative notion of professional duties. In particular, domestic specialized scientific and scientific practical publications dive neither the definition of professional duty nor the definition of duty [4, p. 284; 7, p. 215].

Thus, the **objective of our study** is to determine the peculiarities of definition of the features of objective aspect of the crime provided by the Article 131 of the Criminal Code of Ukraine "Improper performance of professional duties which caused infection of a person with HIV or any other incurable disease" on the grounds of different scientific approaches

Presentation of basic data of the study. Considering the issue of analysis of the features of objective aspects of the crime provided by the Article 131 of the Criminal Code of Ukraine, first of all, we should mention the comment of V.O. Glushkov, who underlines that professional duties of medical workers are much wider than their work duties, but the law provides for responsibility only if the professional duties were performed in connection with work [5, p. 136].

Thus, on the basis of the above mentioned, and considering specific features of corresponding rules of criminal law, in our opinion it seems necessary to suggest author's definition of the no-

tion of professional duties of medical, pharmaceutical and other workers.

We believe that in the context of the rules of Article 131 of the Criminal Code of Ukraine, *the professional duties of medical, pharmaceutical and other workers should be understood as a directly defined in the relevant regulatory acts general sequential procedure (algorithm) of obligatory professional actions, conditioned by specific circumstances, which ensure proper, individually or (and) socially useful and safe performance of legal activity, involving potential or actual, direct or indirect contact with biological materials of human or animal and their derivatives.*

A textbook on medical jurisprudence prepared by leading national medicolegists divides improper performance of professional duties by a medical worker into the following forms: reckless, careless patient interviewing, identifying his history, an inattentive examination of patient, leading to wrong diagnosis of the disease misdiagnosis and improper treatment with severe consequences [8, p. 620].

It is worth mentioning that it is hardly possible to agree with this definition of honorable medical scientists, because in this case they identify professional duties of medical worker only with the professional duties of the physician, while this category also includes medical assistants, medical nurses and birth attendants.

V.A. Kolesnyk understands improper performance of duties by a medical worker as: insufficient examination of the patient, nonperformance of special diagnostic tests, incorrect or untimely prescription of medicaments, unacceptable substitute of one medicament with another, violation of sequential scheme of their prescription, wrong way of administration of medicaments, delayed hospitalization, negligent preparation for the operation, etc. [9, p. 90].

At the same time, in the context of the rule of Article 131 of the Criminal Code of Ukraine special monographic legal literature states that improper performance of professional duties can have different forms in practice: violation of the rules of aseptics and antisepsis, hospitalization, transportation of patients, nonperformance or improper performance of obligatory laboratory tests, violation of the procedure of informing the relevant authorities of detected cases of infection etc. [3, p. 68].

So, in general, accepting the above-mentioned definitions examining the content of the objective aspect of the elements of crime provided by the rules

of Article 131 of the Criminal Code of Ukraine, we consider it appropriate to analyze the improper performance of professional duties by the medical workers directly in the context of potential sources of infection and specific ways of transmission of HIV-infection or other incurable infectious diseases which are dangerous to human life.

However, as it is indicated in the medical sources, any infectious process includes three obligatory basic components: the source of infectious agents, the way of transmission and the sensibility of the organism to this agent, at that, in case of absence of at least one chain of this infection process the disease is impossible [10, p. 21].

Regarding the source of infection, the medical sources resolve the issue enough explicitly and clearly. The source of infection – is a contaminated person or animal, whose body is a natural habitat and environment accumulating pathogenic microorganisms, from where they can access the body of another person and infect it [11, p. 215].

Thus, in the context of the rule of Article 131 of the Criminal Code of Ukraine, *the source of infection is a person or an animal, infected with human immunodeficiency virus or with agent of any other incurable contagious disease, which is dangerous to human life.*

Specialized medical sources determine three ways of AIDS infection transmission: interlabial, perenteral and from mother to the child [12, p. 23-26].

In this case the interlabial way of transmission of AIDS, on condition of legislative prohibition of prostitution in Ukraine, can scarcely be connected with undue performance of professional duties by medical, pharmaceutical or any other workers.

The only possible case that, besides, is peculiar for other ways of transmission of infection is undue performance of examinations by medical worker and of laboratory diagnostics of a person for discovering of infection fact, in particular. Under those conditions the unfair negative conclusion can be made as for person about carrying of causative agent and therefore, in fact, the infected person fraternizing with no protection can be real source of infection for his/her intercourse partner. However, it is should be mentioned that in case of so-called „antibody-negative window”, when the fact of infection contamination could not be discovered because of still low concentration of causative agent in human body, there are no any responsibility.



In such cases, when we deal with so-called medical malpractice, i.e. mistake of physician during performance of his/her professional duties that does not contain the component elements of a crime or signs of guilty, or accident, i.e. unfavorable result of treatment of patient in accordance with result of random coincidence of circumstances and objective impossibility of forecasting of medical staff's actions consequences in the absence of negligence or medical malpractice from their part.

However, the hazard having highest priority exactly in the context of performing of professional activity concerned the contact and recirculation of biological substances is just the perenteral way (through the blood and other biological fluids) of transmission of above mentioned causative agents.

In the context of perenteral transmission of causative agents for infectious diseases together with implementation of infected drugs of blood, the specialized medical sources determine such factors as violation of medical tools, accessories, and devices bacterial purification and disinfection order, non-observance by staff of aseptics, anti-septics, personal hygiene rules, order of cleaning and disinfection.

Body susceptibility in the context of implementation of the rules of Article 131 of the Criminal Code of Ukraine, in our opinion, should also be considered in the context of perenteral way of inoculation, because as specified in the specialized medical sources the newborns belong to the contingent of increased risk, mostly those who are castling children, patients who have surgical aggression, undergo treating, and diagnostic procedures (injections, incubations, endoscopy, catheterization, taking samples of blood) [13, p. 285]. So, in comparison with other cases exactly this category of patients shall be potentially covered by additional care of medical staff.

In the context of the third way of transmission of AIDS – from mother to child, then in practical aspect, in fact, we can speak mostly about cases of undue examination to determine the fact of discovering of infection and, probably, about ignorance of direct instructions as for implementation of certain medicinal drugs and limitations (prohibition of breastfeeding etc.). At the same time the incrimination of just like these violations from the part of medical staff in context of rules of Article 131 of the Criminal Code of Ukraine is more than problematic because of the absence of real opportunity for determination of casual relation between fact of undue

performance of his duties by guilty and inoculation of a child from his/her infected biological mother.

The fact is that the situation with determination of casual relation is complicated by the absence of objective, even on condition of observance of all standards and rules and implementation of all reasonable preventive measures (highly active antiretroviral therapy, ceariv, rozitin etc.) the impossibility of child inoculation cannot be provided. The means that are at disposal of medical staff allow just partially to reduce possibility of inoculation, at this, only 25-30% of newborn are inoculated from non-treated mothers by AIDS [14, p. 70]. Therefore, under the practical application of the rules of such conditions a doubt appears reasonably in key question for determination of casual relation: if exactly the undue actions of medical staff caused the inoculation of a child by AIDS; if the latter could be infected with high degree of possibility by causative agent of this disease on any conditions, i.e. independently of any measures being taken by medical staff? There is no unambiguous answer for this question priori. Consequently, according to sacred principle of criminal process, "all doubts are considered in behalf of accused" and incrimination of rules of Article 131 of the Criminal Code of Ukraine is actually impossible to the guilty person.

Mandatory element of objective side of formal element of a definition of a crime provided by part 1, Article 131 of the Criminal Code of Ukraine is an occurrence of socially dangerous consequences of undue performance of duties by medical, pharmaceutical or any other workers in form of inoculation of other person by immunodeficiency-associated virus from human or by other inextirpable infectious disease.

It should be mentioned here that the determination of result in context of material composition of the rule of the part 1, Article 131 of the Criminal Code of Ukraine as same as of the rule of the part 2, the same Article, is facilitated by a legislator because of its direct determination as "making inoculation for other person by immunodeficiency-associated virus of human or by other inextirpable infectious disease which is dangerous for human life".

We should undoubtedly accept the conclusion that a crime is considered to be completed starting from the moment of actual occurrence of socially dangerous consequences – determination by laboratory or clinical factors of fact of inoculation of person by immunodeficiency-associated virus of human or

by causative agent of other inextirpable infectious disease that is dangerous for human life [3, p. 69]. However, here we should pay our attention to the fact that, as mentioned above, well-time taking of active measures of post contact infection prevention that together with immediate measures include the preventive assignment of antiretroviral drugs in enough number of cases allows to localize the causative agent and to avoid inoculation. Here, analyzing the actions of medical staff, we should take into account that antiretroviral drugs must be assigned not later than 24-36 hours after contact, but most efficient is an assignment of corresponding drugs during 2 hours after contact [12, p. 471-472]. So, on the condition of well-time non-assignment or well-time non-execution by paraprofessional, nurse or maieutologist of assigned by physician preventive antiretroviral therapy the reasons can appear for initiation of initiate criminal proceedings against such worker in accordance with the rules of Article 131 of the Criminal Code of Ukraine.

However, regard must be paid to that the direct assignment of certain measures of antiretroviral therapy, because of its objective threat to health of patient, needs the relevant competence of a physician (Infectious Disease Physician). So, the decision as for assignment of drugs of antiretroviral therapy by physicians of overall practice or by specialists with more narrow specialty or by paraprofessional will be made, if there is an acute necessity that occurs only because of impossibility of getting well-time advisory of narrow-specialized physicians. However, such kind of actions under any conditions shall be based on corresponding established recommendations as for post contact preventive measures of infection diseases in general and of AIDS, in particular.

The mentioned above gives us grounds to draw a conclusion that *inactivity of medical worker in case when a patient refers to him/her notifying about contact with biological material that can really contain or contain, for sure, causative agent of AIDS or other inextirpable infectious disease, or discovering of such fact by medical worker in personal, particularly, under the conditions of medical establishment, in case of further inoculation of such patient, can be considered as one of the reasons for incrimination to such medical worker of committing of criminal intention provided by the rules of Article 131 of the Criminal Code of Ukraine.*

In its turn, in particular, the cases will be considered as undue execution



by medical worker of his duties, when medical worker (physician, paraprofessional, maieutologist, nurse) avoids to provide immediate help including by the means of absence of well-time notification about this fact to the medical worker responsible for competence of others, if patient seeks for medical advice or there is disclosure of the mentioned fact of contact, in particular, professional one.

Besides, the same situation concerns the cases of emergency contacts of medical stuff with bio materials that contain causative agents of diseases mentioned in disposition. In particular, if there is a relevant consequence, that is the contamination of patient or medical worker (stuff), the actions that could contain the component elements of a crime provided by the rules of Article 131 of the Criminal Code of Ukraine, here will be actions or inactivity of medical stuff concerning hiding of fact of such emergencies, violations of aseptics, antiseptics use, disinfection order, ignoring of rules requirements concerning the presence of instructive and methodical documents and responsible basket for providing of emergency preventive measures in case of emergencies etc. at medical worker's work place.

Therefore, we should pay attention to the cases of so-called non-experience of medical stuff, i.e. inability to make right conclusion on the basis of existent scientific data in cases of typical disease and under usual circumstances, i.e. to make relevant diagnosis cannot be considered as circumstance that excludes a criminal action of medical worker. In specialized juridical literature there is a strict and complete definition of a fact that for negative consequences of treatment that were the results of non-experience of such person the criminal liability will occur [3, p. 23].

At the same time, if criminal proceedings under this category are exercised, determining professional duties improperly performed by a medical worker, the fact of present or absent ability for the medical worker to use appropriate preventive measures will be ascertained. In particular, in the case when the patient applies with a respective complaint to a duty medical officer of the district hospital, located in a remote village, or to an obstetrician of any rural health post, the latter, in most cases, will be objectively unable to provide to a victim proper emergency medical care due to lack of such drugs available. Under these conditions, the issue of medical worker's criminal responsibility can be discussed

only when the latter does not take any action to prevent potential infection, at least related to patient's notification of the need to apply urgently to another medical facility to get emergency medical care etc.

However, as professional literature specifies, valid reasons not to provide medical care to the patient may include: providing assistance at this time to another patient, a disease of medical workers, inability to arrive at the scene of the crime, in addition stating that lack of medical's special knowledge does not deprive him of the obligation to provide initial emergency medical care in difficult cases [9, p. 88], and, in our opinion, we should agree with such approach.

When creating the legal structure part 2 of Article 131 of the Criminal Code of Ukraine, the legislator took an exclusively quantitative material feature of two or more persons actually infected as a basis of aggravation.

In connection with definition of the boundaries of exactly such criminal consequences, the issue to be settled is questionable: when two or more persons are infected with the diseases specified in the disposition, it does not matter whether the victims were infected with the same or different incurable infectious diseases dangerous to human life, at the same time the way of being infected is also not important, and victims may be infected both simultaneously and at different times and in different ways, that does not affect the qualification [3, p. 69].

Here, however, we believe it is necessary, considering importance of public danger features, to supplement aggravation of the crime, stipulated by provisions of Article 131 of the Criminal Code of Ukraine, with such qualified feature as infection of a juvenile or a pregnant woman. Indeed, infection of a juvenile and a pregnant women, in fact, by their objective consequences is equivalent to infection of two or more persons, since infection of a juvenile, which in most cases after being infected will have practically relatively little chances to have healthy offspring, and a pregnant women, who will not only meet demise, but also leave a child who also has a significant chances of being HIV infected, to be an orphan, is one that violates constitutional principles of fairness and integrity, the rights to life, health, safety, health care, maternity and childhood.

Thus, based on the foregoing, we consider it is necessary to recommend the aggravation legal structure to be supplemented under part 2 of Article

131 of the Criminal Code of Ukraine, with qualified feature, "which caused infection of a juvenile or a pregnant woman."

Bibliographic references

1. Aleksandrov Yu. V. *Theoretical and practical comment to the Criminal Code of Ukraine* / Yu. V. Aleksandrov, P.P. Andrushko, G. V. Andrusiv [and others]; [under the editorship of Ya. Yu. Kondrateva, S.S. Yatsenko]. K.: Yurinkom, 1994, 798 p.
2. Korahnsky M. I. *Classification of crimes: [training manual]*. 2nd edition. K.: Atika, 2002, 640 p.
3. *Responsibility for provided by Section II of the Special part of the Criminal Code of Ukraine crimes in the sphere of professional activity of medical staff and special kinds of bodily injuries: monography*. O. F. Bantyshev, V. O. Glushkov, O. V. Kopan, S. A. Kuzmin [and others]. K.: MNDC of RNBO of Ukraine, 2011, 137 p.
4. *Theoretical and practical comment to the Criminal Code of Ukraine*. Boyko A. M., Brych L.P., Gryshchuk V. K., Dudorov O.O. [and others]; [under the editorship of M. I. Melnyka, M. I. Khavroniuk]. 3rd edition amended. K.: Atika, 2005, 1064 p.
5. Glushkov V. A. *Responsibility for crimes in sphere of health care: monography*. K.: Vyshcha Shkola, 1987, 200 p.
6. *Theoretical and practical comment to the Criminal Code of Ukraine*. Under the editorship of Potebenko M. O., Goncharenko V.G., two parts. Special Article. K.: Forum, 2001, 942 p.
7. *Comment to the Criminal Code of the Russian Federation*. Yu. V. Grachev, L.D. Erma-kova [and others]; executive editor A. I. Rarog. 6th edition amended. M.: Prospekt, 2009, 704 p.
8. Kontsevich I. O. *Legal medicine: text-book for students of medical higher education institution*. I. O. Kontsevich, B.V. Mykhaylichenko and others. K.: MP „Lesya”, 1997, 656 p.
9. Kolesnyk V. A. *Legal medicine and legal psychiatry: training manual*. V. A. Kolesnyk. K.: Scientific publishing department of NA SB of Ukraine, 2007, 195 p.
10. *Epidemiology*. A. A. Vasylichenko, O. M. Venner, V. M. Gyryn and others. [educational book] K.: Zdorovya, 1993, 464 p.
11. Chervyak P. I. *Medical book of reference*. K.: Publishing center «Prosvita», 2001, 716 p.
12. Zaporozhan V. M. *HIV infection and AIDS*. V. M. Zaporozhan, M. L. Aryaev. 2nd edition amended. K.: Zdorovya, 2004, 636 p.
13. Yushchuk N. D. *Epidemiology*. Yushchuk N.D., Zhogova M. A., Busheva V.V., Kolesova V.N. Training manual. M.: Medicine, 1993, 336 p.
14. Zaporozhan V. M. *Obstetrics and gynecology*. V. M. Zaporozhan, M. R. Tsegelsky, N. M. Rozhkovska. [educational book]: in two volumes. T. 2. Odessa: Odessa State Medical University, 2005, 402 p.



ENFORCEABILITY OF THE LAND USAGE FOR THE TOWN-PLANNING PURPOSES IN UKRAINE

Yulia KONDRATENKO,
Fellow Applicant, Chair of Agrarian, Land & Environmental Law,
National University „Odessa Juridical Academy”

SUMMARY

The publication is dedicated to the study of enforceability peculiarities with regard to the land usage in Ukraine for the licensed town-planning purposes. To efficiently use land for the licensed town-planning purposes it is important to locate housing, public, utility, industrial and other units environmentally sound, so that it will not result in the increased anthropogenic load on the natural environment. The article shows significance of the town-planning restrictions and conditions of the land development in the cities.

Key-words: lot land, building, town-planning limitations and terms, possible town-planning necessities, town-planning document.

REZUMAT

În articol sînt cercetate particularitățile securității juridice a terenurilor pentru construcții urbane în Ucraina. Pentru folosirea eficientă a terenurilor în dezvoltarea urbană este necesar de a determina locul de amplasare a spațiului locativ ecologic, a planifica proiectele industriale astfel încît să fie minimizată acțiunea umană asupra mediului. Autorul demonstrează importanța limitării construcțiilor urbane și a condițiilor de dezvoltare a domeniului bunurilor imobiliare.

Cuvinte-cheie: terenuri, construcții, limitarea construcțiilor urbane, necesități probabile ale construcțiilor, act de construcție urbanistică.

Problem definition. A land-use pattern becomes one of the most significant criteria of the urban development and a correlation device in the system of social relations in the cities. It is down to the fact that, on the one hand, land is a multi-purpose resource meant for the various usage categories, and on the other hand, it is characterized by restriction within the city lines. On the land allocated for the town-planning purposes, the licensed construction parameters are defined in the town-planning documentation, and the specific types of the land use (planned construction parameters) are chosen by the land-users at their own discretion. Thus, one of the most important conditions for the land-use regulation in cities is to implement a reliable and effective legal system in the field of the land usage.

Topicality. The enforceability problems regarding the efficient use and land care in Ukraine have been studied by such famous legal scholars as V.I. Andreitsev, G.I. Balyuk, V.K. Gurevsky, A.P. Getman, I.I. Karakash, P.F. Kulinich, A.M. Mirishnichenko, V.L. Muntyan, V.V. Nosik, V.I. Semchik, N.I. Titova, Yu.S. Shemshuchenko, M.V. Shulga and other researches. But the regulatory matters concerning the land-use for the licensed town-planning purposes have not been subject to a dedicated study.

This fact determines the increased actuality of the topic of choice.

The aim of the suggested publication is to study the enforceability peculiarities with regard to the efficient and reasonable land usage in Ukraine for the licensed town-planning purposes, and to disclose the role and appraise significance of the town-planning restrictions and conditions of land development in the cities.

Main text. A fundamental step on the way to improve the land-use legal regulation for the licensed town-planning purposes is emergence in the Ukrainian town-planning legislation of the notion “zoning”. It defines functional purpose of a land plot, requirements to the development and area landscape organization. Zoning allows the participants of the construction activities to determine the permitted forms of housing, and to identify the town-planning and infrastructure restrictions on a certain territory. Moreover, from now onward, introduction of zoning is a mandatory requirement to allocate land for the urban development.

The inhabited territories and cities in particular are complex natural and social aggregates including not only the objects of natural occurrence and completed structures, but also the traffic arteries, electric power plants, defensive constructions, telecommu-

nication networks, etc. So, in order to provide for the environmental safety of the population, all the stipulated conditions of the town-planning shall be met [1, p. 54].

Recent period of the urban development exhibits a serious concern on the land resources effective and economical use, and problems of the fast building-up of the city territories [2, p. 39]. Rise of the social and economic community performance efficiency is the reason of the territorial concentration of urban population, continuous growth of the urban area engineering and technical design level, and urban development, that is creation of a modern infrastructure capable to provide for the functioning, social and economic development of cities, maintaining the adequate ecology level for the population and industry [3, p. 24].

In accordance with Article 5 of the Law of Ukraine «On the fundamental principles of town-planning» of November 16, 1992, when carrying out the town-planning activities it is required to provide for the efficient land and territory use, upgrading development efficiency and using land plots for the other purposes [4]. Elaboration and implementation of the town planning documentation amid the variety of types of the land ownership should give consideration to the na-



ture and application both of a single plot of land and of a city territory as a whole. The land property character in cities and other populated areas is determined by the land availability itself as a spatial operational basis for the social, economic and urban development. Actually, a landholder uses not only his plot of land, but also the units of engineering, transport and social infrastructure raised by the local government at its own cost and expense [5, p. 194].

In the contemporary context, it becomes vital for the residential development to allocate the land plots, not used to design purpose, of the above norm area [6, p. 32]. Due to the land resource deficiency, existing peculiarities of buildings and facilities construction amid the compact urban planning are agreed [7, p. 223]. Besides, the urban development participants in many cases seek different goals, which often results in the undesirable deviation from the predetermined concept and general town planning scheme, inefficient use of the urban territories, change of the urban land purpose and deformation of the historic buildings [8, p. 124].

In accordance with part 1, Article 33 of the Law of Ukraine «On regulation of the town-planning activity» of February 17, 2011, a comprehensive territory development is aimed to ensure realization of public interests and implementation of the land use planning and management, construction of external engineering and transportation networks, community facilities, residential buildings and other construction projects, as well as the site improvement. A comprehensive territory development may be conducted by one or more investors by renovating the blocks (housing complexes) of the over aged housing resources [4]. In accordance with Article 39 of the Land Code, use of land under residential and public development shall be consistent with the general settlement layout, town-planning documentation, the plan of land and economic arrangement keeping to the construction rules, national standards and codes [9].

General conditions of legality regarding the land use are those that the land holder complies with the requirements to duly register his rights and maintain the land target purpose [10, p. 16]. In accordance with Article 25 of the Law of Ukraine «On regulation

of the town-planning activity», the development schedule of the area allocated for the town planning is specified in the general settlement layouts, zoning plans and detailed area plans. The development schedule of the area allocated for the town planning is obligatory for record when elaborating the land use documentation.

The development schedule of areas allocated for the town planning beyond the populated area lines is fixed by appropriate district state administration, and in case there is no such administrative district – consequently, by the Council of Ministers of the Autonomous Republic of Crimea, regional, Kiev and Sevastopol municipal state administration. Coordination of issues related to development of the territories allocated for the town planning in the cross-border regions is effected based on the appropriate agreements and showed at the arrangement plans of such territories and general settlement layouts. Making a development schedule of areas allocated for the town planning does not involve termination of a property title or right to enjoy the land plot, change of the administrative-territorial boundaries prior to withdrawal (or redemption) of appropriate plots of land [4].

Building development of cities and other populated areas covering increasingly more area concerns not only the developers' private interests, but also interests of the citizens. That is why legal regulation of the land usage for the town-planning purposes has a nature of permit. Practically, it means that building lease is restricted by the land legal status. However, provisions for the protection of civil rights in the legislation are made regarding by no means all the ways and stages to impose such limitations. In terms of the natural and legal persons' right limitation, land redundancy and withdrawal rules for the town-planning purposes are of significant importance. Also, establishing order for the territory and land plots allocation for the town-planning purposes.

Use of the natural resources is always connected with the public and private interests. This is the reason why solving the state objectives should be in agreement with the population public interests, private rights of citizens and legal entities exercised in the course of the land development.

The public interests lie in the

protection of rights of citizens for a healthy natural environment and accomplishment of the state objectives. Modern value of the land resources as a primary national wealth allows talking about the three main types of the public interests: economic, environmental and social. The developers' private interests lie in maximizing their profits from use of the land allocated for the development. Therewith, the above mentioned public and business interests often do not match. Balance between the public and private interests may be achieved through legal regulation of such institutes as the territorial planning and town-planning zoning, through the state environmental expert review, public hearings and land tenders. Coordination of the developers and urban population's interests is provided through legislative regulation of relations with respect to the land allocations for construction, and subsequently, through setting standards to limit the land use as a special legal object [11, p. 3].

Regulation brought by the urban land-use planning system for the most part has a limiting character. Planning provisions predict the results of progress, but do not guarantee onset of the desired results. When elaborating the general plan, it is required to make full assessment of the restrictions necessary to realize various types of the land use. But the general plan information is not publicly available, so just a few investors may get access to review the list of prescribed planning restrictions. The main objective to introduce the town-planning restrictions and grant appropriate permissions for the land use and development is to ensure that the development of a single land plot is in compliance with the approved area development plans.

Under limitation of rights regarding the land use for the town-planning purposes one should understand limitation, based on the legislation in effect, of the landholder and land user rights for the land plots allocated to them due to the necessity to ensure the public interests (pecuniary, financial, nature-oriented, town-planning, improvement and others). Limitation of a land title covers all types of the ownership (private, state and communal) and types of the land-use. However, in practice, more meaningful limitation of the ownership and use rights are imposed against the private land plots, and relative to the commu-



nal or state-owned land, as a rule, the right of disposal is limited.

An important means in the land development in cities is the land-use encouragement by way of setting exact parameters of land usage, simplification of procedure to get a development permission, which significantly enhances the land investment potential and contributes to the efficiency of the town-planning activities [12, p. 14]. According to cl. 1.2 of «the Procedure for creating the town-planning conditions and restrictions on the land development» approved by order № 109 of July 7, 2011 issued by the Ministry of Regional Development, Construction and Communal Living of Ukraine, the town-planning conditions and land development restrictions is the document comprising a variety of planning and architectural requirements to design and construction with regard to the number of storeys, building density, setback of buildings and facilities, site boundaries, its landscaping, as well as other requirements to the building projects established by legislation and the town-planning documentation. The town-planning conditions and restrictions shall be valid till the work is completed. In case the ordering party changes its intentions providing that they comply with the town-planning documentation, such party shall obtain the updated town-planning conditions and restrictions [13].

To use the land area for the licensed town-planning purposes efficiently, the developers are obliged to satisfy the requirements of the land and town-planning legislation, sanitary and construction standards and rules. They should also consider the public opinion in order to ensure the environmental quality favorable for life and health, and sustainable development of cities and other populated localities.

Conclusions. The study pursued allows making a conclusion that legal regulation of the land-use for the licensed town-planning purposes should be considered as regulatory confirmation and a procedure for the land designation and selection for the town-planning purposes, as well as enforceability of their rational use in order to ensure efficient functioning of cities and other populated areas. It is achieved through setting the town-planning conditions and restrictions for the land development in the order

foreseen by the town-planning, land, environmental and other legislation, and regulatory legal acts adopted by the local authorities.

Under the rational land-use for the licensed town-planning purposes one should understand design, location and upkeep activities related to housing, utility, communal and other units within the populated area lines, which are carried out in compliance with the land and town-planning legislation, sanitary and construction standards and rules with due account for the public opinion in order to ensure the environmental quality favorable for life and health, and sustainable development of cities and other populated localities.

The goal of the efficient land-use for the licensed town-planning purposes is to locate housing, public, utility, industrial and other units environmentally sound, so that it will not result in the increased anthropogenic load on the natural environment, will not create a threat of exceeding the harmful environmental, life and health impact standards foreseen by environmental legislation. This goal may be achieved through imposing the town-planning conditions and land development restrictions upon both, public, local authorities, the landowners and land users, as well as obligations to take the environmental protection measures. Therefore, land usage for the town-planning purposes goes hand in hand with the land protection. A distant view for further academic research on the theme may be disclosure of peculiarities of the state supervision over the land use and development for the town-planning purposes.

Bibliographic references

1. Karakash I.I. *Environmental legislative requirements to the town-planning*. In: Environmental challenges of cities and recreation areas. Odessa, 2000, p. 49-54.
2. Krumelis Yu. *Planning permissions for the complex housing development reconstruction*. In: Town and land-use planning. K., 1998, Edition 1, p. 39-42.
3. Demin M.M. *Urban development and municipal economy*. In: Town and land-use planning, K., 1998, Edition 1, p. 24-28.
4. *On the ground rules of the town-planning*: Law of Ukraine of November 16, 1992. In: The Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine, 1992, № 52, Article 683.
5. Petrakovska O.S. *Authorizing land use and development – mechanism for the land-use regulation in cities*. In: Engineering surveying. K., 2004, Edition 50, p. 192-200.
6. Stupen' M.G. *Reforming of land relations in the populated areas*. In: Lugansk National Agrarian University. Collection of research papers. Lugansk, 2002, № 14 (26), v. 2, p. 29-33.
7. Osipov O.F. *Construction in the urban development: experience and prospects*. In: O.F. Osipov, I. T. Gladun. Town-planning and land-use planning. K., 2004, Edition 17, p. 216-224.
8. Pleshkanovska A.M. *Functional and planning improvement of the urban territories usage*. K.: Urban Institute, 2005, 190 p.
9. *The Land Code of Ukraine* of October 25, 2001. In: The Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine, 2002, № 3-4, Article 27.
10. Malenkov N.A. *Individual and country building as the land zoning types*: Synopsis of a thesis. Cand. Sc. (Law) 12.00.06. Institute of Legislation and Comparative Law with the Government of the Russian Federation, M., 2010, 21 p.
11. Gordienko I.I. *Legal regulation of the land allocation for construction*: Synopsis of a thesis. Cand. Sc. (Law) 12.00.06. Institute of Legislation and Comparative Law with the Government of the Russian Federation, M., 2010, 21 p.
12. Anisimov A.P. *Theory of the land legal status in the Russian Federation*: Synopsis of a thesis. Cand. Sc. (Law), expert 12.00.06. Saratov National Law Academy, 2005, 55 p.
13. *Concerning approval of the Procedure for creating the town-planning conditions and restrictions on the land development, their structure and content*: order № 109 of July 7, 2011 issued by the Ministry of Regional Development, Construction and Communal Living of Ukraine. Registered with the Ministry of Justice of Ukraine on July 22, 2011 under № 912/19650, The Official Bulletin of Ukraine, 2011, № 59, Article 2393.



АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОЙ СТАТУС ОБЩЕСТВЕННЫХ ОБЪЕДИНЕНИЙ: ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПОНЯТИЯ В КОНТЕКСТЕ ПРИНЯТИЯ НОВОГО ЗАКОНА УКРАИНЫ «ОБ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОБЪЕДИНЕНИЯХ»

Михаил ВИХЛЯЕВ,

кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и трудового права, юридический факультет, Запорожский национальный университет

SUMMARY

The article is study the diversity of scientific perspectives on the definition of the general concept of «administrative and legal status», the legal status of certain types of public associations in Ukraine and is formulated of the definition of «administrative and legal status of public associations». Based on the analysis point of view of scientists who represent the science of administrative law, both Ukraine and the Russian Federation, the author defines the following list of components, which, in their view, form the administrative and legal status: administrative rights, duties, mechanisms and guarantees for their implementation, legal liability, administrative personality. Based on the analysis of different points of view about the nature of the concepts: «administrative and legal status», «administrative and legal status of public associations», «administrative and legal status of NGOs» author defines the administrative and legal status of public associations as a set of rights, obligations, guarantees of rights, administrative responsibility of public associations, which are implemented in a variety of relationships with the public administration.

Key-words: public associations, administrative and legal status, legal status, rights, obligations.

REZUMAT

În articol este cercetată diversitatea concepțiilor științifice privind definirea conceptului general de „statut administrativ-juridic”, de statut juridic al unor tipuri de asociații ale cetățenilor Ucrainei. Este formulată noțiunea de „statut administrativ-juridic al asociațiilor obștești”. În baza analizei opiniilor savanților din Ucraina și Federația Rusă, autorul determină următoarele componente care, după părerea lor, formează statutul administrativ-juridic: drepturile administrative, obligațiile, mecanismul și garanția realizării acestora, răspunderea juridică, subiectul administrativ. Analizând diversele puncte de vedere privind esența noțiunilor de „statut administrativ-juridic”, „statut administrativ-juridic al asociațiilor cetățenilor”, „statut administrativ-juridic al organizațiilor obștești”, autorul definește statutul administrativ-juridic al asociațiilor obștești ca un ansamblu de drepturi, obligații, garanții de realizare a drepturilor, de răspundere administrativă a acestor asociații, care se realizează în procesul diverselor relații cu organele administrației publice.

Cuvinte-cheie: asociații obștești, statut administrativ-juridic, statut juridic, drepturi, obligații.

Постановка проблемы. Первого января 2013 г. вступил в действие новый Закон Украины «Об общественных объединениях» от 22 марта 2012 г., что обуславливает появление нового субъекта административно-правовых отношений – общественных объединений, легальное определение которых содержится в указанном законе, что безусловно актуализирует необходимость исследования административно-правового статуса общественных объединений как субъекта административного права.

Актуальность темы. В украинской юридической науке вопросам правового статуса отдельных видов объединений граждан Украины уделяли внимание ученые – представители различных научных специальностей: Л.И. Адашис, Н.В. Богашева, С.Г. Братель, О.Н. Ващук, Н.П. Гаева, О.В. Гейда, С.Ф. Денисюк, Е.Е. Додина, Л.А. Емец, В.С. Журавский, В.А. Завгородний, В.И. Кафарский, В.М. Короленко, В.М. Кравчук, А.И. Лысяк, В.Ф. Поддубная, В.И. Поле-

вой, И.Т. Темех, О.Б. Федоровская, Н.А. Цыганенок, В.А. Чепурнов и др. Однако, детальное внимание административно-правовому статусу общественных объединений в украинской административно-правовой науке на данный момент не уделялось.

Целью этой статьи является необходимость исследования многообразия научных точек зрения на определение общего понятия «административно-правовой статус», правового статуса отдельных видов объединений граждан Украины и формулирования на основании сделанного анализа определения понятия «административно-правовой статус общественных объединений».

Изложение основного материала исследования. Ученые-административисты при осуществлении своих научных исследований, посвященных различным вопросам – исследования административно-правового воздействия на определенную сферу отношений, исследования отдель-

ных административных процедур и стадий административного процесса, отдельных субъектов административного права или процесса – достаточно часто обращают внимание на административно-правовой статус органов публичной администрации, участников и субъектов административных процедур и административного процесса, поэтому в научных трудах украинских ученых-административистов можно найти различные определения общего понятия «административно-правовой статус».

Так, один из главных основателей украинской науки административного права В.Б. Аверьянов в своих научных трудах отмечал, что понятие «административно-правовой статус» охватывает комплекс конкретно определенных субъективных прав и обязанностей, которые закреплены за соответствующим субъектом нормами административного права. То есть необходимым признаком приобретения лицом административно-правового статуса является наличие у нее конкретных субъективных прав



и обязанностей, реализуемых данным лицом как в административных правоотношениях, так и вне их [1, с. 97]. Ю.П. Битяк, кроме субъективных прав и обязанностей, в структуру административно-правового статуса предлагает включать также гарантии реализации прав и механизм их охраны государством. Он дополнительно отмечает, что административно-правовой статус личности обуславливается объемом и характером его административной правосубъектности, которую составляют административная дееспособность и административная правоспособность [2, с. 58-59]. И.П. Голосниченко, М.Ф. Стахурский, Н.И. Золотарева при исследовании административно-правового статуса также акцентируют внимание на роли административной правосубъектности, которая, по их мнению, является основой административно-правового статуса, который состоит, как они считают, из прав и обязанностей, закрепленных нормами административного права, а также гарантий этих прав и обязанностей [3, с. 60]. Точку зрения относительно определения понятия «административно-правовой статус», которая аналогична мысли В.Б. Аверьянова, имеет С.В. Кивалов, который, исследуя административно-правовой статус учреждений, определяет его как комплекс прав и обязанностей, которые учреждение приобретает и реализует в процессе осуществления следующих действий: создание учреждения, государственная регистрация учреждения; получение лицензии на занятие определенными видами деятельности, определение круга вопросов и полномочий государственных органов по отношению к учреждению, ведение и предоставление бухгалтерской и статистической отчетности [4, с. 199]. Анализ указанной точки зрения С.В. Кивалова, позволяет свидетельствовать, что административные права и обязанности возникают у учреждений преимущественно в отношениях, связанных административно-правовым воздействием субъектов публичной администрации на эти учреждения. Т.А. Коломоец, в свою очередь, считает, что права и обязанности, которые формируют административно-правовой статус лица, который является составляющей общего правового статуса личности, отличаются от других прав и обязанностей именно тем, что они возникают в сфере публичной администрации, при этом

она, в отличие от С.В. Кивалова, предусматривает более широкий круг публично-правовых отношений, в которых могут возникнуть административные права и обязанности учреждений [5]. Интересную точку зрения на определение понятия «административно-правовой статус» предлагает В.К. Колпаков, который, классифицируя нормы административного права, отмечает, что материальные нормы характеризуются тем, что закрепляют комплекс обязанностей и прав, а также ответственность участников управленческих отношений, т.е. фактически их административно-правовой статус [6, с. 70], на основании чего можно сделать вывод, что он дополнительно выделяет среди составляющих административно-правового статуса *юридическую ответственность*.

Подробное рассмотрение работ известных российских ученых-административистов позволяет заметить определенные различия в направлениях исследования сущности понятия «административно-правовой статус». Украинские ученые главное внимание концентрируют, как правило, на двух составляющих административно-правового статуса: на правах и обязанностях, российские – на механизме его реализации, деятельность составляющих которого является, по их мнению, именно предметом административного права. Так, Ю.М. Козлов отмечает, что главное внимание исследователей административного права должно сосредотачиваться на тех государственно-управленческих средствах, с помощью которых создаются условия, необходимые для реализации и защиты правового статуса лица. Именно совокупность такого рода средств и дает представление об особенностях его административно-правового статуса [7, с. 60]. Д. М. Бахрах в своих исследованиях, посвященных административно-правовому статусу, уделяет внимание административно-правовым нормам, а именно процессу их создания субъектами публичной администрации. Именно благодаря нормотворческой деятельности органов государственной власти и местного самоуправления возникает, по его мнению, административно-правовой статус физического или юридического лица [8, с. 32].

Итак, подытоживая точки зрения известных ученых-административистов как Украины,

так и Российской Федерации, можно определить следующий перечень составляющих, которые, по их мнению, формируют административно-правовой статус: административные права, обязанности, механизм и гарантии их реализации, юридическая ответственность, административная правосубъектность. Однако, в современных диссертационных работах ученых-административистов Украины можно встретить другие подходы относительно формулировки перечня составляющих административно-правового статуса. Например, С.В. Осауленко, исследуя административно-правовой статус Кабинета Министров Украины, делает вывод, что его структуру составляют, кроме прав и обязанностей, также задачи и функции [9, с. 10]. Н.В. Лебедь, которая исследовала административно-правовой статус государственных инспекций в Украине, отмечает, что он является сложной правовой конструкцией, которая включает в себя следующие элементы: цели, задачи, функции, компетенцию, организационный блок элементов, ответственность. По ее мнению, компетенция государственных инспекций содержит в себе подведомственность и полномочия (обязанности) [10, с. 8]. А.М. Подоляка, в свою очередь, в структуре административно-правового статуса Государственной автомобильной инспекции МВД Украины также выделяет компетенцию и юридическую ответственность, но еще дополнительно выделяет как составляющую административно-правового статуса правоприменение, т.е. всю правоприменительную деятельность Государственной автомобильной инспекции МВД Украины, вообще не обращая при этом внимание на возможность наличия функций, задач, целей, организационного блока элементов в структуре административно-правового статуса указанного органа [11, с. 10]. А. М. Авторгов в своей диссертационной работе отмечает, что административно-правовой статус государственного исполнителя базируется на правовом статусе лица и включает следующие элементы: служебная правосубъектность, обязанности и права, компетенция, юридическая ответственность [12, с. 11], М. М. Добкин определяет административно-правовой статус исполнительных органов городских советов, который является предметом исследования его диссертационной работы, как предусмотрен-



ную административно-правовыми нормами совокупность прав и обязанностей исполнительных органов, которые обуславливают их место и роль в системе местного управления, характер их взаимоотношений с членами территориальной громады, органами местного самоуправления и органами государственной власти, предприятиями, учреждениями, организациями и их должностными лицами, а также гарантии реализации предусмотренных законодательством прав и обязанностей исполнительных органов городских советов и их должностных лиц и ответственность за выполнение полномочий субъектами местного самоуправления [13, с. 9]. То есть несмотря на то, что исполнительные органы городских советов являются органами публичной администрации, в отличие от большинства приведенных точек зрения относительно определения административно-правового статуса различных органов публичной администрации или их должностных лиц, М.М. Добкин в структуре административно-правового статуса исполнительных органов городских советов не выделяет компетенцию, выделяя права, обязанности, гарантии и юридическую ответственность. Н.В. Дараганова, анализируя административно-правовой статус специфического субъекта административного права – коллективного субъекта (неюридическое лицо), а именно статус экипажа воздушного судна Украины, определяет его как целостную правовую категорию, характеризующую комплекс прав, обязанностей и допусков членов экипажа воздушного судна Украина к осуществлению профессиональной деятельности, а также их ответственности в сфере гражданской авиации, закрепленные нормами административного права и гарантированный государством [13, с. 13]. Следует отметить достаточно специфическую составляющую административно-правового статуса, которую выделяет Н.В. Дараганова, а именно – допуски, которые являются характерными для большинства субъектов административного права, в том числе и для общественных объединений, именно наличие которых позволяет им выступать в качестве субъекта административного права. Однако на основании анализа значительного количества точек зрения ученых-административистов по определению перечня составляющих

административно-правового статуса можно сделать вывод, что большинство исследователей не относят к структуре административно-правового статуса допуски, которые, как правило, рассматриваются как составляющая административной правосубъектности или как разновидность обязанностей. Наиболее широкий перечень составляющих административно-правового статуса органа государственной власти предлагает Н.А. Зезека, которая считает, что административно-правовой статус государственной службы занятости Украины является сложной юридической конструкцией, которая включает в себя различные по объему составляющие элементы. Главной среди них является компетенция государственной службы занятости Украины, которая дополняется ответственностью, задачами, функциями, организацией (структурой) и порядком деятельности (формы и методы деятельности, порядок создания государственной службы занятости Украины и прекращении ее деятельности) [14, с. 14].

Логическим продолжением исследования многообразия точек зрения относительно понятия «административно-правовой статус» в контексте формулировки определения понятия «административно-правовой статус общественных объединений» является анализ позиций ученых-административистов о сущности административно-правового статуса объединений граждан и их разновидностей. Так, Ю.П. Битяк отмечает, что нормы административного права определяют административно-правовой статус объединений граждан, а именно: совокупность прав и обязанностей, реализуемых в правоотношениях, возникающих между объединениями граждан и органами исполнительной власти [2, с. 112]. На основании анализа указанной точки зрения Ю.П. Битяк можно сделать вывод, что административно-правовой статус субъекта правоотношений, который не относится к публичной администрации, состоит только из тех прав и обязанностей, которые реализуются только в отношении с органами публичной администрации, чем он отличается от других разновидностей правового статуса. Подобную точку зрения имеет и Е.Е. Додина, которая в своей диссертации на тему «Административно-правовой статус общественных ор-

ганизаций в Украине» определяет административно-правовой статус общественной организации как правовое положение общественной организации в отношении с субъектами исполнительной власти, урегулированное нормами конституционного и административного права, а также обосновывает мнение, что административно-правовой статус общественных организаций следует рассматривать как часть общего правового статуса общественных организаций [15, с. 10-11].

Выводы. На основании анализа различных точек зрения относительно сущности понятий «административно-правовой статус», «административно-правовой статус объединений граждан», «административно-правовой статус общественных организаций» можно определить административно-правовой статус общественных объединений как совокупность прав, обязанностей, гарантий реализации прав, административной ответственности общественных объединений, которые реализуются ими в различных отношениях с органами публичной администрации.

Список использованной литературы:

1. *Адміністративне право України. Академічний курс: [підручник]: у 2 т. [ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова) та ін.].* К.: Юрид. думка, 2007, т. 1: Загальна частина, 2005, 536 с.
2. *Адміністративне право України: [підручник]* [Ю.П. Битяк, В.М. Гарашук, О.В. Дьяченко та ін.]; за ред. Ю.П. Битяка. К.: Юрінком Інтер, 2006, 544 с.
3. *Адміністративне право України: [навч. посібник]* [І.П. Голосніченко, М.Ф. Стахурський, Н.І. Золотарьова]; за ред. І.П. Голосніченка. К.: ГАН, 2005, 232 с.
4. Ківалов С.В. *Адміністративне право України: [навч.-метод. посібник]* С.В. Ківалов, Л.Р. Біла. [3-є вид., перероб. і доп.]. Одеса: Юридична література, 2006, 488 с.
5. Коломьєць Т.О. *Адміністративне право України. Академічний курс: [підручник]* К.: Юрінком Інтер, 2011, 576 с.
6. Колпаков В.К. *Адміністративне право України: [підручник]* К.: Юрінком Інтер, 2004, 736 с.
7. *Административное право (Общая и Особенная части)* [под ред. Ю.М. Козлова]. 1968 г. М.: Юридическая литература, 576 с.
8. Бахрах Д. Н. *Административное право: [учебник для вузов]* Д.Н. Бахрах, Б.В. Российский, Ю.Н. Стариков. [3-е изд., пересмотр, и доп.]. М.: Норма, 2007, 816 с.



9. Осауленко С.В. *Адміністративно-правовий статус Кабінету Міністрів України*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес, фінансове право, інформаційне право». Одеська національна юридична академія, О., 2010, 20 с.

10. Лебідь Н.В. *Адміністративно-правовий статус державних інспекцій в Україні*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес, фінансове право, інформаційне право». Національний університет внутрішніх справ, Х., 2004, 18 с.

11. Подоляка А.М. *Адміністративно-правовий статус Державної автомобільної інспекції МВС України*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес, фінансове право, інформаційне право». Національний університет внутрішніх справ, Х., 2004, 17 с.

12. Авторгов А.М. *Адміністративно-правовий статус державного виконавця*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес, фінансове право, інформаційне право». Київський національний університет внутрішніх справ, К., 2004, 19 с.

13. Добкін М.М. *Адміністративно-правовий статус виконавчих органів міських рад*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес, фінансове право, інформаційне право». Інститут законодавства Верховної Ради України, К., 2009, 20 с.

14. Дараганова Н.В. *Адміністративно-правовий статус екіпажу повітряного судна України*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес, фінансове право, інформаційне право». ДВНЗ «Київський національний економічний університет ім. Вадима Гетьмана», К., 2009, 16 с.

15. Зезека Н.О. *Адміністративно-правовий статус державної служби зайнятості України*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес, фінансове право, інформаційне право». Державний науково-дослідний інститут Міністерства внутрішніх справ України, К., 2009, 18 с.

16. Додіна Є. С. *Адміністративно-правовий статус громадських організацій в Україні*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес, фінансове право, інформаційне право». Одеська національна юридична академія, Одеса, 2002, 21 с.

ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА – СУБЪЕКТЫ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ: НЕОБХОДИМОСТЬ НОРМАТИВНОЙ ФИКСАЦИИ В ДЕЙСТВУЮЩЕМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ УКРАИНЫ КАК ГАРАНТИЯ КАЧЕСТВЕННОГО И ПРОГРЕССИВНОГО РАЗВИТИЯ АДМИНИСТРАТИВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Павел ЛЮТИКОВ,
кандидат юридических наук, доцент кафедры
административного и хозяйственного права, юридический
факультет, Запорожский национальный университет

SUMMARY

In the article author analyzes the main approaches to the administrative liability of legal entity, existing administrative and legal doctrine, according to which, reasonably necessary normative fixation of this institution in the existing administrative and tort law in Ukraine. In particular, he focuses on the need to support the views of the overwhelming majority of scientists of administrative law that the legal entity is a full subject of an administrative offense (misdemeanor), has the appropriate level of legal personality, and therefore to it may apply administrative sanctions, for example, in the form of the following penalties: measures the moral and legal nature in the form of warnings, measures of property (money) penalties in the form of fines, penalties and the cost of goods vehicles, confiscation of items that were the direct object of the offense, penalties designed to limit the activities of legal entities, depriving them of certain powers or deprivation of a special law, which can be applied in the form of revocation (cancellation) of the license (permit), etc.

Key-words: administrative and tort law, administrative responsibility, administrative penalties, subject, legal entity.

REZUMAT

În articol se analizează principalele abordări ale problemelor răspunderii administrative a persoanelor juridice, existente în doctrina administrativ-juridică, în baza cărora este argumentată necesitatea fixării normative a instituției date în legislația administrativ-delictuală în vigoare în Ucraina. Se atrage atenția asupra necesității susținerii opiniilor majorității savanților-administratiști că persoana juridică este subiect al infracțiunii contravenției administrative, are nivel respectiv de subiect de drept. Astfel, față de ea pot fi aplicate măsuri de răspundere administrativă, de exemplu, sub formă de sancțiuni: măsuri cu caracter moral-juridic – avertisment; măsuri de sancțiuni de proprietate (banești) – amendă, încasarea costului mărfurilor și mijloacelor de transport, confiscarea obiectelor ce au fost obiecte de realizare a infracțiunii; sancțiuni de limitare a activității persoanelor juridice, lipsirea lor de unele împuterniciri sau drepturi sociale, în formă de retragere (anulare) a licenței (permisiunii) etc.

Cuvinte-cheie: drept administrativ-delictual, răspundere administrativă, sancțiuni administrative, subiect, persoană juridică.

Постановка проблемы. Вопросы административной ответственности юридических лиц всегда имели свою научную актуальность и практическую значимость, но в советский период становления и развития административно-правовой науки из-за отсутствия рыночной экономики и частной собственности, существования тотального монополизма государства во всех сферах жизни общества, указанная проблематика факти-

чески оставалась вне поля зрения ученых-административистов. Это, вне всяких сомнений, накладывало определенный отпечаток на векторы научных исследований в данной сфере юриспруденции, сужало объект административной науки.

Актуальность темы. С провозглашением независимости Украины, развалом командно административной системы управления появилась острая необходимость в исследовании государственно образователь-



ных, экономических, производственных процессов с совершенно иной точки зрения – с точки зрения обновленной концепции юридической науки, в том числе и административной. То есть, как абсолютно справедливо указывает А. Зима, в наше время, в условиях, когда подавляющее большинство юридических лиц не пребывает в прямой подчиненности государственных органов, основаны не на государственной форме собственности, необходимость обеспечения государственной дисциплины в разных сферах общественной жизни не отпала, а наоборот, существенно обострилась [1, с. 3]. Именно поэтому юридические лица как субъекты административного права, субъекты административной ответственности все чаще и чаще привлекают внимание ученых-юристов. К примеру, следует особо отметить научные труды в этой сфере В. Аврьянова, Д. Бахраха, К. Бельского, Ю. Битяка, С. Братуся, Л. Вороновой, И. Галагана, И. Голосниченко, В. Демченко, Е. Додина, А. Зимы, Л. Ковалю, С. Кивалова, Ю. Козлова, Т. Коломоец, А. Комзюка, В. Кудрявцева, М. Кузнецова, Б. Лазарева, Д. Лукьянца, М. Малеина, М. Масленникова, В. Новоселова, О. Овчаровой, В. Ойгензихта, В. Опришко, В. Ремнева, Б. Россинского, И. Самощенко, А. Селиванова, М. Студеникиной, В. Тархова, Е. Трубецкого, Ю. Шемшученко, О. Якубы и многих других.

Вышеизложенное обуславливает **цель** этой статьи – проанализировать основные подходы к вопросам административной ответственности юридических лиц, существующие в административно-правовой доктрине, на основании которых аргументировать необходимость нормативной фиксации указанного института в действующем административно-деликтном законодательстве Украины.

Изложение основного материала исследования. Следует отметить, что ученые-административисты не однозначны во мнениях по поводу исследуемой проблемы, одна группа ученых подтверждает тезис о существовании административной ответственности юридических лиц, другая – категорически (или с определенными оговорками) опровергает.

К примеру, В. Колпаков в своей монографии «Административно-

деликтный правовой феномен» акцентировал внимание на необходимости использовать соответствующих относительно необходимости регламентации в кодифицированном административно-деликтном акте административной ответственности юридических лиц [2]. И в этом авторитетного ученого следует поддержать, поскольку в ст. 2.1. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее КоАП) предусмотрено, что административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность. Юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению. При этом назначение административного наказания юридическому лицу не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к административной или уголовной ответственности физического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо [3].

Указанную модель закрепления исследуемого правового института следует в целом использовать и украинскому законодателю, хотя и с определенными оговорками. В частности, следует поддержать И. Федорова в том, что, по его мнению, несколько специфическим и, даже можно сказать, спорным является определение вины юридического лица. Так, И. Федоров отмечает, что при общей позитивной оценке самого факта законодательного признания административной ответственности юридических лиц, которое стоило бы позаимствовать и Украине в процессе современного кодификационного процесса, сле-

дует отметить также, что концепция виновности юридического лица, которая нашла свое закрепление в КоАП Российской Федерации, не является совершенной, обусловила появление многочисленных проблем в правоприменительной деятельности и ее вряд ли нужно дублировать в новейшем отечественном административно-деликтном кодифицированном акте. Анализ положений КоАП Российской Федерации, по мнению украинского ученого, позволяет вести речь о том, что вина юридического лица признается сугубо по формальному признаку – нарушение запрещающей нормы. В связи с этим привлекает внимание отсутствие в КоАП Российской Федерации норм, которые бы регламентировали освобождение юридического лица от ответственности [4, с. 88].

Такое лицо не может ее избежать даже в том случае, если в конкретной ситуации исключалась возможность наступления вредных последствий от нарушения административной нормы. Единственной возможностью отвергнуть административное наказание, в случае отсутствия вредных последствий, является применение ст. 2.9 «Освобождение от административной ответственности при малозначительности административного правонарушения». Между тем применение этой статьи является проблематичным. На этот факт обратили внимание тот же В. Колпаков, Б. Россинский, Л. Косицина и их стоит поддержать, потому что: 1) текст ст. 2.9 не связан с наличием или отсутствием вредных последствий; 2) её текст не рассчитан на юридические лица; 3) освобождение от ответственности за малозначительность не является обязательным; 4) административная практика отличается формальным подходом к оценке деятельности и принимает во внимание, в основном, факт совершения административного правонарушения [5; 6, с. 45-50].

Д. Лукьянец, также как и В. Колпаков, настаивает на необходимости наискорейшего решения указанного вопроса и даже предлагает в разработанном им проекте Кодекса об административной ответственности предусмотреть отдельные положения, посвященные сугубо административной ответственности юридических лиц [7].



В свою очередь, А. Зима, аргументируя свою позицию относительно института административной ответственности юридических лиц, выделяет его признаки:

- специфический (не специальный) субъект ответственности;
- правовое поведение субъекта, которое реализуется в деятельности физических лиц, составляющих социальный субстрат юридического лица, в результате чего вина юридического лица серьезно отличается от вины лица физического;
- взыскание, которое применяется к правонарушителю, влечет негативные последствия не только для нарушителя (юридического лица), но и для связанных с ним физических лиц.

При этом, А. Зима указывает, что выделение административной ответственности юридических лиц в отдельный подинститут имеет существенное практическое значение. Именно с ним связано разграничение процедуры привлечения к ответственности физических и юридических лиц, а также установление системы взысканий, которые могут применяться к юридическим лицам [1, с. 10].

С. Саенко, анализируя административную ответственность юридических лиц в сфере оборота наркотических средств, подчеркивает, что по своей правовой природе финансовые (экономические) санкции, которые применяются к юридическим лицам в сфере оборота наркотических средств, являются административными взысканиями и для эффективного функционирования административной ответственности юридических лиц предлагает закрепить в КоАП Украины такую их систему: предупреждение, штраф, платная выемка орудий совершения или предмета административного правонарушения, конфискация орудий совершения или предмета административного правонарушения, лишение лицензии (разрешения) и принудительное прекращение деятельности юридического лица [8, с. 9].

А. Жильцов, исследуя разные научные взгляды относительно административной ответственности юридических лиц, присоединяется к позициям Д. Бахраха, Ю. Битяка, И. Голосниченко, С. Гончарука, А. Зимы, Е. Додина, А. Комзюка и др., и отмечает, что субъектом ад-

министративного правонарушения может быть и юридическое лицо. По мнению А. Жильцова, юридическое лицо, выступая субъектом административно-правовых отношений, может совершать правонарушение, а, следовательно, должно нести за их совершение административную ответственность. И хотя такие противоправные действия не отнесены законодателем к административным правонарушениям, а ответственность за их совершение не названа административной, они имеют важнейшие их признаки [9, с. 9].

И. Слубский в своем диссертационном исследовании на тему «Административная ответственность юридических лиц» отмечает, что развитие и становление института административной ответственности юридических лиц в отечественном административном праве можно рассматривать на фоне трех периодов его законодательного оформления и усложнения. Первый период с 1917 по 1961 гг., второй – с 1961 по 1981 гг., третий – с 1981 до 1991 гг. Часовой отрезок с 1991 года и до сих пор также представляет собой отдельный этап развития законодательства об административной ответственности юридических лиц, что характеризуется самым бурным и динамичным законодательным отделением норм об административной ответственности субъектов данного вида. Как справедливо отмечает И. Слубский, большинство действующих нормативных актов об административной ответственности юридических лиц принято именно в этот период. Кроме того, ученый-административист для всего института административной ответственности юридических лиц предлагает характерную систему административных взысканий: меры морально-правового характера в форме предупреждения; меры имущественного и денежного взыскания в форме штрафа, взыскание стоимости товаров и транспортных средств, конфискация предметов, которые явились непосредственными объектами совершения правонарушения; взыскания, направленные на ограничение деятельности юридических лиц, лишение их отдельных полномочий или лишение специального права, могут применяться в форме отзыва (аннулирования) лицензии (разрешения) [10, с. 11, 18].

В свою очередь, М. Костив, изучая административную правосубъектность юридических лиц и особенности её реализации в административно-деликтных правоотношениях, а также правовые механизмы обеспечения деликтоспособности юридических лиц, целью административной ответственности юридических лиц называет обеспечение соблюдения правопорядка (контролируемого уровня правонарушений) в сфере государственного управления. Административная ответственность юридических лиц, отмечает он, должна реализовываться, главным образом, через правовосстанавливающую, компенсационную функцию, при этом возобновлению подлежит не только нарушенный правопорядок, но и гражданину, государству и обществу должны быть компенсированы нанесенные им потери. Как справедливо отмечает М. Костив, в отдельных случаях компенсационная функция может совмещаться с репрессивно-уголовной, когда для юридического лица-правонарушителя наступают негативные последствия, которые являются принудительным ограничением, наказанием (репрессией) за совершенное им противоправное деяние. По мнению ученого, применение относительно юридических лиц наряду с компенсационной и репрессивной функциями превентивно-воспитательной функции возможно лишь в тех случаях, когда законодательством предусмотрено параллельное применение административной ответственности юридических лиц с ответственностью должностных лиц [11, с. 15].

Следует отметить, что такая тенденция сохраняется и в новейших источниках украинской административно-правовой науки. К примеру, о необходимости закрепления на нормативном уровне такого вида ответственности для юридических лиц говорят О.Н. Головка (в контексте административной ответственности за нарушение права на объекты права интеллектуальной собственности) [12, с. 9]; С.М. Потапова (в контексте административной ответственности за нарушение порядка проведения расчетных операций в сфере торговли, общественного питания и услуг) [13, с. 9], А.Ю. Дрозд и А.С. Шепетько (в контексте административной ответственности за самовольное занятие



земельного участка) [14, с. 9], Т.О. Коломоец, В.Г. Лукашевич и Ю.А. Дорохина (в общем контексте необходимости обеспечения прав юридических лиц в административных производствах) [15; 16, с. 63-64], а также коллектив авторов научного пособия «Административная ответственность» (в рамках объемного анализа административной ответственности субъектов указанных отношений) [17, с. 26-27].

Однако, как указывалось выше, существует и иная позиция. Так, некоторые ученые отрицают существование института административной ответственности юридических лиц как такового. Например, О. Гетманец вообще не допускает возможности существования указанного вида ответственности для юридических лиц, ссылаясь на то, что в действующем КУоАП юридическое лицо не фигурирует в качестве субъекта административного правонарушения. А. Монаенко, в свою очередь, считает целесообразным говорить о финансовой, нежели административной ответственности юридических лиц. Указанные мнения украинских ученых-административистов неоднократно высказывались ими во время публичных защит диссертационных исследований.

Выводы. И все же следует отметить, что преобладающим, основным в украинской административно-правовой науке является тезис о необходимости законодательного закрепления института административной ответственности юридических лиц. И необходимо поддержать мнение подавляющего большинства ученых-административистов, что юридическое лицо является полноправным субъектом административного правонарушения (проступка), имеет соответствующий уровень правосубъектности, и, следовательно, к нему могут быть применены меры административной ответственности, к примеру, в виде следующих взысканий:

- меры морально-правового характера в форме предупреждения;
- меры имущественного (денежного) взыскания в форме штрафа, взыскания стоимости товаров и транспортных средств, конфискации предметов, которые явились непосредственными объектами осуществления правонарушения;
- взыскания, направленные на ограничения деятельности юриди-

ческих лиц, лишение их отдельных полномочий или лишение специального права, которые могут применяться в форме отзыва (аннулирования) лицензии (разрешения) и т.д.

Список использованной литературы:

1. Зима О.Т. *Административна відповідальність юридичних осіб*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Административне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Х., 2001, 19 с.
2. Колпаков В.К. *Административно-деліктний правовий феномен*. Національна академія внутрішніх справ України. К.: Юрінком Інтер, 2004, 528 с.
3. *Кодекс об административных правонарушениях Российской Федерации* от 30 декабря 2001 года [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.garant.ru/main/12025267-025.htm#par4337>.
4. Федоров І.О. *Кодифікація адміністративно-деліктного законодавства України: монографія*. Запоріжжя: ТОВ „ВПО”Запоріжжя”, 2006, 144 с.
5. Россинский Б.В. *Проблемы совершенствования законодательного регулирования административной ответственности юридических лиц в России*. Митна справа, 2006, № 1, с. 34-40.
6. Косицина Л.В. *Привлечение юридических лиц к административной ответственности за нарушение таможенных правил по законодательству Российской Федерации*. Митна справа, 2006, № 1, с. 45-50.
7. Лук'янець Д.М. *Адміністративно-деліктні відносини в Україні: теорія та практика правового регулювання: монографія*. Суми: АГД «Університетська книга», 2006, 367 с.
8. Саєнко С.І. *Адміністративна відповідальність юридичних осіб за правопорушення в сфері обігу наркотичних засобів*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Административне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Х., 2007, 21 с.
9. Жильцов О.Л. *Административна відповідальність юридичних осіб: процесуально-правовий аспект*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Административне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Х., 2007, 20 с.
10. Службський І.Й. *Адміністративна відповідальність юридичних осіб*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Административне право і процес; фінансове право; інформаційне право». К., 2008, 20 с.
11. Костів М.В. *Адміністративна правосуб'єктність юридичних осіб та особливості її реалізації в адміністративно-деліктних відносинах*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Административне право і процес; фінансове право; інформаційне право». К., 2005, 21 с.
12. Головкина О.М. *Адміністративна відповідальність за порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Административне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Ірпінь, 2009, 19 с.
13. Потапова С.М. *Адміністративна відповідальність за порушення проведення розрахунків у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Административне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Ірпінь, 2010, 19 с.
14. Дрозд О.Ю., Шепетько А.С. *Юридична особа як суб'єкт самовільного зайняття земельної ділянки у контексті розвитку адміністративно-деліктного законодавства*. О.Ю. Дрозд, А.С. Шепетько. Митна справа, 2011, № 1 (Ч. 2), с. 390-394.
15. Коломоець Т.О. *Забезпечення прав юридичних осіб в адміністративних провадженнях*: монографія. Т.О. Коломоець, В.Г. Лукашевич, Ю.А. Дорохіна. К.: Істина, 2011, 176 с.
16. Дорохіна Ю.А. *Юридична особа в адміністративно-правовій науці*. Юридична наука, 2012, № 7, с. 58-65.
17. *Адміністративна відповідальність: навчальний посібник* [Т.О. Коломоець, П.С. Лютіков, О.Ю. Меліхова, Ю.В. Пирожкова та ін.]. К.: Істина, 2011, 184 с.



INIȚIATIVE ȘI MĂSURI LEGISLATIVE EUROPENE PRIVIND PREVENIREA ȘI COMBATerea MIGRAȚIEI ILEGALE

Angela CUCIURCĂ,
doctor în drept
Rodica CUCIURCĂ,
magistru în drept

SUMMARY

Illegal migration represent one of the main reasons what bothers now European experts from areas of the international relations and security studies just because of the risk that this phenomenon is. Often with social and political causes, starting from the precarious living to repercussions of the dictatorial regimes, the illegal migration also represent a significant geopolitical appearance for Europe from 21st century, and is one of the main pylons what are hte origins profileration of the organized crime. The specific effects are often represented by the development of "underground" economy, pains causing an imbalance between domestic skilled labor and market demand, increased prostitution and drugs and organs trafficking. Even more, social exclusion and socio-cultural differences can represented the bases of conflict sources between natives and immigrants where can be developed terrorist feelings.

Key-words: illegal migration, human trafficking, migration processes, migrants, criminal situation, migration policy.

REZUMAT

Migrația ilegală reprezintă unul dintre motivele principale care îngrijorează actualmente experții europeni din domeniile relațiilor internaționale și studiilor de securitate, tocmai din cauza riscurilor pe care acest fenomen le ridică. Avînd, de cele mai multe ori, cauze sociopolitice, pornind de la nivelul precar de trai pînă la repercusiunile regimurilor dictatoriale, migrația ilegală reprezintă totodată un aspect geopolitic semnificativ pentru Europa secolului XXI, fiind unul dintre principalele motive ce stau la originile amplitudinii crimei organizate. Efectele specifice sînt dezvoltarea economiei subterane, munca la negru determinînd totodată un dezechilibru între forța de muncă autohtonă calificată și oferta pieței, prostituția și intensificarea traficului de droguri și organe. Ba mai mult, marginalizarea socială și diferențele socioculturale pot reprezenta fundamente ale unor surse de conflict între băștinași și emigranți, în rîndurile cărora se pot dezvolta sentimente extremist-teroriste.

Cuvinte-cheie: migrație ilegală, trafic de ființe umane, procese migraționiste, migranți, situație criminogenă, politică migraționistă.

Introducere. La început de secol, societățile dezvoltate confruntate cu greutăți economice și sociale, precum și societățile în curs de dezvoltare, a căror dificultăți sînt mult mai mari, nu mai sînt în măsură să gestioneze corespunzător politica demografică care oricînd poate deveni o adevărată bombă umană, dacă nu adoptă măsuri urgente și eficiente. Cea mai dificilă problemă socială, politică și economică cu care se confruntă Republica Moldova este migrația forței de muncă. La prima vedere, acest lucru n-ar trebui să mire pe nimeni, deoarece fenomenul este caracteristic pentru toate țările lumii în faza trecerii la economia de piață. Totuși noi nu putem trece cu vederea faptul că ponderea și amploarea migrației din țara noastră sînt ieșite din comun. Nu există în lume nici o țară decît R. Moldova, unde o treime din populație se află peste hotare cu intenția de a nu se mai întoarce acasă.

Metode și materiale. Pentru analiza problemei abordate au fost utilizate un șir de metode: comparativă, inductivă, deductivă, logico-juridică, istorică. Ca material au fost utilizate un șir de legi și hotărîri ce constituie

baza juridică a migrației în general și migrației ilegale în special.

Primele încercări de luptă împotriva migrației ilegale a populației moldovenești au fost legate de combaterea traficului de ființe umane. Inițiatorii împiedicării și combaterii acțiunilor de trafic au fost organizațiile internaționale, preocupate de traficul de femei cu scopul exploatării sexuale. În conformitate cu recomandările organizațiilor internaționale și reieșind din situația reală, prin Decizia Guvernului Republicii Moldova (mai 2000) a fost creat Grupul Național de Combatere a Traficului de Persoane, care urma să aibă rolul de partener național în cadrul Proiectului Organizației Internaționale a Muncii pentru combaterea traficului de ființe umane. În același timp, a fost dezvoltat Planul de Acțiuni pentru combaterea traficului de ființe umane, care pune accentul pe cooperarea și acțiunile comune ale entităților publice și organizațiilor nonguvernamentale. În aceeași perioadă a fost constituit grupul de lucru permanent, în care au intrat reprezentanți ai ministerelor, deputați, reprezentanți ai organizațiilor nonguvernamentale.

Deși se întreprind anumite măsuri,

în ansamblu există mari rezerve în ceea ce privește combaterea migrației ilegale și a traficului de ființe umane. În special, neajunsurile sînt legate de inconsecvența autorităților moldovenești privind pedepsirea oficialilor publici care „acoperă” migrația ilegală, traficul de ființe umane cu scopul exploatării peste hotare etc. Acest lucru a determinat Departamentul de Stat din SUA, în Raportul privind contracararea migrației ilegale a ființelor vii în 2007, să excludă Moldova din grupul doi și să o plaseze în al treilea grup de țări care nu fac nimic sau doar imită lupta cu combaterea acestui flagel social. Între timp, se observă unele aspecte pozitive de gestionare a migrației în Republica Moldova, în mare parte datorită cooperării active cu Uniunea Europeană. În același timp, este necesar să acordăm atenție împrejurărilor care duc la reducerea eficacității reglementării proceselor migraționiste în Moldova, și anume:

1) Lipsește cercetarea și pedepsirea penală a oficialilor guvernamentali care „acoperă” migrația ilegală sau o organizează.

2) În lupta pentru contracararea migrației ilegale deseori activitatea



se imită, dîndu-se preferință mai ales măsurilor administrative decît celor de interdicție. Un exemplu în acest sens sînt „sfaturile” (neoficiale) date de către consulatele străine referitor la numărul fix (limitat) de vize eliberate pe parcursul unei zile de lucru.

3) Se cer activități axate pe diasporă, care să includă stimularea patriotismului, aspecte socioeconomice, de drept și informaționale. De multe ori ele se rezumă la o abordare birocratică, care face necesară investirea în economia țării, mizîndu-se pe nostalgia migranților.

4) Bazîndu-se doar pe cooperarea cu Uniunea Europeană în ceea ce privește reglementarea migrației, autoritățile moldovenești pierd legătura cu statele din Est (Rusia, Ucraina, alte țări CSI) în ceea ce privește cooperarea pentru combaterea migrației forței de muncă, a traficului de ființe umane cu scopul de a fi exploatate în diferite forme.

Acest aspect al activităților nu trebuie trecută cu vederea mai ales în contextul concurenței tot mai mari pentru migranți ca forță de muncă, schimbărilor în politica migraționistă a Rusiei, ca principal contractor al forței de muncă moldovenești. În acest context, considerăm că fără o politică de investiții pe termen lung, bine gîndită, din partea Uniunii Europene, toate măsurile întreprinse de către autoritățile moldovenești cu scopul de a reglementa migrația nu vor avea succesul așteptat. Combaterea eficientă a traficului ilegal rămîne deci un proces complex, care îmbină atît voință, cît și măsuri economice care necesită cooperare la nivel internațional, precum și între structurile naționale, organele de stat și organizațiile nonguvernamentale.

Protecția socială a migranților se referă la două aspecte principale: 1) protecția socială a migranților în țara-gazdă, 2) securitatea socială a acestora în perspectiva întoarcerii lor în Republica Moldova, pentru că majoritatea dintre ei nu contribuie la fondul de asigurări sociale și la fondul pentru asigurări obligatorii de asistență medicală. Deși în decembrie 2006 s-au făcut modificări în Legea privind pensiile de asigurări sociale de stat prin introducerea contractului individual de asigurare, care se încheie direct cu Casa Națională de Asigurări Sociale, puțini migranți apelează la acesta pentru a-și asigura pensia pentru limita de vîrstă. De asemenea, persoanele

plecate la muncă peste hotare își pot procura polița de asigurare medicală obligatorie. Cetățenii Republicii Moldova se adresează medicului în străinătate doar în cazuri extreme, pentru că serviciile medicale sînt scumpe și majoritatea nu-și pot permite să le achite sau trebuie să facă mari eforturi financiare. Cei mai mulți migranți încearcă să-și rezolve problemele de sănătate prin metode tradiționale sau în condiții casnice, prin administrarea unor medicamente.

Trebuie de luat în calcul faptul că mulți migranți acceptă, fiind constrînși de împrejurări, să lucreze în condiții nocive sau cu risc sporit. Problema este și mai gravă dacă ne referim la faptul că „necontribuția” celor plecați la muncă peste hotare se răsfrînge asupra întregului sistem de asigurare socială, pentru că povara celor angajați este din ce în ce mai mare. Este absolut necesară o politică și o strategie guvernamentală coerentă în acest sens, pentru a crea condiții favorabile care să stimuleze migranții să contribuie la sistemul asigurărilor sociale și de sănătate, prin campanii publice de informare asupra necesității acestor contribuții. Dacă acordurile bilaterale în domeniu sînt mai greu de coordonat, atunci, pe plan intern, eforturile ar trebui să fie maxime. Moldova are propria politică migraționistă, în contextul inițiativelor migraționiste ale Uniunii Europene.

Migrația ilegală cauzează multiple probleme legate de plasarea forței de muncă, de lezarea drepturilor cetățenilor Republicii Moldova aflați peste hotare, de pătrunderea ilegală în țară a cetățenilor străini și a apatrizilor, tranzitarea ilegală a teritoriului țării, traficul ilicit de ființe umane, agravarea situației criminogene. Ca urmare a emigrării la muncă a unei părți considerabile a populației, piața muncii se poate confrunta cu disproporții condiționate de lipsa forței de muncă calificate. Este nevoie de mijloace și de timp pentru a înlocui constructorii, pedagogii, medicii, inginerii și alte categorii de specialiști calificați care au părăsit locurile de muncă.

Procesele migraționiste influențează atît situația socială, economică și demografică din țară, cît și stabilitatea și securitatea statului. Analiza situației migraționiste denotă că sistemul existent de reglementare a acesteia în Republica Moldova nu corespunde necesităților reale. Actualul cadru juridic nu asigură respectarea deplină a

drepturilor migranților, iar activitatea structurilor de stat în domeniul migrației este insuficientă, întrucît acestea nu dispun de un mecanism bine determinat de evidență și de control al fluxurilor migraționiste, precum și de pîrghiile necesare pentru dirijarea lor. Noile realități social-economice și politice solicită luarea din partea Statului a unei atitudini deosebite față de problemele migrației populației, care presupune adoptarea unei strategii adecvate în acest domeniu și elaborarea cadrului legislativ necesar pentru promovarea politicii migraționiste a Republicii Moldova.

Prezenta Concepție are ca scop determinarea politicii de stat în domeniul migrației, fapt ce va permite asigurarea respectării drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, reglementarea și dirijarea procesului migraționist în interesul persoanei și al societății, protecția socială a migranților și a familiilor acestora, stabilirea relațiilor de cooperare cu alte state, crearea condițiilor de angajare legală în cîmpul muncii peste hotare a cetățenilor moldoveni, combaterea migrației ilegale și a traficului ilicit de ființe umane. Concepția politicii migraționiste stabilește scopurile, sarcinile, principiile de bază și direcțiile prioritare ale reglementării și dezvoltării proceselor migraționale în Republica Moldova, căile de promovare și de realizare a politicii migraționale, sarcinile și funcțiile de bază ale autorităților administrației publice în domeniul migrației.

Un rol important îi revine Statului și în controlul asupra intrării în și ieșirii din țară a tuturor categoriilor de migranți, în combaterea migrației ilegale de muncă și contracararea activității persoanelor fizice și juridice care intermediază ilegal acțiunile de angajare peste hotare, în combaterea traficului ilicit de ființe umane. Printre aceste inițiative, menționăm: aprobarea unei abordări globale față de migrația în regiunile de est și sud-est învecinate cu Uniunea Europeană; parteneriatul privind mobilitatea și migrația circulară; instrumentul european de vecinătate și cooperare; Misiunea Uniunii Europene privind Cooperarea la Frontieră (EUBAM); Sinergia Mării Negre; noua tematică de cooperare cu țările terțe în domeniul azilului și migrației; crearea Centrului Unic de Vize al Uniunii Europene; Acordul privind Simplificarea Regimului de Vize și de Readmisie. Avînd în vedere încheie-



rea termenului Planului Individual de Acțiuni „Uniunea Europeană – Republica Moldova”, autoritățile moldovenești au înaintat inițiativa de a semna un nou document de cooperare cu Uniunea Europeană. Acest document trebuie să fie bine consolidat din punct de vedere politic, oferind Moldovei o continuitate a reformelor inițiale de integrare europeană. Republica Moldova nu insistă ca acest document să fie numit Plan de aderare a RM la Uniunea Europeană, însă vrea ca în document să fie clar menționat că țara va obține acces și va avea posibilitate să folosească toate cele patru libertăți oferite de Uniunea Europeană țărilor ce urmează să adere.

Moldova și-a exprimat dorința de a adera în calitate de țară-pilot la Proiectul privind migrația circulară și a venit, la rîndul său, cu propuneri și observații privind îmbunătățirea mecanismului migrației circulare și de mobilitate. Au avut loc două runde de negocieri referitor la oferirea Republicii Moldova a Proiectului-pilot de parteneriat în domeniul migrației circulare și de mobilitate. În iunie 2008, Moldova a fost selectată în calitate de țară care va realiza acest proiect-pilot. Accentuăm semnificația specială a unui astfel de acord de mobilitate. Se știe că majoritatea inițiativelor Uniunii Europene în domeniul migrației au caracter restrictiv. Acest acord pune accentul pe aspecte care să le permit, în primul rînd, să atragă atenția asupra migrației circulare a cadrelor de muncă calificate, pe sensibilizare, pe formare profesională în contextul cerințelor UE, cu scopul de reîntoarcere și reintegrare în țara de origine.

În ansamblu, Republica Moldova a salutat rezultatele misiunii EUBAM: s-a fortificat încrederea la frontieră, s-a redus migrația ilegală, traficul de droguri, numărul de automobile furate etc. Utilizarea tehnologiilor moderne a permis identificarea traficului de țigări nemarcate în containere. Deschiderea în 2007 a unui Centru Unic de Vize UE a permis facilitarea obținerii vizelor UE pentru țările care nu au ambasade în Republica Moldova.

Începînd cu 1 ianuarie 2008, prin Acordul de Facilitare a Regimului de Vize și de Readmisie, a fost introdus regimul simplificat de vize între Moldova și țările Uniunii Europene. În același mod a fost simplificată procedura de perfectare a vizelor pe termen scurt (numărul și perioada de examinare a documentelor). Se stabilește o taxă

mai mică, sînt determinate categoriile de persoane care pot primi gratuit viza cu intrări multiple și vize pe termen mai lung. Sînt introduse anumite măsuri de facilitare a regimului de vize cu România și Bulgaria. Din 11 iulie 2008, cetățenii Republicii Moldova pot tranzita teritoriul României fără viză de tranzit, într-o perioadă care nu depășește cinci zile, dacă dețin o viză pentru una din țările UE sau permis de ședere în aceste țări.

Spre deosebire de multe alte țări, Acordul privind readmisia cetățenilor moldoveni și cetățenilor țărilor terțe ce au intrat în Uniunea Europeană de pe teritoriul Republicii Moldova, a intrat în vigoare la 1 ianuarie 2008. Mai mult ca atît, Moldova a semnat acorduri privind readmisia cu Cehia, Ungaria, Lituania, Polonia, România, Ucraina, Norvegia, Elveția, Italia. Ca parte a Procesului de la Budapesta de cooperare regională în contextul Sinergiei Mării Negre, Moldova cooperează în domeniul combaterii migrației ilegale, contrabandei, criminalității transfrontaliere, consolidării și modernizării tehnice a controalelor de frontieră, îmbunătățirii procesului de culegere a datelor și monitorizării informațiilor etc. Comisia Europeană sugerează instaurarea unui mecanism care să permită a se stabili, la nivel european, care state pot reintroduce excepțional controale la frontierele interne, chiar dacă sînt membre Schengen. Mecanismul va fi utilizat ca “ultimă soluție”, în situații critice, pînă la adoptarea unor noi măsuri.

În prezent Republica Moldova dispune de o bază legislativă destul de largă care stabilește sarcinile și responsabilitățile ministerelor și departamentelor, organelor administrative privind exercitarea controlului regimului de intrare, ședere, documentare și ieșire a cetățenilor străini și apatrizilor din țară, inclusiv procedeele de scoatere și expulzare din țară și tragere la răspundere a străinilor contravenienți, precum și organizarea măsurilor în vederea prevenirii acțiunilor care ar putea aduce prejudiciu securității statului.

Legea cu privire la ieșirea și intrarea în Republica Moldova definește dreptul de a ieși și a intra în țară, enunță restricțiile aduse acestui drept și reglementează procedura de solicitare pentru ieșirea și intrarea în țară. Legea prevede că cetățenii străini și apatrizii să se afle în Republica Moldova în baza actelor de identitate

naționale valabile, a permiselor de ședere eliberate de organele competente și obligativitatea acestora să iasă din țară la expirarea termenului de ședere stabilit.

Legea cu privire la statutul juridic al cetățenilor străini și al apatrizilor reglementează drepturile și obligațiile cetățenilor străini care au domiciliul în Republica Moldova. Totodată, legea menționată prevede că străinii și apatrizii poartă răspundere administrativă și penală pentru încălcarea legislației în vigoare, precum și că acestora în asemenea cazuri li se poate reduce termenul de ședere sau ei pot fi expulzați din Republica Moldova.

Legea cu privire la migrațiune prevede principiile și obiectivele migrației, competențele organelor administrative implicate în problemele migrației și regulile de bază ale emigrării și imigrării. Legea menționată prevede suportarea cheltuielilor pentru expulzarea străinului din contul fondului de expulzare, pînă în prezent însă un asemenea fond n-a fost instituit și nu este determinată modalitatea acumulării surselor financiare în acest scop.

Legea cu privire la statutul refugiaților stabilește cadrul juridic, economic, social și organizațional de acordare a statutului de refugiat, a azilului politic și a protecției temporare în Republica Moldova și determină statutul acestora.

Legea cu privire la actele de identitate din Sistemul național de pașapoarte determină tipurile actelor de identitate (buletine de identitate, pașapoarte și permise de ședere) cu care sînt documentați cetățenii Republicii Moldova, precum și cetățenii străini și apatrizii domiciliați temporar sau permanent pe teritoriul țării. Legea prevede modalitatea de documentare, eliberare, ridicare a actelor de identitate, precum și obligațiunile și responsabilitățile titularului.

Prin Hotărîrea Guvernului nr. 376 din 06.06.1995 au fost aprobate *Regulile de ședere a cetățenilor străini și a apatrizilor în Republica Moldova și Regulamentul cu privire la modul de perfectare și eliberare a actelor de identitate ale Sistemului național de pașapoarte*, documente care cuprind modalitatea aplicării în practică a legilor menționate mai sus, adică modul de perfectare și eliberare a actelor de identitate către cetățenii Republicii Moldova, cetățenii străini și apatrizii domiciliați permanent sau temporar pe teritoriul ei, statutul juridic al acestora



tora și modul de ieșire din și de intrare în Republica Moldova.

Legea privind frontiera de stat a Republicii Moldova reglementează modalitatea de trecere a frontierei de stat, atribuțiile Serviciului în domeniul apărării frontierei și efectuării controlului la punctele de trecere, precum și atribuțiile altor organe competente (MAI, MAEIE, Serviciul Vamal) în zona de frontieră.

Legea turismului reglementează principiile de organizare a turismului, competența autoritatilor publice, drepturile și obligațiile agenților de turism etc.

În *Legea cu privire la poliție* au fost introduse modificări care prevăd reținerea în localuri special amenajate a persoanelor care au intrat clandestin, se află ilegal și sînt supuse expulzării de pe teritoriul Republicii Moldova, și au fost stipulate drepturile poliției de a aplica interdicții de intrare/ieșire și de a lua decizii și întocmi dosare de reducere a termenului de ședere și de expulzare a străinilor din Republica Moldova.

În *Legea cu privire la ieșirea și intrarea în Republica Moldova* au fost introduse unele completări ce prevăd angajamentul persoanei care invită în țară cetățeni străini de a suporta cheltuielile legate de șederea, asistență medicală pe perioada sejurului, precum și cele impuse de eventuala expulzare a acestora. Legea a fost completată cu prevederea de a obliga organele competente să elibereze invitațiile de comun accord cu MAI.

Totodată, întru executarea prevederilor Hotărîrii Guvernului nr. 1415 din 19.12.2001, a fost elaborată și adoptată Hotărîrea Guvernului cu privire la crearea Centrului de plasament temporar al străinilor, nr. 71 din 30.01.2004.

Cadrul legislativ actual în general este suficient pentru activitatea organelor competente în acest domeniu, dar pornind de la aspirațiile țării noastre de a se integra în Uniunea Europeană, ar fi util de a-l aduce mai aproape de legislația UE, pentru a exclude unele lacune și a evita dublarea unor reglementări. Concomitent, este necesar de a revizui cadrul legislativ existent, pentru a-l conforma cadrului legislativ al UE în acest domeniu.

Rezultatele investigației constau în recomandări de a efectua modificări majore în sectorul public, în normele culturale și stimulentele economice cu care se confruntă grupuri mari de

oameni. Astfel de schimbări necesită mult timp și se realizează treptat, în cele mai bune condiții. Însă succesul acestor reforme va fi, în cele din urmă, important pentru viitorul R. Moldova. Există și alte măsuri ce pot fi utilizate pentru a extinde beneficiile migrației și ale transferurilor de peste hotare asupra creșterii, angajării și reducerii sărăciei. Prima acțiune se referă la politicile privind volumul, caracteristicile și utilizarea transferurilor.

O recomandare simplă, care ar putea fi abordată ca parte a unui acord bilateral mult mai cuprinzător dintre Moldova și țările relevante, este oferirea unui anumit tip de "perioadă de grație" (durata căreia ar fi deschisă pentru negociere), în timpul căreia migranții ar fi capabili de a munci și concomitent de a fi liberi să-și clarifice statutul. Un astfel de acord ar putea, de asemenea, include prevederi ce țin de oferirea asistenței în accesarea, înțelegerea și completarea documentației. Din multe interviuri realizate cu migranții și autoritățile, pare să fie foarte evident că autoritățile abordează prea puțin aceste subiecte. Inițierea implementării acestei recomandări, destul de simple și directe, pare să fie un pas pozitiv în direcția corectă.

Concluzii. Analizînd problemele abordate cu titlu de concluzie, am constatat că forța de muncă migrată contribuie la sporirea masei valutare din țară și scăderii inflației bănești, ceea ce duce la stabilizarea social-economică a țării, contribuie la diminuarea conflictualității sociale, la consolidarea sistemului bancar, îmbunătățirea stării materiale a populației, reducerea sărăciei și formarea clasei sociale mijlocii. Una dintre cele mai mari provocări ale tranziției este ajustarea educației profesionale la noua economie și noile ocupații care sînt solicitate.

O reducere a migrației ar putea încetini dezvoltarea economiei, chiar dacă ar contribui la unirea familiilor și ar soluționa unele dificultăți pe piața muncii, ceea ce probabil nu se va întîmpla atîta timp cît Moldova se confruntă cu probleme interne sociale și economice, iar cererea pentru lucrul emigranților este înaltă. Scenariul probabil este unul în care nivelul migrației rămîne înalt, dar este mai bine controlat și fluxurile sînt mai regulate. Unele aspecte negative ar putea persista, dar pot fi concepute anumite intervenții prin intermediul politiciilor. Eforturile Guvernului Republicii Moldova de a îmbunătăți climatul de

afaceri sînt în curs de desfășurare de la un timp, avînd ajutorul substanțial al donatorilor externi.

Din moment ce viața peste hotare va deveni în timp, probabil, mult mai atractivă, iar tot mai mulți migranți își vor legaliza treptat statutul în majoritatea țărilor de destinație, Guvernul R. Moldova va ajunge în curînd să concureze pentru persoanele mobile pe plan internațional. Oricum, moldovenii care constituie al treilea val al migranților potențiali ar putea să posede abilități esențiale și ambiții de antreprenariat, generînd o creștere economică majoră, întru binele tuturor moldovenilor.

Referințe bibliografice

1. *Legea cu privire la ieșirea și intrarea în Republica Moldova*, nr. 269-XIII din 09.11.1994.
2. *Legea cu privire la statutul juridic al cetățenilor străini și al apatrizilor în Republica Moldova*, nr. 275-XIII din 10.11.1994.
3. *Legea cu privire la migrațiune*, nr. 1518-XI din 06.12.2002.
4. *Legea cu privire la statutul refugiaților*, nr. 1286 din 25.07.2002.
5. *Legea privind actele de identitate din sistemul național de pașapoarte*, nr. 273-XIII, din 09.11.1994.
6. *Legea privind frontiera de stat a Republicii Moldova*, nr. 108-XIII, din 17.05.1994.
7. *Legea turismului*, nr. 798-XIV din 11.02.2000.
8. *Legea cu privire la poliție*, nr. 416-XII din 18.12.1990.
9. *Legea cetățeniei Republicii Moldova*, nr. 1024-XIV din 02.06.2000.
10. Hotărîrea Guvernului cu privire la măsurile suplimentare de realizare a Sistemului național de pașapoarte, nr. 376 din 06.06.1995.
11. Hotărîrea Guvernului despre aprobarea Regulamentului cu privire la instruirea cetățenilor străini și apatrizilor în instituțiile de învățămînt din Republica Moldova, nr. 746 din 21.06.2003.
12. Hotărîrea Guvernului pentru aprobarea *Regulamentului privind eliberarea de invitații cetățenilor străini și apatrizilor*, nr. 33 din 22 ianuarie 2004.
13. Hotărîrea Parlamentului Republicii Moldova privind aprobarea *Concepției politicii migraționale a Republicii Moldova*, nr. 1386-XV din 11 octombrie 2002.



THE PROBLEMS CONCERNING THE JURIDICAL TREATMENT OF THE ECONOMIC-FINANCIAL SECURITY OF REPUBLIC OF MOLDOVA

Mircea GLADCHI,
student

SUMMARY

In this article there are examined the fundamental basis of theoretical and normative nature that are related for a further making and development of the project of financial security of Republic of Moldova. Analyzing the theories present in the sphere of national security and the legislative acts that regulates the relationships that appear in this domain, there were made a number of useful recommendations that will be the guide in creating the document entitled as the strategy of financial security. Providing the principles that are at the basis of the law determining the concept of national security of Republic of Moldova, the law of state security and the constitutional norms that are referred to national economy and public finances, there was defined the concept of *economic-financial security of the state*. The work touches the nowadays problems of the state in the field of assuring the financial security and the methods of activation of different state bodies responsible of financial security.

Key-words: national security, national interests, economic-financial security, the principles of economic security.

REZUMAT

În acest articol sînt cercetate bazele fundamentale teoretice și normative care se referă la elaborarea și perfecționarea proiectului strategiei securității financiare a Republicii Moldova. Fiind analizate teoriile existente în sfera securității naționale și actele legislative care reglementează raporturile apărute în sfera dată, au fost formulate un șir de recomandări utile ce țin de elaborarea conținutului documentului de politici privind strategia securității financiare. Examinînd principiile care au stat la baza legii pentru aprobarea Concepției securității naționale a Republicii Moldova, legii securității statului și făcînd referire la normele constituționale ce vizează economia națională și finanțele publice, a fost precizat conținutul conceptului de *securitate economico-financiară a statului*, astfel fiind dezvoltat în continuare sistemul de viziuni asupra conceptului dat. Este abordată problematica actuală a Statului în domeniul financiar și sînt investigate modalitățile de funcționare a instituțiilor statului, responsabile de securitatea economico-financiară. Este argumentată necesitatea elaborării unui concept nou privind activitatea instituțiilor statului în domeniul securității economico-financiare.

Cuvinte-cheie: securitate națională, interese naționale, securitate economico-financiară, principiile securității economice.

With the social, scientifically, technological development of a country, the community started to interfere with a variety of problems that were of a different nature and different kind in a vast diversity of fields as the economical, political, ecological, military, informational and other that had an impact on the society and state, and in order to solve them there was given the notion of security. The notion of security could be divided in the simple phase and the more complex one. The simple one is characteristic for all the living beings and the struggle for security has each specimen of its kind. The more complex one are those type of securities that have a general purpose and strive to satisfy the necessity of a large group of subjects. This kinds of security usually are determined by a state institution and a form of organization in the interior of the state.

The problem of assuring the security of a state appeared with the actual inception of the state society, and till now it is the main problem that is the state's main goal. Even Socrate stated 400 years b.c. the necessity of defending the state as the birth idea of its creation. Russo in his works mentioned that the preoccupation of self-defense and security is the most important goal

that a state should achieve [10, p. 34].

The term of security started often to be used approximately 800 years ago and has the meaning "the relaxed state of a human mind, that considers himself protected from any kind of harm that could appear" [9, p. 59].

A definition that was given by A. Rusnac in his work "The theoretical aspects of security" is the protection and assurance of vital interests of a person, society and of the state, through the Constitutional legal framework and practice. This is where we should understand the priority and the well established role of security in the field of constitutional law. Also when we are talking about the term of National security we should examine the idea of interest, and those interest that need to be protected by these defensive measures. These interests fall into three categories. The first includes vital interests, those of broad, overriding importance to the survival, safety and vitality of a nation. Among these are the physical security of a territory, the safety of citizens, economic well-being and the protection of critical infrastructures. The second category includes situations in which important national interests are at stake. These interests do not affect the national survival, but they do affect

national well-being and the character of the world in which we live. The third category is humanitarian and other interests. Examples include responding to natural and manmade disasters or violations of human rights, supporting democratization and civil control of the military, assisting humanitarian demining, and promoting sustainable development. Often in such cases, the force of our example bolsters support for our leadership in the world [8, p. 11].

The problem of financial security was firstly examined in USA at the beginning of the 20th century, as a result to the technic scientific progress, the fight with the social economical systems, and the struggle to globalization. Also here I should state that in USA was firstly used the term of national security. National security is the requirement to maintain the survival of the state through the use of economic, diplomacy, power projection and political power. Accordingly, in order to possess national security, a nation needs to possess economic security, energy security, environmental security, etc. Security threats involve not only conventional foes such as other nation-states but also non-state actors such as violent non-state actors, narcotic cartels, multinational corporations



and non-governmental organizations; some authorities include natural disasters and events causing severe environmental damage in this category [7, p. 13]. This term had a very large impact on the society between 1904 and 1947 and has the idea of defense without the integration of external, internal or military politics. The idea of financial security that was presented back in the 30th of the 20th century provided the American state with possibility of access to international marketplaces and the non-isolator policy in the technical progression domain. Congress enacted the Securities Act of 1933, in the aftermath of the stock market crash of 1929 and during the ensuing Great Depression. Legislated pursuant to the interstate commerce clause of the Constitution, it requires that any offer or sale of securities using the means and instrumentalities of interstate commerce be registered with the SEC pursuant to the 1933 Act, unless an exemption from registration exists under the law. "Means and instrumentalities of interstate commerce" is extremely broad, and it is virtually impossible to avoid the operation of this statute by attempting to offer or sell a security without using an "instrumentality" of interstate commerce. Any use of a telephone, for example, or the mails, would probably be enough to subject the transaction to the statute. The 1933 Act was the first major federal legislation to regulate the offer and sale of securities. Prior to the Act, regulation of securities was chiefly governed by state laws, commonly referred to as blue sky laws. When Congress enacted the 1933 Act, it left existing state securities laws ("blue sky laws") in place. The '33 Act is based upon a philosophy of disclosure, meaning that the goal of the law is to require issuers to fully disclose all material information that a reasonable shareholder would require in order to make up his or her mind about the potential investment. This is very different from the philosophy of the blue sky laws, which generally impose so-called "merit reviews." Blue sky laws often impose very specific, qualitative requirements on offerings, and if a company does not meet the requirements in that state then it simply will not be allowed to do a registered offering there, no matter how fully its faults are disclosed in the prospectus.

Economic security or financial security is the condition of having stable income or other resources to support a standard of living now and in the foreseeable future. It includes: proba-

ble continued solvency, predictability of the future cash flow of a person or other economic entity, such as a country, employment security or job security. Financial security more often refers to individual and family money management and savings. Economic security tends to include the broader effect of a society's production levels and monetary support for non-working citizens. By thoughts of many authors the economical security of a country is determined by the necessity of assuring its sovereignty in the adoption of decisions, related to internal and external affairs concerning and conserving the economical independence of the state and also increasing the achieved living status of the population.

In his treatment of economic security, Buzan concludes that economic security can only have meaning in restricted circumstances and where there is a demonstrable linkage between the economy, on the one hand, and military capability, power or social identity on the other. Yet issues impinging upon the content of economic capacity and national identity, ranging from monetary relations to macroeconomic policy to debt repudiation, are treated as essential and critical elements of the inexorable ebb and flow of the market mechanism [6, p. 45].

National security, nowadays, has some strict necessities, the first one is the theoretical basis of a scientifically methodological structure that has the goal to make the foundation of a legal framework in the basic domain of economical and financial domain, on a national and international level, with the goal of conserving the decisional independence of the state in this sphere and the growth of wealth level of the population.

The common ideas in the elaborating the theoretical basis should for a well determined ground for the growth of further ideas in this specific sphere, that's why the absence of such knowledge in domain of economical security could lead to the difficulty of determining the organizational bodies and specific institutions that work to provide a well determined goal. This also should lead to the equal diversification of the well established task and power, that will condition the complexity of the activities performed in the interior of the state. From the juridical aspect the economic security consists of two parts. The first one is the specific relationships that are under the regulation of financial laws and the subjects in this relationships follow the legal path of movement. The

second one is characterized by the Primary law that regalements the domain in which are applied the financial and economical relationships and struggles to perform the needs described as being the economical security. Economic security, in the context of politics and international relations, is the ability of a nation-state to follow its choice of policies to develop the national economy in the manner desired. Historically, conquest of nations have made conquerors rich through plunder, access to new resources and enlarged trade through controlling of the conquered nations' economy. In today's complex system of international trade, characterized by multi-national agreements, mutual inter-dependence and availability of natural resources. Economic security today forms, arguably, as important a part of national security as military policy.

The financial security strategy of Republic of Moldova must be formed of a bunch, a totality of ideas, norms, also resources, methods and directions that actions should have in order to tempt the state bodies to perform defensive, and reflective measures against the harms that can appear, on a long period of time and under different expected situations. The realization of economical reforms can be done only if there exists a solid legal framework, that is respected by all the private and public actors, the presence of a independent judicial system, and other factors of objective or subjective nature. The normative foundation of the Strategy assuring the financial security of Republic of Moldova can be enumerated through the present adopted and entered in to force legislative acts:

- The Constitution of Republic of Moldova
- The Law of state security nr. 618 from 31.10.1995
- The Law determining the concept of national security of Republic of Moldova nr. 112 from 22.05.2008.

Republic of Moldova has the main primordial basis of economical security established in Constitution. The article related to the economical system and the main characteristics that has the economic system in our country are there under article 126. The economic system of Republic of Moldova is a market one, with a social orientation, based on private property and public property, with the presence of free concurrence [1]. Form this statements we actually can determine the main aspects that are protected by the constitutional law.

First of all I should mention the



market economy with a social orientation. The social market economic model is based upon the idea of realizing the benefits of a free market economy, especially economic performance and high supply of goods, while avoiding disadvantages such as market failure, destructive competition, concentration of economic power and anti-social effects of market processes. The aim of the social market economy is to realize greatest prosperity combined with best possible social security. As a difference to the free market economy the state is not passive, but actively takes regulative measures. This kind of market determines the activity of the state in the economical flow of goods, and the most important aspect that actually interest us is the performing the economical security, or that control over the goods flow. The social market contains central elements of a free market economy such as private property, free foreign trade, exchange of , and free formation of prices. In contrast to the situation in a free market economy, the state is not passive and actively implements regulative measures. Some elements, such as pension insurance, universal health care and unemployment insurance are part of the social security system. These insurances are funded by a combination of employee contributions, employer contributions and government subsidies. The social policy objectives include employment, housing and education policies, as well as a socio-politically motivated balancing of the distribution of income growth. In addition, there are provisions to restrain the free market.

The second key point is the aspect of property, the division of property in two main branches, the public one, and that branch that actually gives the possibility of a financial system to develop, and to get the economical and civil flow of goods, because of the multitude of aspects determined by the criteria's that combine around the goods from the private domain [4, p. 33]. When we talk about the institutional bodies of a market there should be under the control of the state, that's why we have in our legal provision the terms of public property, also this is made to determine the division of species of goods, and their flow to the consumer.

The third one is the free competition, that determines the aspects of a legal and ordinal activity of the subjects participating at the economical relationship on the market field. Further we will notice the aspect of loyal competition described at letter "b" from this

article. free competition maximally satisfies consumer preferences and concluding that free competition is the morally right system. The best society of all would be one composed of good people who would all have good preferences whose efficient satisfaction we should favor. So in this society we should surely choose free competition. In reference with this idea there should be mentioned, the opened aspect of this type of competition, determined also by the type of market that persists on the territory of the country.

The second line of article 126 establishes the obligations of the state orientated to the well development of the economic sphere. The state must assure the regulation of the economic activity and the administration of public property, the market freedom and the entrepreneurial activity, protection of loyal competition, manufacturing a pleasant environment for a efficient production factors exploitation, the protection of national interests in the economic, financial and currency fields, the scientific researches in the economic domain, minting the ecological balance of the environment during the natural resource exploration, to not interfere in the investigations made by natural persons and legal entities, including the foreign ones. Analyzing all the components enumerated above, we can underline some interesting ideas that are a premise for the creation of the state's economic strategy. A special attention I will accord to the statement about the protection of national interests in economic, financial and currency domain. I think this statement gives us some ideas of those interests that should be formulated in a national security law, and those aspects of potential harm that could appear. This is the stage when we slowly progress to our next legislative act the law determining the concept of national security of Republic of Moldova.

In the concept of national security of Republic of Moldova, a greater accent is made on the economical development of the country, the practical achievement of the independence, increasing the wealth development of the population.

Analyzing the structure of the Concept of national security of Republic of Moldova, can be set the following parameters:

- Republic of Moldova in the international field
- National interests of Republic of Moldova
- The potential harms of the nation-

nal security of Republic of Moldova

- Maintaining the national security of Republic of Moldova [2].

The idea of forming the Concept of national security had the aim to consolidate the governing bodies of the state, organizations and people for acknowledging the national interests and security of Republic of Moldova. The idea main idea of this statement is that relating it to the national strategy of financial security the main purpose will be to accentuate and try to develop the concepts of those national interests described here.

Also the national strategy of financial security should be built on some defined principles of security measures. This principles should be shared with the preexisting ones formulated in the Concept of national security of Republic of Moldova, and they sound like:

- Respecting the Constitution of Republic of Moldova and it's legal framework in the process of activity of the national security.

- The unity, cooperation and balance between all types of securities and persistence of flexibility for different types of situations.

- The priority of political, economic, financial and informational sources of national security.

- The objective evaluation, taking in to consideration the real founds and power for the established goals.

- The assurance of the status of permanent neutrality

- To restore the territorial integrity of the state, removing the presence of foreign armed troops, strengthen the independence and sovereignty of the state.

- Maintaining the dynamic aspect of European integration.

- Maintaining the democratic development of the society and assuring it's protection.

- Respecting the fundamental human rights and freedoms.

- A unified system of security bodies and a centralized method of administration [3].

Some of this principles were stated also in the law of state security, and some of them are new. Also there should be mentioned a theoretical aspect of some principles and the non interference with the actual project of financial security, but overall this should be the basis according to which should be formed the strategy of financial security.

Taking in to consideration the amount of positive features that the



Concept of national security of Republic of Moldova has, there are some nuances that can be considered as drawbacks. The first one will be the absence of a certain statement of the body responsible for analyzing and forecasting the threats that could appear aimed towards the national security, and the body responsible for decisions upon those threats. The next drawback will be the absence of a certain order of activity that the responsible bodies from the executive front, should treat the question on different central and regional levels. The third one that should be mentioned is the lack of a certain definition and characteristics for national interests, as we already state based on this interests the actual security plan is formed and the whole it's activity is around those primordial interests that must be well determined and to provide the precise idea followed by the government and the society.

The terms "national security" and "national interests" obviously appeared and spread in countries where the idea of nation was determined by the principle "one nation – one country". Is a country's goals and ambitions whether economic, military, or cultural. The concept is an important one in international relations where pursuit of the national interest is the foundation of the realist school. While the concept of the national interest has long been central to theories of international politics, its analytical usefulness has also been seriously challenged. I argue that, to be useful in accounting for state action, this concept should be reconceptualized in constructivist terms. The national interest of a state is multi-faceted. Primary is the state's survival, welfare and security. Also important is the pursuit of wealth and economic growth and power. Many states, especially in modern times, regard the preservation of the nation's culture as of great importance. The difficulty with the analytical usage of the term is the absence of any agreed methodology by which the best interests of the nation can be tested. Some writers have argued that the best interests are, nevertheless, objectively determined by the situation of the state within the international system and can be deduced from a study of history and the success/failure of policies. Other writers concede that national interest is subjectively interpreted by the government of the day. In this version, national interest is similar to the politician's rhetorical usage of the term—the national interest is merely what the politician says the national

interest is. The problematic idea is the notion of nation that is a community of people who share a common language, culture, ethnicity, descent, or history. According to Joseph Stalin writing in 1913 in *Marxism and the National Question*: "a nation is not a racial or tribal, but a historically constituted community of people;" "a nation is not a casual or ephemeral conglomeration, but a stable community of people;" "a common language is one of the characteristic features of a nation;" "a nation is formed only as a result of lengthy and systematic intercourse, as a result of people living together generation after generation;" "a common territory is one of the characteristic features of a nation;" "a common economic life, economic cohesion, is one of the characteristic features of a nation;" "a common psychological make-up, which manifests itself in a common culture, is one of the characteristic features of a nation;" "A nation is a historically constituted, stable community of people, formed on the basis of a common language, territory, economic life, and psychological make-up manifested in a common culture."

The aspect of nation definition, and word-use we also in our constitution have a slightly gap when talking about sovereignty. Article 2 line 1 from our constitution states that the national sovereignty belongs to the people of Republic of Moldova, that exercise in a direct way and through representative bodies, in forms established by the Constitution. We see here a strange aspect, and a actual paradox, that the national sovereignty belongs to a larger amount that the nation. This question was widely discussed by our professors and there exists a lot of opinions on the structural aspect of this statement.

Nowadays this term already has a common idea, and has a long term existence in our legal framework. There only can be some term delimitations or some points of interest, because the term of national interests is used in the law of state security nr. 618 since 31.10.1995.

Using the term national interests will help us underline the priority of society and people leaving on a certain territory, but not the interests of the state and the governing bodies. Specifically in the Strategy of national security is stated that primordial national interests of Republic of Moldova are the maintaining the protection of our independence, sovereignty and territorial integrity, the inviolability of national borders, citizen protecti-

on, respecting and protecting the fundamental human rights, strengthening the democratic relationships, that help develop the rule of law and the market economic [5]. According to the Strategy of national security of Republic of Moldova, the only way of achieving the established interests is to have the condition of a progressive development on the economic field, that's why the interests in this domain will be determined as the key points on which will be made a greater accent, and will be the leading domain which Republic of Moldova will try to upgrade on the period established by the Strategy. National interests are the factor that determine the state's politics which way to chose, in order to satisfy the goals made, and they are the objective guide for the country in order to get the best performance and a maximal efficiency in bringing the wealth to the society.

The national interests in the economic domain can be enumerated such ideas like taxes and currency politics, the efficient development of bank system, an independent from other economic/financial politics in the right to chose the stability of national currency. Also here should be added the protection for different kinds of investments, and the role of foreign currency in the economic activity of the country. This actually are some of the main key points established by the Constitution in the article 126 where are determined the role of the state in the economic system of the country. Making this statements there can come the conclusion that the national interests of Republic of Moldova in economic domain, can be determined as a totality of balanced interests of a subject, of society and state in the economic sphere [4, p. 34].

The integral problem of initiating in to the economic security is the concept of analyzing different criteria, different organizational forms and mechanisms of protection of the national economic system form different kinds of danger and harms that can be done towards national interests in the economic domain. The danger that can appear is the actually the key moment where the subjects participant to a economic relationship unify and try to work in a unison. The abstract characteristics of a national interest starts to get it's form when on the why of realization interfere these dangerous moments. It is obligatory to describe a secure economic system based on some principles and phenomenas in



order to form a concrete situation of development of a country.

From political view it is very important to follow the process of development of economic security process, also there are always present a lot of powerful political powers orientated towards the legal attitude of a present kind of strategy, specifically talking about economic security one. That's why besides the theoretical basis there should be a strong political will, which can be enumerated to a problem taking into consideration the actual state of Republic of Moldova.

Here should be mentioned that the document of National strategy of economic security is a powerful act, and the manipulation with it's provision could lead to un described harms to the state functional bodies and society wealth. That's why this document should have the possibility of correction, or in other words to be flexible to different kinds of situations that could appear in the interior or exterior of the state, but maintaining the priorities on the national interests.

The main goal for the National strategy of economic security for Moldova is in creating a administrative tool that state bodies with it's executive power could form measures of resisting the negative process, and measures to improve the overall activity through positive processes. Upper said ideas can conclude that the act of national strategy of economic security could lead to a well performance and a good activity on a normative basis of the economical relationships. That overall will lead to the satisfaction of those national interest established on a diversity of domains, as a result we will have a good defensive mechanism that will lead our country to a further development and further achievements.

In the National strategy of economic security should be determined the concrete placement of the already existing strategy of national security and the concept of national security of Republic of Moldova, with the delimitation of the already formulated national interests in the sphere of economic development. This should look like:

- The concrete delimitation and formulation of national interests in the economic domain.

- Establishing the external and internal dangers hat could harm the economic system, and give some specific characteristics of determination.

- The possibility of creating a

economic politic, institutional reforms and different mechanics, that will delete or smoothen the factors that are considered to be the danger for the economic system of the country.

Also the National strategy of economic security should be an act that will have the purpose of determining and establishing the protectional measures for political, economical, diplomatic, social, legal, educational, administrative, and military resources and also a measure of crisis passing in conformity with the present legislation and international law. The aim of the National strategy of economic security should be the assurance of development economic and financial sphere in such a manner that it will determine a well founded individual growth and society wealth, also the sociopolitical aspects and the military politic balanced society, maintaining the integrity of the country successfully excluding the external and internal dangers.

In conclusion I can state that the National strategy of economic security is a needed document for our country nowadays, I should say that it is too bad that we didn't thought about it earlier. This act must come as a response to raider attacks that took place in the summer of 2011. In that period a powerful strike on our banking system took place, as a result shareholder of four different banks lost their shares. The most harmful were the actions at "Universalbank" that had a loss of 78,16%, the other three banks had a variable loss between 5 to 30%. Weaknesses in the judicial system came under considerable scrutiny in 2011. Fraudulent takeover bids made headlines throughout the year, drawing attention to the susceptibility of courts to outside influence. The seemingly political nature of some judicial appointments and dismissals during the year also raised concern regarding the politicization of the justice system. However, some positive steps towards judicial reform were taken in 2011, including the decision to dissolve the economic courts and the drafting and passage by parliament of the Judicial Sector Reform Strategy. That's why the Strategy should be a essential component of financial-economic development of the country, assuring it's security. That's why the National strategy of economic security should be elaborated on the basis of the Concept of national security of Republic of Moldova and to exercise the legislative and executive power

through the system of normative acts of the Parliament, President and Government.

Reviewer:
Teodor CÎRNAȚ,
doctor habilitatus,
associate professor (USM)

Bibliographic references

1. *Constituția Republicii Moldova*, adoptată la 29.07.1994, în vigoare din 27.08.1994, publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 1 din 18.08.1994, art. nr. 1.
2. *Legea pentru aprobarea Concepției securității naționale a Republicii Moldova* nr.112 din 22.05.2008, publicată în Monitorul Oficial nr. 97-98 din 03.06.2008, art. nr. 357.
3. *Legea securității statului*, nr. 618 din 31.10.1995, în vigoare din 13.02.1997, publicată în Monitorul Oficial nr. 10-11 din 13.02. 1997, art. nr. 117.
4. Didic V. *Dimensiunea securității economice în concepția securității naționale*. În: *Legea și Viața*, nr. 2 (197), 2009.
5. Hotărîrea Parlamentului Republicii Moldova nr. 153 din 15.07.2011 pentru aprobarea *Strategiei securității naționale a Republicii Moldova*, publicată în Monitorul Oficial nr. 170-175 din 14.10.2011, art. 499.
6. Buzan Barry. *People, states and Fear: The National security problems in international relations*, Brighton. Sussex: Wheatsheaf Books, 1983.
7. *A national security strategy for a new century*, THE WHITE HOUSE OCTOBER 1998. www.fas.org/man/docs/nssr-98.pdf.
8. Spykman H. *American's Strategy in the world politics: the United States and the balance of power*. New York: Harcourt. Brace, 1942.
9. *Основы экономической безопасности (государство, регион, предприятие, личность): Учебно-практическое пособие*. Под ред. Олейникова Е.А. Москва: Интел-Синтез, 1997.
10. Осипов Ю.М. *Финансовая экономика как высшая форма бытия экономики*. Материалы к докладу на Международной научной конференции «Финансовая экономика: концепция, структуры, менеджмент». Москва: МГУ, 2000.



СТАТУС ПЕРЕВОДЧИКА В АДМИНИСТРАТИВНО-ДЕЛИКТНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ: ПЕРСПЕКТИВЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В УКРАИНЕ

Ирина БЕРЕЖНАЯ,
соискатель кафедры административного и хозяйственного права
Запорожского национального университета

SUMMARY

The article considers the prospects for improving the status of a translator in the administrative tort production. Focuses on the specifics of his status as a party that promotes the production, identified the fragmentation of the legislative provisions of the procedural status of a translator, formulated proposals to change the existing legislation with a view to upgrading the status of a translator, the effectiveness of the implementation of its rights, duties in administrative tort production. Analyzed the existing classification of participants of manufacture on Affairs about administrative offences, which allows to determine the place and role of the translator in the administrative tort production. Took into account the opinion of scientists who, are considering a translator as party that promotes the production. Marked the tasks set for the formulation of proposals for changing the current legislation with the purpose to improve the procedural status of a translator. Proposed ways of improvement of efficiency of realization of the rights and duties of the translator in the administrative tort production. Study of a codified act on administrative violations of the current legislation of Ukraine, as well as the analysis of related national codified acts, the study of foreign experience in the sphere of administrative tort law established that the procedural status of a translator in the administrative tort production in the legislation of Ukraine is insufficiently described in the paper, in its turn this leads to necessity of its improvement. To achieve this goal should be to propose amendments to existing legislation and save the tendency of such a normative secure the status of a translator in the future the legislation of Ukraine.

Key-words: administrative tort production, prospects of improvement, the translator, the procedural status of a translator.

REZUMAT

În articol sînt abordate perspectivele perfecționării statutului de interpret în procedura administrativ-delicțională. Accentul se pune pe specificul statutului său de participant care contribuie la procedura judiciară, este determinată fragmentarea prevederilor legale privind statutul procedural al interpretului, sînt formulate propuneri cu privire la modificarea legislației în vigoare cu scopul modernizării statutului de interpret, eficientizării realizării drepturilor și obligațiilor lui în procedura administrativ-delicțională. Autorul analizează clasificările existente privind participanții la procedura judiciară în cazurile de contravenții administrative, care contribuie la determinarea locului și rolului interpretului. Sînt trasate sarcinile înaintate pentru formularea propunerilor privind modificarea legislației în vigoare în Ucraina, cu scopul de a îmbunătăți statutul interpretului, a perfecționa modul de realizare a drepturilor și obligațiilor acestuia.

Cuvinte-cheie: procedură administrativ-delicțională, perspective de perfecționare, interpret, statut procedural al interpretului.

Постановка проблемы. В современных условиях реализации различных направлений государственных и правотворческих процессов происходит поэтапное реформирование различных отраслей, в том числе права и сфер общественных отношений. Не является исключением и административное право, которое в последние годы подверглось едва ли не наибольшему количеству изменений (кардинальный пересмотр его предмета, обновленный взгляд на составляющие предмета, реформирование нормативного базиса). На современном этапе стремительного развития общественных отношений, характеризующегося тенденциями к глобализации экономики, интеграции межгосударственных отношений, приоритета общечеловеческих ценностей – прав, свобод, законных интересов личности и гражданина, построении

ем толерантных взаимоотношений, учитывающих особенности развития правовых систем, формируется национальная государственная политика, которая опосредует развитие правовой системы, реформирование законодательства. Существенное реформирование коснулось и административного законодательства, составляющей которого является административно-деликтное законодательство (принимая во внимание пересмотр предмета административного права, административно-деликтная часть является неотъемлемым его элементом). Важное влияние на сферу административно-деликтных правоотношений оказывает и недавнее (13 апреля 2012 года) принятие Уголовного процессуального кодекса Украины [1] (далее – УПК Украины), которым введено принципиально новая дефиниция «уголовное правонарушение»,

которое включает преступления и уголовные проступки, в связи с чем необходимым будет определение верного применения как в науке, так и на практике того или иного нормативно-правового акта (уголовно-процессуального либо административно-деликтного). Кроме того, 03 июля 2012 года был принят Закон Украины «Об основах государственной языковой политики» [2], положения которого направлены на реализацию неотъемлемого права каждого человека на свободное использование языков в частной и общественной жизни в соответствии с принципами, провозглашенными в Международном пакте Организации Объединенных Наций о гражданских и политических правах и Конвенции Совета Европы о защите прав и основных свобод человека. Все это обуславливает необходимость максимальной защиты



прав, свобод и законных интересов в различных сферах и проявлениях общественных отношений. Одним из основных прав человека является право на защиту, в том числе и в административно-деликтных производствах, а составляющей такого права есть право на перевод, реализацию которого обеспечивает переводчик. Все изложенное (тотальное реформирование законодательства, и административного в том числе, пересмотр основ уголовного производства, повышенное внимание к языковой политике в государстве) свидетельствует об актуальности изучения статуса переводчика, в т.ч. и в административно-деликтном производстве.

Актуальность темы. Проблематика процессуального статуса субъектов административно-деликтных отношений не является новой, и ранее уже служила предметом научного интереса, однако эту тему абсолютно нельзя отнести к ряду исчерпанных. Проблема совершенствования статуса субъектов административно-деликтных отношений, в том числе и переводчика, тесно взаимосвязана с вопросами общей теории права, различных отраслей в целом и административного права в особенности. В юридической литературе до сих пор не получены однозначной оценки вопросы, касающиеся непосредственно процессуального статуса переводчика в административно-деликтном производстве. В данной работе предметом рассмотрения станут важные аспекты участия переводчика в административно-деликтном производстве, перспективы совершенствования его процессуального статуса, которые не нашли еще своего окончательного оформления в действующем украинском законодательстве. Прежде всего, следует обратить внимание на несколько фрагментарную и неполную законодательную регламентацию оснований участия переводчика в административно-деликтном производстве.

Содержание и результаты исследования основаны на трудах таких отечественных ученых-административистов, внесших существенный вклад в разработку отдельных проблем административно-процессуального права, как: А. Б. Аверьянов, О. М. Бандурка, Ю. П. Битяк, А. С. Васильев, С. Т. Гонча-

рук, Є. В. Додин, С. В. Кивалов, В. В. Коваленко, Л. В. Коваль, В. К. Колпаков, Т. А. Коломоец, А. Т. Комзюк, О. В. Кузьменко, М. М. Тищенко, В.К. Шкарупа и др. и российских ученых-административистов А. Б. Агапов, А. П. Алёхин, Д. Н. Бахрах, А.С. Дугенец, А. Б. Зеленцов, Ю. М. Козлов, А. П. Коренев, Б. М. Лазарев, В. М. Манохин, М. Я. Масленников, Г. И. Петров, Л. Л. Попов, Н. Г. Салищева, В. Д. Сорокин, Ю. Н. Стариков, М. С. Студеникина, Ю. А. Тихомиров, О. М. Якуба и др.

Целью этой статьи является исследование статуса переводчика в административно-деликтном производстве. Особое внимание следует акцентировать на специфике статуса переводчика как участника, действующего производству, необходимо сформулировать предложения по изменению действующего законодательства с целью модернизации статуса переводчика, эффективности реализации его прав, обязанностей в административно-деликтном производстве.

Изложение основного материала исследования. Анализ положений административно-процессуальной науки, норм действующего административно-процессуального законодательства, практики рассмотрения правонарушений показывает, что теоретические наработки и законодательная регламентация процессуальной деятельности переводчика сегодня, к сожалению, далеко не целиком и полностью отвечают требованиям нынешнего времени. Основным нормативно-правовым актом, регламентирующим процессуальный статус переводчика в административно-деликтном производстве, является Кодекс Украины об административных правонарушениях [3] (далее – КпАП Украины), глава 21 которого содержит перечень лиц, которые принимают участие в производстве об административных правонарушениях, в котором: лицо, привлекаемое к административной ответственности, потерпевший, законные представители, защитник, свидетель, эксперт, переводчик. Таким образом, можно утверждать, что на нормативном уровне статус переводчика определен как полноправный участник административно-деликтного производства.

Рассмотрение существующих классификаций участников произ-

водства по делам об административных правонарушениях позволяет определить место и роль переводчика в соответствующем производстве. Так, В. К. Колпаков выделяет шесть групп участников в производстве по административно-деликтному делу, среди которых четвертая группа – субъекты, которые имеют специальные знания и навыки и привлекаются для исследования с их использованием фактических данных, которые фигурируют в деле, к таким отнесены эксперты, специалисты, переводчики [4, с. 409]. Коллектив авторов учебного пособия «Административная ответственность в Украине» во главе с А. Т. Комзюком разделяет участников на центральных лиц (лицо, которое рассматривает дело, и лицо, привлекаемое к ответственности) и других участников [5, с. 59-60], соответственно, переводчик принадлежит к «другим» участникам. А. Б. Иванюженко, классифицируя всех участников административно-деликтного производства на основных и факультативных [6, с. 20-21], переводчика относит ко второй группе. По мнению Т. О. Коломоец, переводчик как участник производства по делам об административных правонарушениях принадлежит к группе лиц, способствующих осуществлению производства [7, с. 236]. В. К. Колпаков и О. В. Кузьменко предлагают разделять участников по делам об административных правонарушениях на: участников, которые защищают свои интересы, и участников, которые привлекаются только в случае осуществления отдельных процессуальных действий, те, которые действуют производству [8, с. 300]. А. И. Миколенко выделяет четыре группы участников производства по делам об административных правонарушениях, переводчика относит к третьей группе – лица и органы, способствующие осуществлению производства [9, с. 119]. С. В. Кивалов предлагает выделить четыре условные группы: компетентные государственные органы и должностные лица, рассматривающие дела об административных правонарушениях; субъекты, которые имеют личную заинтересованность в деле; лица и органы, которые осуществляют осуществлению производства, выявлению объективной истины; другие лица и органы, которые



способствуют выполнению постановлений [10, с. 54]. Э. Ф. Демский относит переводчика к лицам, которые способствуют административным производствам, а именно, которые свободно владеют языком, на котором осуществляется административное производство, и другим языком, знание которого необходимо для устного или письменного перевода с одного языка на другой, а также лица, которые владеют техникой общения с глухими, немыми или глухонемыми (сурдопереводчик) [11, с. 104-105]. Таким образом, учитывая имеющиеся позиции ученых-административистов по данному вопросу, следует отметить, что переводчик не принадлежит к основным, центральным, лидирующим субъектам административно-деликтного производства, традиционно его рассматривают как содействующего участника, что, несомненно, отразилось на определенной фрагментарности в нормативном закреплении его процессуального статуса.

В административно-деликтном производстве благодаря оказанию услуг переводчиками участникам, которые не владеют или недостаточно владеют языком производства, гарантируется их право использовать родной язык. Так, при соблюдении процессуальных гарантий, переводчик оказывает помощь участникам, не владеющим или недостаточно владеющим языком производства, в разъяснении их процессуальных прав – делать заявления, заявлять ходатайства, давать объяснения и пояснения по делу, подавать жалобы, выступать с речью, обеспечивает участвующим в деле лицам возможность полного ознакомления с материалами дела и т.д. В ряде случаев объективно необходимо содействие переводчика и лидирующим субъектам процесса при рассмотрении конкретных дел (например, для перевода документов, полученных в ходе производства по делу).

Вполне возможным представляется анализ процессуального статуса переводчика на основе изучения определенного объема его прав и обязанностей, закрепленных в соответствующих статьях КоАП Украины (хотя вряд ли можно утверждать, что такое закрепление носит заверченный и полный характер). Так, среди обязанностей переводчика в

ст. 274 КоАП Украины закреплены: прибытие по вызову органа (должностного лица), а также проведение полного и точного порученного ему перевода. Достаточно небольшой объем обязанностей переводчика (состоящий из двух позиций), но направленный на реализацию непосредственных его полномочий. В отличие от фрагментарного закрепления обязанностей, специальная статья, посвященная статусу переводчика в административно-деликтном производстве, перечня его прав не содержит вообще. Также вне пределов правового регулирования остались вопросы определения понятия перевода, регулирование возможности сурдоперевода, ответственности переводчика.

Такая «сокращенная» схема правового закрепления процессуального статуса переводчика в административно-деликтном производстве в КпАП Украины вряд ли может претендовать на полноту и исчерпываемость, что только подтверждает необходимость его доктринального исследования и совершенствования нормативно-правового закрепления. Следует кардинально пересмотреть процессуальный статус переводчика (на примере других видов производств, зарубежного опыта), необходимость существенного расширения его прав и обязанностей и предложить общую модель его закрепления в отечественном действующем законодательстве, а также учесть ее в перспективном законодательстве.

Так, например, УПК Украины в ст. 68 закреплены задачи переводчика (необходимость проведения в уголовном производстве перевода пояснений, показаний, документов), определено, кто может привлечь его (стороны уголовного производства, следственный судья), не упущена возможность как перевода, так и сурдоперевода. Кроме того, приведен перечень прав переводчика: задавать вопросы с целью уточнения для правильного перевода; знакомиться с протоколами процессуальных действий, в которых он принимал участие, и подавать по ним замечания; получать вознаграждение за исполненный перевод и возмещение расходов, связанных с его привлечением к уголовному производству; заявлять ходатайства об обеспечении безопасности

в случаях, предусмотренных законом. Также ч. 3 ст. 68 УПК Украины предусмотрены обязанности переводчика, среди которых: прибыть по вызову следователя, прокурора, следственного судьи или суда; заявить самоотвод при наличии обстоятельств, предусмотренных УПК Украины; осуществлять полный и правильный перевод, удостоверить правильность перевода своей подписью; не разглашать без разрешения следователя, прокурора, суда сведения, которые непосредственно касаются сути уголовного производства и процессуальных действий, которые осуществляются (осуществлялись) во время его проведения, и которые стали известны переводчику в связи с исполнением его обязанностей. Вызывает интерес норма, которая предусматривает обязательную проверку стороной, которая привлекает переводчика, его личности и компетентности, его отношений с лицами, которые участвуют в деле (ч. 4 ст. 68 УПК Украины), а также закрепляет ответственность за неправильный перевод, либо отказ без уважительных причин от исполнения возложенных на него обязанностей (ч. 5 ст. 68 УПК Украины).

Таким образом, можно с уверенностью утверждать, что УПК Украины впервые так детально закрепили процессуальный статус переводчика с учетом его прав, обязанностей, ответственности, задач, с указанием лиц, которые могут его привлекать, что следует признать достаточно положительным моментом в современной правотворческой деятельности государства и вполне можно использовать в качестве основы для формирования предложений по совершенствованию процессуального статуса (его нормативного урегулирования) переводчика в административно-деликтном производстве в законодательстве Украины.

Обращая внимание на нормативное закрепление статуса переводчика в административном производстве, следует обратиться к нормам Кодекса административного производства Украины [12] (далее – КАС Украины), а точнее к ст. 68. Этот кодифицированный нормативно-правовой акт предлагает определение понятия переводчика (это лицо, которое свободно владеет языком, которым осуществляется админи-



стративное судопроизводство, и другим языком, знание которого необходимо для устного или письменного перевода с одного языка на другой, а также лицо, который владеет техникой общения с глухими, немыми или глухонемыми), что вносит ясность в определение статуса такого участника и является вполне позитивным. Также отмечено, каким образом допускается переводчик к производству и как этот факт оформляется документально – постановлением (определением) суда, либо по заявлению лица, которое принимает участие в деле, либо по инициативе суда. В ч. 3, 4 ст. 68 КАС Украины приведен перечень прав (отказаться от участия в административном судопроизводстве, если он не владеет языком в объеме, необходимом для перевода, право задавать вопросы с целью уточнения перевода, право на оплату выполненной работы и на компенсацию расходов, связанных с вызовом в суд) и обязанностей (явиться в суд по вызову, осуществлять полный и правильный перевод, своей подписью удостоверить правильность перевода в процессуальных документах). Так же, как и в УПК Украины предусмотрена ответственность (уголовная) за заведомо неправильный перевод или за отказ без уважительных причин от исполнения возложенных на него обязанностей. Можно подытожить, что нормативное регулирование статуса переводчика в административном судопроизводстве (на основании анализа положений КАС Украины) также, как и в уголовном производстве (на основании анализа положений УПК Украины) носит достаточно полный и завершенный характер, в отличие от регулирования соответствующего статуса в административно-деликтном производстве, что следует признать пробелом отечественного законодательства, который требует немедленного устранения по образцу существующих аналогов в других производствах.

Для анализа предлагается и аналогичная статья (которая закрепляет основы статуса переводчика в административно-деликтном производстве) Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях [13] (далее – КпАП РФ) – ст. 25.10, в которой закреплено положение о том, что в качестве

переводчика может быть привлечено любое незаинтересованное в исходе дела совершеннолетнее лицо, владеющее языками или навыками сурдоперевода (понимающее знаки немого или глухого), необходимыми для перевода или сурдоперевода при производстве по делу об административном правонарушении. В КпАП РФ обращается внимание на возраст переводчика (совершеннолетнее лицо). Так же как и нормы отечественного законодательства, российское законодательство закрепляет круг лиц, которые могут назначить переводчика, – судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело об административном правонарушении. Регламентирован перечень прав, который существенно не отличается от аналогичного перечня в украинском законодательстве (явиться по вызову судьи, органа, должностного лица, в производстве которых находится дело об административном правонарушении, выполнить полно и точно порученный ему перевод и удостоверить верность перевода своей подписью). Но, в отличие от КпАП Украины (которые не содержит таких положений), предусматривает предупреждение его об административной ответственности за выполнение заведомо неправильного перевода, а также за отказ или за уклонение от исполнения своих обязанностей, переводчик несет административную ответственность (ч. 4, 5 ст. 25.10 КпАП РФ). Можно отметить в КпАП РФ более детальную (нежели в КпАП Украины) регламентацию процессуального статуса переводчика в административно-деликтном производстве, хотя и она не носит завершенного, полного и всестороннего характера, неидеальна, но более современна, чем отечественная.

Вполне возможным является сравнение нормативного закрепления процессуального статуса переводчика с аналогичным статусом эксперта и защитника (которых также в административно-правовой доктрине традиционно относят к участникам, содействующих производству). Следует отметить их более расширенный статус (указаны права, обязанности), закрепленный в КпАП Украины с учетом внесенных изменений в 2011-2012 годах, а также повышенное внимание со стороны ученых-административистов к

исследованию (например, работы А. В. Иванова «Эксперт в производстве по делам об административных правонарушениях» [14], Р. В. Синельника «Защитник в производстве по делам об административных правонарушениях» [15]).

Выводы. Исходя из проведенного анализа нормативного закрепления процессуального статуса переводчика в административно-деликтном производстве (на основе соответствующих положений КпАП Украины), а также иных относительно смежных отечественных кодифицированных актов (КАС Украины, УПК Украины), зарубежного опыта нормативного регулирования соответствующей сферы (на примере норм КпАП РФ) не вызывает сомнения фрагментарность закрепления процессуального статуса переводчика в административно-деликтном производстве в законодательстве Украины, что в свою очередь обуславливает необходимость его усовершенствования. Для достижения такой цели следует предложить внести изменения в действующем КпАП Украины ст. 274, которая закрепляет основы статуса переводчика, и изложить ее в такой редакции:

«Статья 274. Переводчик

1. Переводчик – это совершеннолетнее дееспособное лицо, которое свободно владеет языком, на котором осуществляется производство по делам об административных правонарушениях, и другим языком, знание которого необходимо для устного или письменного перевода с одного языка на другой, а также лицо, которое владеет техникой общения с глухими, немыми или глухонемыми (сурдоперевод). Переводчик привлекается для участия органом (должностным лицом), в производстве которого находится дело об административном правонарушении по его инициативе, либо по инициативе другого участника (который привлекается к ответственности, потерпевшего, представителей, свидетелей, защитника).

2. Права переводчика:

- отказаться от участия в производстве, если он не владеет языком или надлежащими навыками в объеме, необходимом для перевода,
- задавать вопросы с целью уточнения для правильного перевода;
- знакомиться с документами процессуальных действий, в которых он



принимал участие, и подавать к ним замечания;

- получать вознаграждение за исполненный перевод и возмещение расходов, связанных с его привлечением к производству;

- заявлять ходатайства об обеспечении безопасности в случаях, предусмотренных законом.

3. Обязанности переводчика:

- осуществлять полный и правильный перевод, удостоверяя правильность перевода своей подписью;

- прибыть по вызову органа (должностного лица), в производстве которого находится дело об административном правонарушении;

- заявить самоотвод при наличии обстоятельств, предусмотренных КПАП Украины;

- не разглашать без разрешения органа (должностного лица), в производстве которого находится дело об административном правонарушении ведомости, которые непосредственно касаются сути производства и процессуальных действий, которые осуществляются (осуществлялись) во время его проведения, и которые стали известны переводчику в связи с исполнением его обязанностей.

4. В отношении переводчика органом (должностным лицом), в производстве которого находится дело об административном правонарушении, проводится обязательная проверка личности, компетентности, взаимоотношений с лицами, которые принимают участие в деле.

5. Переводчик несет предусмотренную законодательством ответственность за неправильный перевод, либо отказ без уважительных причин от исполнения возложенных на него обязанностей».

Необходимо сохранить тенденцию такого нормативного закрепления его статуса и в перспективном законодательстве (например, учесть в Проекте Кодекса Украины об административных проступках от 26.05.2004 г. [16], да и в других существующих проектах). Только в условиях соблюдения подобного алгоритма нормативного закрепления процессуального статуса переводчика в административно-деликтном производстве возможным будет всестороннее создание возможностей для полноценной защиты прав человека в административно-деликтном производстве, в том числе, реализа-

ции его права на перевод, а соответственно, и реализации процессуального статуса переводчика.

Список использованной литературы:

1. *Кримінальний процесуальний кодекс України* від 13.04.2012 р. № 4651-VI. В журн.: Офіційний вісник України, 2012, № 37, ст. 1370.

2. *Про засади державної мовної політики*: Закон України від 03.07.2012 р. № 5029-VI. В журн.: Офіційний вісник України, 2012, № 61, ст. 2471.

3. *Кодекс України про адміністративні правопорушення* від 07.12.1984 р. № 8073-X. В журн.: Відомості Верховної Ради УРСР, 1984, № 51, ст. 1122.

4. Колпаков В. К. *Адміністративно-деліктний правовий феномен*: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2004, 528 с.

5. *Адміністративна відповідальність в Україні*: навчальний посібник. [Комзюк А. Т., Гуменюк В. А., Джагупов Г. В. та ін.]; за заг. ред. А. Т. Комзюка. [вид. 2-ге, перероб. і доп.]. Харків: Університет внутрішніх справ, 2000, 99 с.

6. Иванюженко А. Б. *Процессуальные гарантии участников производства по делам об административных правонарушениях*: автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юридич. наук: спец. 12.00.02 „Конституционное право; муниципальное право”. Санкт-Петербург, 1999, 22 с.

7. Коломоець Т. О. *Адміністративне право України*: підручник / Лютіков П. С., Меліхова О. Ю.; за заг. ред. Т. О. Коломоець; вид. 2-ге, змін. і доп. Київ: Істина, 2012, 528 с.

8. Колпаков В. К. *Адміністративне право України*: підручник. Київ: Юрінком Інтер, 2003, 544 с.

9. Миколенко А. И. *Административный процесс и административная ответственность в Украине*: учебное пособие [изд. 2, доп.]. Харьков: Одиссей, 2006, 352 с.

10. Ківалов С. В. *Адміністративне право України*: навчально-методичний посібник / С. В. Ківалов, Л. Р. Біла. [Вид. 2-е, переробл. і доп.]. Одеса: Юридична література, 2002, 312 с.

11. Демський Е. Ф. *Адміністративне процесуальне право України*: навчальний посібник. Київ: Юрінком Інтер, 2008, 496 с.

12. *Кодекс адміністративного судочинства України* від 06.07.2005 р. № 2747-IV. В журн.: Відомості Верховної Ради України, 2005, № 35, /35-36./37, ст. 446.

13. *Кодекс Российской Федерации*

об административных правонарушениях (КоАП РФ) от 30.12.2001 года № 195-ФЗ (принят ГД ФС РФ 20.12.2001 года) [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.consultant.ru/popular/koap/>.

14. Иванов А. В. *Експерт у провадженні у справах про адміністративні правопорушення*: дис. канд. юрид. наук: 12.00.07, 2009, 189 с.

15. Коломоець Т. О. *Захисник у провадженні у справах про адміністративні правопорушення*: монографія. Т. О. Коломоець, Р. В. Сінельнік. Київ: Істина, 2008, 184 с.

16. *Проект Кодексу України про адміністративні проступки* від 26.05.2004 р. № 5558 // [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=5558&skl=5.



LATURA OBIECTIVĂ A INFRAȚIUNII DE DARE DE MITĂ

Camelia Doina MICU,
doctorandă

SUMMARY

From an objective point of view, the offence of giving bribe needs fulfillment order promising scene, money offering or other undue benefits to a clerk, to obtain something, to meet, to fail or delay an act concerning the duties of service or execution of an act contrary to the clerk's duties.

The achievement of the objective side of the offense of giving bribe is subjected to the fulfillment of essential conditions, the immediate consequences, in creating a state of danger for the proper development of social relations, as well as making causal links between the action and the immediate socially dangerous reaction as provided by law.

Key-words: objective side, promising, offering, giving money, undue benefits.

REZUMAT

Sub aspectul laturii obiective, infrațiunea de dare de mită necesită săvârșirea faptei de promitere, oferire sau dare de bani sau alte foloase necuvenite unui funcționar pentru atingerea unui scop, respectiv îndeplinirea, neîndeplinirea ori întârzierea unui act privitor la îndatoririle de serviciu sau realizarea unui act contrar acestor îndatoriri ale funcționarului.

Realizarea laturii obiective a infrațiunii de dare de mită este condiționată de îndeplinirea condițiilor esențiale, de apariția unei urmări imediate, constând în crearea unei stări de pericol pentru buna desfășurare a relațiilor sociale de serviciu, precum și de stabilirea legăturii de cauzalitate între acțiunea făptuitorului și urmarea imediată socialmente periculoasă, prevăzută de lege.

Cuvinte-cheie: latură obiectivă, promitere, oferire, dare de bani, foloase necuvenite.

Introducere. Acceptând ideea că pentru infrațiunile de corupție nu se poate formula o definiție universal-valabilă pentru toate societățile, specialiștii dreptului penal afirmă că pentru majoritatea sistemelor penale reglementările privind infrațiunile de corupție se referă la săvârșirea de diferite acte sau fapte ilicite prin utilizarea abuzivă sau frauduloasă a puterii, în scopul obținerii unor avantaje personale de către funcționar, ce stau la baza unui comportament care deviază sau transgresează obligațiile normale ale exercitării unui rol public sau care violează normele legale ce interzic exercitarea anumitor forme și tipuri de influență (mită, constrângere, trafic etc.) [2, p.16].

Tributară unei mentalități balcanice, subjugată ideii de bacșiș, șperț, supusă unei presiuni și atracții puternice (sărăcie, șomaj, inflație, lipsa protecției sociale în paralel cu exemplul îmbogățirii rapide a unor persoane, unele dintre ele fără educație și pregătire profesională superioară), populația tinde să recurgă la mijloace ilicite pentru satisfacerea intereselor [3, p. 38-39].

Una dintre infrațiunile de corupție incriminate de Codul penal român este infrațiunea de dare de mită, care constă în *fapta persoanei care pentru a determina un funcționar public sau funcționar să îndeplinească, să nu îndeplinească sau să întârzie îndeplinirea unui act privitor la îndatoririle sale de serviciu, ori să facă un act contrar*

acestor îndatoriri, îi promite, oferă sau dă, direct sau indirect, bani sau alte foloase care nu i se cuvin.

Metode și materiale aplicate, rezumate obținute și discuții cu privire la latura obiectivă a infrațiunii de dare de mită. Principalele metode aplicate analiza, sinteza, comparația, investigația științifică etc. Ca materiale aplicate distingem Codurile penale ale României și Republicii Moldova, monografii, cursuri, tratate, jurisprudență etc. Rezumatele obținute și discuțiile se regăsesc în conținutul articolului.

1. Elementul material al infrațiunii de dare de mită. Elementul material al laturii obiective a infrațiunii de dare de mită se poate realiza alternativ prin trei modalități normative, care se manifestă sub forma unei acțiuni de corupere a funcționarului, darea de mită fiind, în mod absolut și exclusiv, o infrațiune comisivă. Codul penal român în vigoare stipulează trei modalități alternative de comitere a infrațiunii de dare de mită, respectiv promisiunea, oferirea sau darea de bani sau alte foloase unui funcționar pentru a îndeplini, a nu îndeplini sau a întârzi îndeplinirea unui act referitor la îndatoririle sale de serviciu ori pentru a efectua un act contrar acestor îndatoriri.

Prin *promisiune* se înțelege angajamentul pe care și-l asumă subiectul activ al infrațiunii de dare de mită față de un funcționar de a-i remite în viitor o sumă de bani sau alte foloase, dacă

va acționa conform solicitării subiectului activ. Promisiunea poate fi făcută verbal, în scris sau prin orice alt mijloc, direct sau indirect, și de asemenea poate fi expresă sau tacită, însă, indiferent prin care dintre modalitățile expuse este realizată, aceasta trebuie să fie reală, serioasă, sigură și clară. Singura condiție care se impune este ca aceasta să ajungă la cunoștința funcționarului, fără a necesita o acceptare sau o respingere din partea acestuia, întrucât promisiunea este un act unilateral al subiectului activ al infrațiunii de dare de mită, al cărui scop este coruperea unui funcționar.

În practică, s-a reținut săvârșirea faptei de dare de mită în modalitatea promisiunii, în sarcina inculpatei C.M.A. și a nepotului acesteia, care au promis unui agent șef de poliție, lucrător în cadrul CIC, Secția 2 Poliție Galați, suma de 2.000 lei, pentru a rezolva favorabil dosarul penal în care erau cercetați fiii inculpatei C.M.A. În motivare, instanța afirmă că elementele constitutive ale infrațiunii de dare de mită sînt întrunite atât sub aspectul laturii obiective, cît și sub aspectul laturii subiective a infrațiunii, vinovăția inculpaților fiind stabilită pe baza înregistrărilor discuțiilor purtate între aceștia și agentul șef, din care rezultă cu certitudine că cei doi inculpați s-au prezentat împreună la lucrătorul de poliție, cerîndu-i acestuia să-i „scoată afară copiii”, „să se rupă tot, să fie clară ... clară” (referindu-se la distrugerea actelor de urmărire penală



care s-au efectuat), în schimbul sumei de 2.000 lei [15].

Prin *oferire* se înțelege propunerea făcută funcționarului de a-i da bani sau alte foloase, însoțită de înfățișarea folosului injust funcționarului, pentru ca acesta, dacă este de acord, să și-l poată însuși. Interesează ca oferta să ajungă la cunoștința funcționarului, să fie precisă, neechivocă, să se concretizeze într-o acțiune efectivă, reală și să nu fie o simplă intenție. Nu este necesar ca oferta să fie inteligibilă pentru oricine, ci numai pentru persoana funcționarului, care, cunoscând circumstanțele, este în situația de a-i putea înțelege semnificația. Ca și în cazul promisiunii, oferirea nu trebuie să fie urmată de primirea ofertei de către funcționar [7, p. 135-136].

Oferta presupune prezentarea, arătarea banilor sau a altor foloase pe care funcționarul urmează să le primească în schimbul serviciilor sale și aceasta o deosebește esențial de promisiune, care este și rămâne esențial o simplă făgăduială făcută funcționarului pentru îndeplinirea, neîndeplinirea sau întârzierea îndeplinirii unui act referitor la îndatoririle sale de serviciu ori pentru efectuarea unui act contrar acestor îndatoriri. Promisiunea de bani sau alte foloase reprezintă mai puțin decît oferta, fiind absorbită de aceasta. Prin natura ei oferta presupune promisiunea, pe care o absoarbe și o depășește, cele două activități suprapunându-se, fiind simultane [5, p. 80-81].

În ceea ce privește refuzul funcționarului de a accepta oferta făcută, considerăm irelevantă această circumstanță, ca urmare a faptului că aceasta nu constituie un element al infracțiunii de dare de mită. Astfel, în practică s-a decis că, pentru existența infracțiunii de dare de mită, constînd în aceea că mituitorul a pus banii pe masă persoanei mituite, este nerelevantă lipsa de fermitate pe care a manifestat-o lucrătorul de poliție în respingerea ofertei [13, p. 239].

De asemenea, tot în practica judiciară s-a arătat că, din punct de vedere juridic, pentru existența infracțiunii de dare de mită este lipsită de semnificație reacția funcționarului căruia i se oferă bani sau alte avantaje, astfel că insuficiența fermitate a refuzului nu poate avea niciun efect cu privire la mituitor și la fapta sa. Promptitudinea și fermitatea refuzului nu pot angaja niciun fel de efect juridic, nici măcar în privința ameliorării răspunderii penale referitor la infracțiunea de dare de mită [12, p. 239].

În practică, organele judiciare au considerat că s-a săvîrșit infracțiunea de dare de mită în modalitatea oferirii de către administratorul unei societăți comerciale din municipiul Constanța, care avea un punct de lucru constînd într-un magazin de desfacere în localitatea Babadag și care, fiind cercetat de către Biroul Economic al Poliției Babadag în legătură cu comiterea de către acesta a infracțiunii de evaziune fiscală, a oferit subinspectorului de poliție A.A. din cadrul Poliției orașului Babadag, implicat în efectuarea controlului societății, un calculator, pentru a-l determina să facă acte contrare atribuțiilor sale de serviciu, respectiv exonerarea de răspundere a inculpatului, prin soluționarea favorabilă acestuia a dosarului de cercetare penală. În motivarea soluției s-a arătat că, în condițiile în care s-a stabilit că între mituit și mituitor nu existau relații de natură a justifica eventuale gratuități între aceștia, fapta inculpatului are semnificația infracțiunii incriminate prin art. 255 Cod penal [14].

Un alt caz de săvîrșire a faptei de dare de mită în modalitatea oferirii a fost reținut în sarcina inculpatului, care, în calitate de colaborator al unei societăți de fabricare a aragazurilor, a oferit sume de bani unor persoane încadrate ca gardieni publici, avînd, în principal, obligația de a asigura paza și integritatea bunurilor și valorilor materiale ale societății, în scopul de a sustrage piese de schimb pentru aragazuri din magazia societății [16, p. 204 – 205].

Darea de bani sau alte foloase constă în acțiunea mituitorului de a înmîna, a preda celui mituit aceste valori în mod direct sau indirect (prin intermediar); ea implică, în mod necesar, acțiunea corelativă a celui mituit de a le primi. Este indiferent dacă banii sau folosul au fost dați din proprie inițiativă sau cedînd solicitărilor funcționarului. Pentru existența infracțiunii este suficientă activitatea de transmitere a banilor, valorilor sau altor foloase, fără a fi necesară și îndeplinirea actului pentru care s-a dat mită. De asemenea, este nerelevantă împrejurarea că mituirea nu a reușit, adică nu l-a determinat pe funcționar să ia mită, întrucît infracțiunea se consumă odată cu acțiunea de predare, înmînare a avantajului material [4, p. 356].

În literatura de specialitate [17, p. 432] se subliniază faptul că „delictul de dare de mită există și în situația în care mituitorul este îndreptățit să i se rezolve favorabil cererea pentru a cărei soluționare a dat mită”.

2. Cerințe esențiale. În ceea ce privește latura obiectivă a infracțiunii de dare de mită, aceasta se consideră completă doar în cazul în care sînt îndeplinite anumite cerințe esențiale, respectiv:

a) promisiunea, oferirea sau darea să aibă ca obiect bani sau alte foloase;

b) banii sau foloasele primite, oferite sau date să fie necuvenite;

c) promiterea, oferirea sau darea de bani sau alte foloase trebuie să fie săvîrșite anterior sau concomitent îndeplinirii sau neîndeplinirii de către funcționar a actului determinat;

d) actul pentru a cărui neîndeplinire, îndeplinire sau întârziere pentru care autorul săvîrșește fapta să fie un act privitor la îndatoririle de serviciu ale funcționarului [6, p. 484].

Prima cerință esențială, ce condiționează existența laturii obiective a infracțiunii de dare de mită, respectiv că acțiunea de a promite, oferi sau da să aibă ca obiect bani sau alte foloase, se referă la *obligativitatea existenței banilor sau altor foloase*, întrucît în lipsa acestor avantaje nu poate exista infracțiunea dată. În literatura juridică s-a stabilit că demersurile, rugămintele, insistențele sau recomandările nu sînt pedepsite de legea penală, chiar dacă ele au drept rezultat determinarea funcționarului de a face un act nedrept și de a încălca, din slăbiciune, îndatoririle funcției sale [4, p. 356].

A doua cerință esențială, respectiv aceea *ca banii sau foloasele primite, oferite sau date să fie necuvenite*, se referă la faptul că doar în situația în care aceste avantaje nu sînt datorate în mod legal, fiind considerate o răsplată pentru efectuarea unui act în vederea căruia mituitorul a acționat, sînt întru-nite elementele ce stau la baza existenței infracțiunii de dare de mită.

A treia cerință, care presupune că promiterea, oferirea sau darea de bani sau alte foloase trebuie să fie săvîrșite anterior îndeplinirii sau neîndeplinirii de către funcționar a actului privind îndatoririle sale de serviciu, a cărei realizare este urmărită de către mituitor, sau să fie săvîrșite în același timp cu îndeplinirea actului privitor la îndatoririle de serviciu, întrucît fapta s-a consumat deja în momentul efectuării oricăreia dintre cele trei acțiuni tipice ale infracțiunii de dare de mită, respectiv: de promisiune, oferire sau dare de bani sau alte foloase.

Pornind de la principiul sus-menționat, potrivit căruia infracțiunea de dare de mită se consumă în momentul efectuării promisiunii de bani sau alte



foloase, observăm că, în cazul în care elementul material al infracțiunii de dare de mită s-a realizat prin modalitatea promisiunii de bani sau alte foloase, *nu se impune ca darea acestora să se facă efectiv în perioada anterioară îndeplinirii sau neîndeplinirii de către funcționar a actului privind îndatoririle sale de serviciu, existând posibilitatea realizării acestuia și după efectuarea actului privitor la îndatoririle de serviciu*. În practică, s-a decis că fapta unor inculpați care, fiind surprinși de paznici după ce sustrăseseră saci cu zahăr din depozit, au dat paznicilor o sumă de bani spre a-i lăsa să plece cu sacii furați, constituie infracțiunea de dare de mită, deoarece, chiar dacă banii au fost dați ulterior comiterii furtului, pe care paznicii aveau obligația să-l prevină, aceștia aveau și îndatorirea de serviciu de a nu permite scoaterea din unitate a bunurilor sustrate și de a anunța organele de urmărire penală în cazul descoperirii unor sustrageri [11, p. 473].

Ultima cerință esențială care condiționează întregirea laturii obiective a infracțiunii de dare de mită, respectiv ca *actul pentru a cărui neîndeplinire, îndeplinire sau întârziere pentru care autorul săvârșește fapta să fie un act privitor la îndatoririle de serviciu ale funcționarului*, se referă la faptul că mituitorul poate acționa atât pentru determinarea funcționarului în realizarea unui act legal, cât și pentru realizarea unor acte contrare atribuțiilor de serviciu ale funcționarului. Aceasta ne determină să considerăm că această condiție este îndeplinită, indiferent dacă actul pentru care se dă mită este licit sau ilicit, singura condiție fiind legătura faptei cu îndatoririle de serviciu ale funcționarului.

O situație care a născut o dezbatere mediatică, dar care pune o interesantă problemă de drept, este aceea că promisiunea unei persoane de a premia un club de fotbal, pentru a-și apăra corect șansele, poate fi calificată ca un act de dare de mită. Aparent, având în vedere că jucătorul sau conducătorii clubului aveau calitatea de funcționari în sensul legii penale, ar fi o promisiune a unei sume de bani pentru ca funcționarul să-și îndeplinească în mod legal o atribuție de serviciu, deci ar fi o faptă tipică de dare de mită. Însă, la o analiză mai atentă, se pune problema dacă a juca fotbal la maximul capacităților jucătorului este o atribuție de serviciu. Astfel, sportivul poate să trișeze, dar nu poate fi mai bun decât este el, deoarece calitatea jocului său depinde de o mulțime de factori exteriori sau interiori, care fac ca, de fapt, el să nu aibă un

control real asupra super performanței în caz de stimulare financiară. Din acest motiv, nici conducătorii nu au un control asupra super performanței, pentru că atunci nu ar mai exista competiție sportivă, ci întrecere de roboți. În concluzie, credem că în acest caz nu există obligație de serviciu de a juca mai bine, care să poată fi tranzacționată de sportivul-funcționar. Însă, dacă jucătorul primește bani pentru a trișa, în sensul de a nu juca corect, sîntem în prezența infracțiunii de luare de mită, respectiv de dare de mită, dacă jucătorul, în schimbul unei sume de bani, intenționat ratează sau refuză să joace. În acest caz, sînt întrunite elementele constitutive ale infracțiunii de luare și dare de mită, întrucît jucătorul își încalcă obligațiile de serviciu, pentru că, dacă nu poate avea control asupra creșterii performanței sportive, în mod cert poate controla actul de trișare [8, p. 335-337].

Un alt caz în care nu există infracțiunea de dare de mită este situația în care funcționarul, gestionarul căruia i s-a promis, oferit sau dat bunuri (foloase) nu are competența de a efectua actul (acțiunea) în vederea căreia mituitorul l-a mituit sau pentru care acesta a comis fapta [18, p. 741]. În acest sens, în practica judiciară s-a hotărît că nu constituie infracțiune de dare de mită fapta unei persoane de a oferi o sumă de bani secretarului tehnic al unei comisii pentru soluționarea litigiilor de muncă în vederea obținerii unei soluții favorabile, întrucît secretarul tehnic al acestei comisii nu face parte din componerea comisiei [10, p. 402].

3. Urmarea imediată. Pentru existența laturii obiective a infracțiunii de dare de mită este necesar ca acțiunea, care constituie elementul material, respectiv promisiunea, oferirea sau darea de bani sau alte foloase către un funcționar în scopul de a îndeplini, a nu îndeplini ori a întârziia îndeplinirea unui act privitor la îndatoririle de serviciu ale acestuia sau în scopul de a face un act contrar acestor îndatoriri, să fi produs o anumită urmare imediată. În cazul infracțiunii de dare de mită, promisiunea, oferirea sau darea de bani sau alte foloase necuvenite unui funcționar sau altui salariat are ca urmare imediată crearea unei stări de pericol pentru buna desfășurare a activității autorităților, instituțiilor, organelor de stat, serviciilor publice sau a altor unități, societăților sau companiilor naționale, a regiilor autonome și a altor agenți economici, în care funcționarul își desfășoară activitatea, prin acțiuni îndreptate împotriva acelei valori sociale

speciale a probității, pe care funcționarii sau alți salariați trebuie să o practice și să o apere [9, p. 141].

4. Legătura de cauzalitate. Un alt element important al laturii obiective a conținutului constitutiv al infracțiunii de dare de mită îl constituie legătura de cauzalitate între acțiunea făptuitorului și urmarea imediată. Astfel că, existența infracțiunii de dare de mită este condiționată de legătura de cauzalitate dintre actul de conduită interzis, respectiv promisiunea, oferirea sau darea de bani sau alte foloase necuvenite funcționarului sau altui salariat, și urmarea imediată socialmente periculoasă prevăzută de lege, respectiv starea de pericol creată cu privire la relațiile sociale de serviciu.

Pentru ca acțiunea mituitorului să fie socotită cauza urmării imediate, trebuie să se probeze că ea a creat în concret, prin corupție, posibilitatea încălcării îndatoririlor de serviciu de către un funcționar sau alt salariat. Raportul de cauzalitate există și atunci cînd mituitorul era îndreptățit să i se rezolve favorabil cererea pentru a cărei soluționare a promis, a oferit sau a dat mită. Determinarea raportului de cauzalitate depinde de stabilirea justeței sau injusteței folosului material dat, oferit sau promis de mituitor. Orice acțiune de promisiune, oferire sau dare de bani ori alte foloase, săvîrșită de mituitor, pentru realizarea unui interes actual sau de perspectivă, se reține drept cauză, cîtă vreme se dovedește că s-a întemeiat pe corupție [1, p. 116].

Concluzii. Din analiza temei prezentului articol, putem conchide că latura obiectivă a infracțiunii de dare de mită este constituită dintr-un element material, care are la bază patru cerințe esențiale, o urmare imediată și o legătură de cauzalitate.

Sub aspectul laturii obiective, infracțiunea de dare de mită necesită săvîrșirea faptei de promitere, oferire sau dare de bani sau alte foloase necuvenite unui funcționar pentru atingerea unui scop, respectiv îndeplinirea, neîndeplinirea ori întârzierea unui act privitor la îndatoririle de serviciu sau realizarea unui act contrar acestor îndatoriri ale funcționarului.

Totodată, existența infracțiunii de dare de mită este condiționată de îndeplinirea celor patru condiții esențiale, precizate și dezbătute pe larg în cadrul prezentului articol, de realizarea unei urmări imediate, constînd în crearea unei stări de pericol pentru buna desfășurare a relațiilor sociale de serviciu, precum și de realizarea legăturii de cauzalitate între acțiunea făptuitorului



lui, respectiv actul de conduită interzis acestuia, și urmarea imediată socialmente periculoasă prevăzută de lege, respectiv starea de pericol ce afectează relațiile de serviciu.

Recenzent: **Gheorghe ALECU**,
doctor în drept,
conferențiar universitar

Referințe bibliografice

1. Aneta Grigorovici. *Infrațiunile de serviciu sau în legătură cu serviciul*. București: Editura Științifică și Enciclopedică, 1976.
2. Dan Banciu, Sorin M. Rădulescu. *Corupția și crima organizată în România*. București: Editura Continent XXI, 1994.
3. Elena Cherciu. *Corupția – caracteristici și particularități în România*, Editura Lumina Lex, București, 2004;
4. Gheorghe Nistoreanu, Alexandru Boroi, Ioan Molnar, Vasile Dobrinou, Ilie Pascu, Valerică Lazăr. *Drept penal. Partea specială*. Ediție revăzută și adăugită. București: Editura Europa Nova, 1999.
5. Horia Diaconescu. *Infrațiunile de corupție și cele asimilate sau în legătură cu acestea*. București. Editura All Beck, 2004.
6. Pavel Abraham, Nicoleta Iliescu. *Codul penal al României comentat și adnotat*. București: Editura pentru Științe Naționale, 2002.
7. Romeo Glodeanu. *Luarea și darea de mită*. București: Editura Hamangiu, 2009.
8. Sergiu Bogdan. *Drept penal. Partea specială*, Ediția a III-a. București: Editura Universul Juridic, 2009.
9. Vintilă Dongoroz, Siegfried Kahane, Ion Oancea, Iosif Fodor, Nicoleta Iliescu, Constantin Bulai, Rodica Stănoiu, Victor Roșca. *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea specială*, vol. IV. București: Editura Academiei Republicii Socialiste România, 1972.
10. Decizia nr. 1862/1959, Trib. Suprem, Secția penală, preluată din *Drept penal. Partea specială*, Ilie Pascu, Mirela Gorunescu. București: Ediția a II-a, Editura Hamangiu, 2009.
11. Decizia nr. 129/A/1994, Curtea de Apel București, Secția a II-a penală, preluată din *Drept penal. Partea specială. Teorie și practică judiciară*. Vasile Dobrinou, Norel Neagu. București: Editura Wolters Kluwer, 2008.
12. Decizia penală nr. 6/1996, Curtea de Apel Brașov, preluată din *Infrațiunile de corupție în contextul reglementărilor europene*. Claudia Florina Ușvat. București: Universul Juridic, 2010.
13. Decizia penală nr. 6/A/1996, Curtea de Apel Brașov, preluată din *Infrațiunile de corupție în contextul reglementărilor europene*. Claudia Florina Ușvat. București: Universul Juridic, 2010.
14. Decizia nr. 1550/2005, Înalta Curte de Casație și Justiție, www.scj.ro.
15. Decizia nr. 1315/2008, Înalta Curte de Casație și Justiție, www.scj.ro.
16. Sentința penală nr. 29/1998, Tribunalul Satu Mare, preluată din *Infrațiunile de corupție - Aspecte teoretice și practice*. Theodor Mrejeru, Dumitru Petre Andreiu Florescu, Dan Safta, Marieta Safta. București: Editura All Beck, 2000.
17. Gheorghe Alecu. *Instituții de Drept Penal. Partea generală și Partea specială*, Constanța: Ovidius University Press, 2010.
18. Al. Barbăneagră, Gh. Alecu, V. Berliba, V. Budeci, T. Carpov, V. Cușnir, R. Cococar, Al. Mariț, T. Popovici, Gh. Ulianoschi, X. Ulianoschi, N. Ursu, V. Volcinschi, în *Codul Penal al Republicii Moldova. Comentariu*. Chișinău: Ed. Sarmis, 2009.

NATURA JURIDICĂ A AMNISTIEI ȘI A GRAȚIERII

Cristian Alin LUPU,
doctorand

SUMMARY

The author tells about the 3 key features of the crime, suggesting an additional feature. It mentions the link and place of amnesty and pardon in the criminal law of Romania and Moldova. It shows the main features of exclusive causes of responsibility and consequences of conviction in the law of Romania and Moldova. The author analyzed the main theories regarding the legal nature of the amnesty and pardon.

Key-words: legal nature of the institution of law, the legal nature of amnesty, pardon legal nature, theories regarding the legal nature of the amnesty and pardon, amnesty essence, the essence of a pardon, amnesty traits, characteristics of a pardon.

REZUMAT

Autorul descrie cele 3 trăsături esențiale ale infracțiunii, propunând o trăsătură suplimentară. Examinează comparativ locul instituțiilor amnistiei și grațierii în legea penală a României și în cea a Republicii Moldova. Sînt indicate caracteristicile cauzelor care înlătură răspunderea penală și consecințele condamnării în legea penală a României și a Republicii Moldova. Sînt analizate principalele teorii privitoare la natura juridică a amnistiei și a grațierii.

Cuvinte-cheie: natura juridică a instituției de drept, natura juridică a amnistiei, natura juridică a grațierii, teorii privitoare la natura juridică a amnistiei și grațierii, esența amnistiei, esența grațierii, trăsăturile amnistiei, trăsăturile grațierii.

În literatura de specialitate se insistă asupra necesității clarificării esenței instituțiilor de drept, determinării naturii juridice a acestora, sistematizării și unificării aparatului terminologic. Stabilirea naturii juridice a oricărei instituții are o importanță majoră. Fără o cunoaștere deplină a esenței instituției de drept nu putem conta pe o soluționare reușită a problemelor particulare legate de aplicarea acesteia. Natura juridică a instituției reprezintă prin sine caracteristica juridică a fenomenului dat, care exprimă specificul acesteia, locul și funcțiile în raport cu alte fenomene juridice, precum și în corespondere cu natura sa socială.

Cauzele de înlăturare a răspunderii penale și a executării pedepsei se definesc printr-o natură juridică proprie, desprinsă nemijlocit din natura efectelor pe care le generează. Consecințele produse se răsfrîng asupra dreptului Statului de a trage la răspundere penală și de a cere executarea sancțiunii penale, adică se răsfrîng asupra obligației corelative a făptuitorului. Aceste efecte sînt întîlnite în conținutul raportului penal. Cauzele date sînt instituții de drept penal menite să asigure constrîngerii juridice o incidență și o funcționare corespunzătoare scopurilor legii penale și pedepsei [1, p. 329]. Acestea reprezintă fapte în sens material, fiind reglementate de norme juridice și produc efecte juridice ce au ca rezultat excluderea răs-

punderii penale și a executării pedepsei. Așa fiind, toate cauzele prevăzute de art. 119-139 CP român și art. 109-112 CP RM constituie fapte juridice. Majoritatea lor sînt fapte juridice extinctive [2, p. 726]. Grațierea parțială și comutarea pedepsei fac excepție de la această regulă, deoarece au efecte ce modifică doar raportul juridic de conflict, sub aspectul conținutului ori duratei sale.

Efecte specifice produce, de asemenea, reabilitarea, care intervine întotdeauna după stingerea raportului penal [3, p. 352]. În acest context, legiuitorul României și al RM, avînd la bază studiile și opiniile doctrinarilor, a stabilit că știința dreptului penal are la bază 3 piloni: infracțiunea, răspunderea juridică penală și sancționarea prin pedeapsă. În doctrină, infracțiunea se caracterizează prin 3 trăsături esențiale: pericolul social, vinovăția și prevederea în legea penală. În opinia autorului, aceste trăsături pot fi completate cu a 4-a trăsătură, și anume, *fapta să fie pedepsibilă și executabilă*.

Acțiunea penală, după cum este stabilit, cuprinde 2 mari etape. Prima se referă la activitatea de cercetare și stabilire a faptei penale pînă la momentul de condamnare inclusiv, iar cea de-a doua se referă la executarea pedepsei stabilite prin sentință. În acest context, ne propunem să găsim esența însemnătății și aplicabilității a ceea ce reprezintă cauze care înlătură răspunderea penală



și cauze ce înlătură pedeapsa ori consecințele condamnării. Am arătat ca prin săvârșirea infracțiunii se naște raportul juridic penal de conflict, ce este necesar a fi adus în fața reprezentanților justiției, aceștia urmînd să decidă calea de urmat. În consecință, la finele cercetării și soluționării raportului substanțial penal de conflict, vine momentul în care trebuie să fie pusă în executare pedeapsa, hotărîrea de condamnare urmînd să fie dusă la îndeplinire. Așadar, distingem cele 2 etape în actul juridic penal, aplicarea pedepsei penale și executarea ei. În acest context pot interveni incidente procesuale sau procedurale fie după momentul săvârșirii infracțiunii, fie după momentul aplicării pedepsei, care pot determina inutilitatea tragerii la răspundere penală sau pot avea consecința inoportunității executării pedepsei, sau a menținerii unor consecințe ale condamnării. În prezent aceste cauze sînt reglementate în comun în doctrină, pe cînd, în opinia mea, trebuie avută în vedere necesitatea divizării acestora și găsirea corespondentului pentru fiecare aparte și în conținutul celei de a patra trăsături a infracțiunii, expuse mai sus. Deși distinsul profesor I. Tanoviceanu insistă asupra a două aspecte, primul – în nerecunoașterea amnistiei și grațierii ca instituții de drept penal, iar secundo – *asupra necesității examinării pe cît posibil laolaltă a acestora ca și "cauze care previn sau fac să înceteze pedepsele"* [4, p. 553], personal consider necesar a diviza aceste cauze în două grupe: prima – cea care face ca răspunderea penală să fie înlăturată, fiind regăsită cu un corespondent în trăsătura a patra a infracțiunii "fapta să fie pedepsibilă", iar cea de a doua să fie cea care realizează înlăturarea executării pedepsei și a consecințelor condamnării "fapta să fie executabilă".

Astfel, amnistia și grațierea, deși negate ca instituții de drept penal de reprezentanții curenților filozofice potrivnice, își stabilesc prin ele însele legătura și locul în legea penală atît a României, cît și a RM. Amnistia și grațierea în contextul prezentat arată că rămîne fapta penală și aceasta constituie infracțiune, însă în situația dată se va efectua numai o înlocuire a răspunderii penale care se va deosebi prin substituirea ei într-o altă formă de răspundere juridică, mai puțin gravă, mai ușor de executat pentru făptuitor, avîndu-se la bază motivații politico-sociopenale.

Aceste cauze rămîn să asigure în continuare autoritatea legii penale. Ca natură juridică, amnistia și grațierea, așa cum sînt prezentate în lucrările de

specialitate din RM, au o dublă raportare, atît la normele Constituției, cît și la normele legii penale [5, p. 279]. Astfel, cercetătorii din RM definesc cauzele care înlătură răspunderea penală sau consecințele condamnării ca instituții de drept penal destinate să asigure constrîngerii juridice penale o incidență și o funcționare care să corespundă scopurilor legii penale și pedepsei penale. Instituția grațierii are o natură dublă, fiind atît o instituție de drept constituțional, cît și o instituție de drept penal. Prin prevederile Constituției RM (art. 88, lit. e), sînt stabilite organele competente să acorde grațierea, iar în art. 108 CP RM sînt reglementate efectele juridico-penale pe care această măsură le produce [28].

Este important să precizăm care sînt principalele trăsături ale cauzelor exclusive de responsabilitate penală și care sînt consecințele condamnării în legea României și în legea Republicii Moldova.

a) Prin reglementarea lor de către această ramură de drept, ele sînt instituții de drept penal. Un caz particular și, prin acest fapt, o particularitate este întîlnită în situația noțiunii juridice a actelor de clementă, amnistie și grațiere. Aspecte particulare prezintă amnistia și grațierea, care sînt prevăzute de Constituția țării și care dobîndesc astfel o dublă natură, devenind instituții ale dreptului constituțional și ale dreptului penal deopotrivă [3, p. 352].

b) O altă trăsătură, la fel de importantă, este faptul că acestea sînt determinate, în principiu, de interese generale ale societății. Prin această particularitate, interesul personal apare și devine precumpănitor în cazul grațierilor individuale și al constatării reabilitării de drept.

c) Beneficiază de caracter general, deoarece fac referire la toate infracțiunile sau la un număr nedefinit de fapte penale. În afara acestora este semnalată și existența altor astfel de cauze care prezintă interes pentru un număr mai restrîns sau chiar numai pentru anumite infracțiuni, acestea împrumutînd un caracter special. Unele dintre acestea sînt prevăzute în partea generală a CP român, exemplificate de instituții juridice ca desistarea și împiedicarea rezultatului (art. 22 alin. 1) ori împiedicarea săvîrșirii faptei de către participant (art. 30) [6]. Altele își găsesc reglementarea juridică în partea specială a CP român ori în legi speciale extrapenale, constituind temeiuri de imunitate, cum este, spre exemplu, cazul art. 260 alin. 2 CP român, care prevede că mărturia mincinoasă nu se pedepsește dacă, în cauzele

penale, mai înainte de a se fi pronunțat o hotărîre sau de a se fi dat o soluție ca urmare a mărturiei mincinoase, martorul își retrage mărturia.

d) Punem în discuție faptul că acestea au caracter obligatoriu. În înțelesul acestei noțiuni, această trăsătură se desprinde tocmai din interesul social ce stă la baza instituției. În situația dată de dispozițiile art. 13 alin. 1 CPP român, în caz de amnistie, prescripție a răspunderii penale sau de retragere a plîngerii prealabile, făptuitorul are dreptul să ceară continuarea procesului penal, soluția pronunțată nu este de natură a infirma această susținere, deoarece, în cazul în care se constată pe această cale existența infracțiunii, răspunderea penală va fi înlăturată.

e) Sînt cauze care nu operează doar în baza dispozițiilor CP, ci presupun și unele manifestări de voință, în acest context amnistia și grațierea colectivă presupun un suport normativ, un act normativ, decît un act juridic al puterii legiuitorului. Împăcarea părților acordă un efect juridic ce constă în exprimarea consimțămîntului bilateral – prin toate implicațiile juridice – de a curma derularea procesului în faza în care se găsește.

f) Majoritatea acestor cauze constituie impedimente la punerea în mișcare și exercitarea acțiunii penale (art. 10 lit. f, g și h CPP român).

g) De regulă, astfel de cauze pot fi invocate de făptuitor, de procuror sau de instanță din oficiu, în orice fază a procesului penal, ori pe calea contestației la executare.

h) Aceste cauze nu au efect și nu se răsfrîng asupra existenței infracțiunii. Fapta penală reprezintă o certitudine, o realitate asupra căreia nu se poate interveni, pe care nimeni și nimic nu o poate înlătura sau îndepărta. Cauzele prevăzute în Titlul VII din Partea generală a CP român sînt de natura a înlătura, mai mult sau mai puțin, efectele și consecințele juridice ale faptei și neintervenind nicidecum asupra faptei penale în sine, care este și rămîne ireversibilă.

i) Nu sînt produse efecte asupra laturii civile din procesul penal, respectiv asupra drepturilor la despăgubire a persoanelor vătămate, persoanei ce a suferit un prejudiciu ca urmare a acțiunii asupra sa a unei fapte penale prejudiciabile. Un caz aparte, ca excepție, este dat de împăcarea părților, potrivit art. 132 alin. 1 CP român, și retragerea plîngerii prealabile, care trebuie să fie totale, privind atît acțiunea penală, cît și cea civilă ce face referire la despăgubirile pretinse.

j) Nu este înlăturată măsura de si-



garanță. În acest context, art. 119 alin. final CP român prevede că amnistia nu are efecte asupra măsurilor de siguranță, iar art. 126 alin. ultim CP român stabilește că măsurile de siguranță nu se prescriu. Aceleași prevederi, situații și ipoteze juridice se regăsesc și în legislația RM.

Vom analiza și **principalele teorii privitoare la natura juridică a amnistiei și grațierii.**

a) Actul de clemență constituie un „**actus contrarius**” [7, p. 229]. Această noțiune evocă situarea actului de clemență împotriva unui act al aceleiași puteri, teoria evidențiind caracterul excepțional al amnistiei și al grațierii, neelucidând însă esența lor. Termenul e de origine latină și e utilizat ca parte a teoriei „actus contrarius”, ce prevede că tratamentul juridic al unui anumit act este, de obicei, același ca și pentru opusul său, lucru aplicabil numai în cazul în care nu există reglementări speciale pentru actul în cauză. Teoria „actus contrarius” se regăsește în dreptul public, unde ține de competența autorităților și a instanțelor judecătorești. Astfel, se arată că activitatea de stabilire a faptei penale cu implicația răspunderii penale ce cade în sarcina instanțelor judecătorești vine în acțiune contrară cu cea dată de efectul actului de clemență.

Punctul meu de vedere, în legătură cu această teorie, este contrar, dat fiind faptul că actul de clemență nu contravine tragerii la răspundere penală a făptuitorului sau executării pedepsei, ci numai substituie forma de răspundere penală, în baza considerațiilor de politică penală.

b) **Teoria ordinului** a fost reprezentată de către Laband [8, p. 306]. Conform acestei teorii, actul de clemență e privit ca o expresie a autorității de stat. Statul, prin organele sale, este, în momentul comiterii faptei penale, titularul acțiunii penale de constatare a infracțiunii și de tragere la răspundere penală a făptuitorului. Statul, ca titular al dreptului de acordare a clemenței, dispune unui alt organ statal să-i tragă pe făptuitori la răspundere penală sau să ceară executarea pedepsei. De asemenea, statul, ca titular al dreptului de acordare a clemenței, intervine prin renunțarea numai la executarea pedepsei prin actul de clemență. În literatura mai recentă, întemeierea actelor de clemență pe ordinul autorității a fost restrânsă doar cu privire la amnistie [9, p. 343]. Această teorie a fost respinsă de practică, motivată de faptul că hiperbolizează aspectele formale ce fac referire la actul de clemență, fără a veni în sprijinul tratării substanței acestuia.

Exprim același punct de vedere, și anume că sînt hiperbolizate aspectele formale.

c) **Teoria restituirii**, al cărui exponent contemporan este Schafer [10], a intenționat să limiteze și, totodată, să înlăture neajunsurile teoriilor ordinului și enunțării, teorii care se aflau în imposibilitatea de a găsi explicații la subiectul dat de amnistia intervenită după executarea pedepsei. Așa cum era de așteptat, și teoria restituirii s-a dovedit a fi în incapacitate de a găsi argumente convingătoare și pertinente, în cele din urmă fiind neconvingătoare, deoarece efectele amnistiei și grațierii, pe de o parte, nu reprezintă o „restitutio in integrum”, iar pe de alta, împrumută în mod nejustificat o noțiune din lexicul altei discipline – al procedurii penale. Această teorie se bazează numai pe efectele amnistiei și grațierii, fără a efectua un studiu amplu al temeiurilor și naturii lor.

Consider această teorie ca fiind o abordare incompletă și superficială sub aspectul clemenței.

d) **Teoria dispensei**, prin conținutul ei, s-a limitat numai la explicarea temei grațierii individuale. Beneficiul acestei teorii este faptul că scoate în evidență legitimarea constituțională a exercițiului de a grația și limitele lui. Trebuie amintite opiniile profesorului Iorgovan cu privire la legătura strînsă dintre Constituție și dreptul penal, care fac referire directă la atribuțiile Președintelui de a grația în mod individual. Punctul meu de vedere este unul de considerațiune asupra motivației date de profesorul Iorgovan la subiectul în discuție.

e) **Teoria renunțării**. Prin considerentele ce stau la baza acestei teorii, Statul renunță la dreptul său de a trage la răspundere penală sau de a supune condamnatul la executarea pedepsei [11, p. 522]. Deși larg îmbrățișată [12, p. 306], această teorie a avut adversarii săi, unii dintre care au susținut încălcarea dreptului Statului de a pedepsi, obligație indisponibilă chiar prin natura sa, iar alți autori au procedat la armonizarea acestei teorii și la expunerea ei în practică, în acest mod abordîndu-se grațierea din prisma dreptului material, mai exact ca o cauză de reducere sau înlăturare a pedepsei.

Din perspectiva procedurii penale, această teorie a fost expusă ca o cauză de împiedicare a punerii în executare sau de executare a pedepsei, fapt ce reprezintă, privitor la infractor, că, pe de o parte, grațierea se manifestă ca o renunțare a Statului la dreptul său de a-l trage la răspundere penală și de a-l supune executării pedepsei, iar pe de altă parte, din perspectiva autorităților judiciare și

administrative, este văzută ca un ordin de a înlătura consecințele conștientizării sau de executare a pedepsei. În literatura străină, teoria renunțării este astăzi prevalentă [13, p. 617].

Consider această teorie ca fiind una justificată, dat fiind faptul că Statul este singurul în măsură a dispune asupra substituirii răspunderii penale și nu, cum susțin unii autori, că Statul intervine în actul de justiție prin intențarea procesului penal. Fapta rămîne infracțiune, numai că prin motivații de politică penală Statul consideră ca efectul justiției restaurative asupra faptelor penale și a făptuitorilor acestora poate fi atins și prin aplicarea amnistiei și grațierii. Natura juridică a amnistiei și a grațierii este examinată astăzi numai din perspectiva raportului penal. Exercițarea dreptului Statului de a supune pe condamnat la executarea pedepsei și, implicit, la tragerea la răspundere penală se înlătură numai în condițiile arătate și prevăzute de Constituție, de CP și CPP, cu respectarea tuturor garanțiilor procedurale și procesuale. Cadrul legal al dreptului Statului de a renunța la tragerea la răspundere penală sau la executarea pedepsei trebuie să îndeplinească aceleași condiții de legalitate. Instituțiile amnistiei și grațierii sînt reglementate de Constituție și își au sorgintea în suveranitatea Statului însuși [13, p. 617]. Doctrina noastră a împărțit de asemenea, teoria renunțării [2, p. 392].

O problemă importantă, nerezolvată în mod unitar, este întrebarea dacă **amnistia și grațierea sînt fenomene juridice sau extrajuridice**. În mod constant au fost exprimate diferite puncte de vedere asupra esenței actului de clemență, nu și asupra exercițiului său, care este reglementat de lege. Cu alte cuvinte, discuțiile contradictorii sînt limitate la fondul acordării amnistiei sau grațierii, și nu privesc forma lor de manifestare.

Recunoașterea apartenenței actelor de clemență la fenomenul juridic sau, dimpotrivă, identificarea acestora în sfera și spațiul extrajuridic sînt determinate de natura concepțiilor filosofice sau de împrejurările apreciate ca temeiuri ale acordării clemenței. În ceea ce privește natura concepțiilor filosofice, **teoriile materialiste** fundamentează dreptul pe stări de lucru somatic-fiziologice, pe relații politice și economice sau pe natura socială a individului. Acestea în totalitatea lor se prezintă ca însumînd factori de configurare ai dreptului, adică fiind veritabile și, totodată, importante surse sociale ori naturale, izvor din care dreptul își extrage obiectul, subiectele, conținutul, finalitățile și chiar forma.



Teoriile idealiste obișnuiesc a deriva originea dreptului din divinitatea însăși ori îl văd ca fiind determinat de cauze pur spirituale. Filosofii idealiști sînt cei care, potrivit convingerilor lor, legau clemența de domeniul din care izvorăște dreptul. În ceea ce privește a doua categorie, împrejurările apreciate ca temeuri ale acordării clemenței, sînt evidențiate considerentele potrivit cărora amnistia și grațierea se sprijină pe temeuri social-politice. Izvoarele materiale ale dreptului sînt în sensul că fiecare situație de fapt poate constitui ipoteza unei norme juridice. Tot ce este potrivit cu gândirea omului poate lua forma juridică. Admițînd faptul că actul de clemență are o determinare în principal obiectivă, se poate considera că acesta are apartenență la fenomenul juridic. Tot în doctrină se consideră că amnistia și grațierea au ca temeuri sentimentele de blîndețe, compasiune, premisă care proiectează clemența într-un spațiu extrajuridic și fundamentează teoria „grațierii pure”.

Intrebarea dacă amnistia și grațierea fac parte din sistemul indicat prin ordinea de drept obiectivă sau, dimpotrivă, este în afara acestuia, parcurge întreaga istorie. Justiția constituie starea ideală a societății, realizabilă prin asigurarea, pentru fiecare individ în parte și pentru toți laolaltă, a satisfacerii drepturilor și intereselor legitime [14, p. 123]. Valorile fundamentale ale noțiunii de justiție sînt *dreptatea, utilitatea socială și securitatea juridică*.

Noțiunea de dreptate și, implicit, dreptul în sens juridic, prin chiar denumirea, funcțiile și scopul său, sînt întemeiate pe ideea de justiție, dreptate, acestea raportîndu-se la valorile fundamentale ale dreptății. La fel, și noțiunea de clemență are la bază aceleași valori. Dreptatea este un principiu care pătrunde în drept, în conștiința juridică, precum și în morală. Ea constă într-o anumită stare de raporturi sociale, precum și, în același timp, într-o reflecție a acestei stări în conștiința socială, raporturile fiind evaluate în funcție de justetea lor [15, p. 609]. Noțiunea de drept o însumează pe aceea de dreptate, cele două concepte juridice suprapunîndu-se. Actul de clemență este necesar și obligatoriu sa fie legal, nemijlocit de principiul dreptății. Aristotel a manifestat interes și preocupare față de dificultatea aplicării legilor generale și schematic la cazurile concrete, propunând timpurilor viitoare o justiție corectivă, rectificativă, egalizatoare, atît pentru cauzele civile, cît și pentru cele penale. Elementul de corecție indicat pentru moderarea rigidității legilor 1-a

constituit echitatea. În ceea ce privește procesul judiciar, acesta poate fi văzut fie în ansamblu, fie ca o comparație, în procesul civil părțile avînd deschisă calea negocierii și a stabilirii tranzacției în vederea stingerii dreptului reclamat. Situația este alta în procesul penal, unde executarea efectivă a unei pedepse aplicate după o judecată în baza unei norme juridice rigide poate duce la transformarea unei dreptăți formale într-o nedreptate materială. Uneori se pedepsește după lege în cazuri în care conștiința și opinia publică achită. În aceste cazuri, legea și dreptatea ajung în conflict [16, p. 365]. Pe calea amnistiei și grațierii individuale se poate obține o detensionare a raportului dintre cele 2 aspecte arătate anterior. Sînt numeroase situații în care efectul activ al măsurii de penitență se răsfrînge în mod diferit asupra unor persoane, condamnați cu personalități similare, cărora le-a fost aplicată o pedeapsă identică pentru infracțiuni asemănătoare. În cazul unor pedepse pecuniare consistente, de exemplu, deprecierea situației financiare a unuia dintre condamnați, poate atrage consecințe diferite, în pofida unei vinovății identice sau similare și a unor pedepse egale.

În principiu, toate motivele hotărîrii de condamnare și care, deci, nu au putut fi avute în vedere la individualizarea judiciară a pedepsei sînt considerate cauze potențiale de grațiere. Ele sînt numite *grațieri de egalizare*, pentru a le deosebi de cele condiționate de condunita ulterioară a fostului condamnat. În cazul grațierilor de egalizare, egalitatea formală este corectată în favoarea celei materiale și a cazului concret [17, p. 135]. Rezultă că grațierea oferă posibilitatea unei treceri armonioase de la „*ius strictum*” la „*ius aequum*”. Ea reprezintă consecința recunoașterii că pedeapsa nu îndeplinește, în anumite cazuri, scopul sau/și pentru acest motiv trebuie înlăturată sau diminuată [18, p. 197]. Filosoful austriac Caneri pune sub lupa cercetării ideea: „De ce clemența înaintea dreptului și nu clemența înaintea dreptății”? Caneri considera că numai prin aplicarea corectă a legii se va ajunge la egalitatea cetățenilor în fața acesteia. Numai acolo unde legea și speța nu se acoperă deplin își găsește loc clemența, pentru că „clemența autentică înseamnă dreptate” [19, p. 655]. Este vorba despre instanța conștiinței [20, p. 505].

După ce am abordat conceptul noțiunii de „dreptate” ca idee, vom trata conceptul de dreptate, avînd în vedere **utilitatea socială**. Apreciem că dreptul nu poate fi satisfăcut numai prin conți-

nuturi formale, din principiul egalității nici nu rezultă ce este egal sau inegal și nici cum ar trebui tratați egalii, respectiv inegalii. Nu se arată un etalon în raport cu care se poate stabili, în mod indiscutabil, că o pedeapsă intrată în puterea lucrului judecat sau este dreaptă, sau nedreaptă. Pentru a putea abandona sfera abstractului în abordarea conceptului de dreptate, va trebui să i se mai atribuie o dimensiune – aceea a utilității sociale.

Prin noțiunea de *utilitate socială* se desemnează organizarea unei comunități pentru asigurarea binelui tuturor, în sens larg, și al fiecăruia în parte, în sens concret. Se garantează astfel dezvoltarea oricărui individ sub o condiție generală și rațională, reprezentată tocmai de ideea de justiție. Utilitatea socială, subordonată ideii de justiție, se situează chiar la temelia dreptului [21, p. 132]. Aceeași utilitate care reclama pedeapsa, justifică uneori renunțarea la aceasta sau iertarea ei [20, p. 505]. Grotius, Pufendorf și Carpzov au fost promotorii fundamentării ideii transferului amnistiei și grațierii în domeniul utilității, susținînd puternic întemeierea lor exclusiv pe o *justa causa aggratiand*. Exemplul convingător al contingentelor dintre clemență și utilitatea socială este dat de cazurile de neadaptare a legislației la schimbările bruște, intervenite în raporturile sociale. Actele de clemență, în speță amnistia și grațierea, sînt primele care răspund cerințelor realității mai înainte decît instanțele, care sînt presate de litera legii, în unele cazuri devenită desuetă, mai ales dacă luăm în considerație tranzițiile de la un regim la altul, situațiile de criză sau timpul revoluțiilor, punctele de vedere și concepțiile despre dreptate sau nedreptate se schimbă instantaneu, între realitatea modificată și legislație născîndu-se un hiatus.

Securitatea juridică desemnează acea stare de siguranță a indivizilor și a societății conferită de normativitatea juridică prin respectarea prescripțiilor sale [22, p. 120]. Legătura strînsă dintre actul de clemență și legalitatea îndeplinirii acestuia se reflectă în protecția juridică a valorilor sociale, în atribuțiile persoanei umane și în acțiunile sale legitime, în întregul său climat social. Securitatea juridică stabilește condiția minimă pentru realizarea optimă a justiției în societate, cu respectarea principiilor ce stau la baza îndeplinirii acesteia. Securitatea juridică derivă dintr-o necesitate profundă, devenind premisa oricărei civilizații și scutul său juridic împotriva anarhiei [23, p. 121]. Dacă privim efectele juridice ale amnistiei și grațierii, ca măsuri de înlăturare a răs-



punderii penale, trebuie în mod obligatoriu să ne punem întrebarea dacă, prin această acțiune juridică de înlăturare a răspunderii penale și a executării pedepsei, nu se aduce atingere securității juridice. Potrivit unor autori, acordarea clemenței semnifică falimentul justiției penale [24, p. 81], iar dreptul însuși se vede alungat de clemență [25, p. 588]. Mai ales în anumite perioade de flux al actelor de clemență, titularii drepturilor de a acorda amnistia și grațierea se străduiesc parcă „să smulgă arma din mîna dreptății” [24, p. 81-85].

Amnistia și grațierea nu trebuie constate sub cuvînt că se erodează principiul securității juridice. Sancțiunea statormicită de instanțe trebuie să rămîna ceva definitiv și irevocabil din punct de vedere judiciar, nu însă și din punctul de vedere al executării sancțiunii [2, p. 726]. Problema nu este aceea de a nega clemența, ci aceea de a găsi modalități protectoare și restrictive, care să nu distrugă acest drept natural și benefic, ci să îi păstreze virtuțile tămăduitoare pentru societate, deoarece dreptul de amnistie și grațiere își găsește temeiul în cele mai înalte sarcini și condiții ale ordinii de drept și ale dreptului penal [16, p. 365]. Niciodată securitatea juridică nu va avea de suferit în urma unor acte de clemență, dacă se au în vedere aceste reguli. Putem afirma că există un echilibru perfect între securitatea juridică, pe de o parte, și actele de clemență, pe de altă parte, echilibru ce își are punctul de sprijin tocmai pe însăși modalitatea reglementării amnistiei și grațierii în legislațiile contemporane ale ambelor state – România și RM.

Drumul lung sinuos și deseori foarte greoi pe care l-au parcurs aceste instituții de clemență în aceste state, de la un drept absolut al suveranului la un act constituțional, de la fenomene extrajuridice la unele pe deplin juridice, au avut ca reper tocmai echilibrul amintit anterior. Tocmai legea fundamentală, Constituția, stabilește separarea funcțiilor Statului și îngăduie puterii legislative sau puterii executive să intervină în domeniul activității judecătorești, dar numai cu respectarea ordinii de drept și numai pentru respectarea acesteia. Abordînd reglementările numeroase privind procedura și efectele amnistiei și grațierii, observăm că acestea sînt cuprinse definitiv și integral în sistemul de drept. S-a remarcat apoi, în mod just, că toate temeiurile actelor de clemență își au originea în însăși ordinea de drept [17, p. 135]. Conceptul de securitate juridică, prin chiar natura sa, este relativ [22, p. 120].

Componentele noțiunii de justiție – dreptate, utilitatea socială și secu-

ritatea juridică – sînt în perfect acord cu instituția amnistiei și instituția grațierii, ce au drept menire a detensiona raporturile tensionate dintre dreptate, utilitatea socială și securitatea juridică. Libertatea dată titularului dreptului de acordare a amnistiei și grațierii și de a găsi motivații acestor acte este o dovadă a faptului că actul de clemență nu se află în antiteza cu dreptul, ci este de neînlăturat în întregirea sa. Toate constituțiile moderne cuprind reglementări exprese privitoare la competența în materia grațierii individuale. Aceste dispoziții reprezintă exercițiul discreționar al acestei prerogative – de a o raționaliza și de a o cuprinde înăuntrul fenomenului juridic. Legea fundamentală consacra două principii atît în România, cît și în RM: acordarea amnistiei și grațierii colective doar prin lege organică; limitarea dreptului Președintelui statului numai la grațierea individuală.

În lucrarea științifică „Codul penal al Republicii Moldova. Comentariu” (2009) se arată că amnistia este act normativ, cu statal și implicit judiciar, avînd legaturi cu dreptul penal, constituțional, execuțional penal, știința criminologică, dreptul internațional public. Amnistia este actul de clemență acordat prin lege organică, privitor la unele infracțiuni săvîrșite anterior datei prevăzute în actul normativ, pe temeiuri social-politice și rațiuni de politică penală, superioare celor care ar fi legitimat reacția coercitivă a societății *împotriva infractorilor* și care are drept efect înlăturarea răspunderii penale, a executării pedepsei, precum și a altor consecințe ale condamnării [26, p. 283]. Prin studiul acestei definiții propuse în lucrarea sus amintită am de făcut o obiecție în sensul că se identifică destinatarul actului de amnistie prin invocarea expresiei „împotriva infractorilor”. Propun o reorientare a acestei exprimări, dat fiind faptul că amnistia poate avea ca destinatar și un presupus făptuitor al unei fapte penale, acesta beneficiind de prezumția de nevinovăție. În cazul în care acesta nu este condamnat prin sentință, nu are calitatea de infractor. În limbaj criminologic, amnistia înainte de condamnare desemnează o cauză de diminuare a infracționalității judecate [27, p. 87] În întărirea celor propuse de mine vine aceeași lucrare: reglementarea efectelor amnistiei este cuprinsă în dispozițiile art. 107 CP. Aceste dispoziții prevăd efectele amnistiei intervenite înainte de condamnare, precum și efectele amnistiei intervenite după condamnare [26, p. 284].

Înțelegînd prin puterea de stat forma publică de organizare și funcționare

a puterii politice care permite deținătorilor ei să determine și să conducă politica națională în ansamblul ei, cu tot ceea ce implică ea în interior și exterior [33, p. 16], conchidem că amnistia și grațierea, prin temeiurile și finalitățile lor, fac parte din categoria normelor legate de fenomenul puterii.

Actele de clemență privesc raporturi care apar în procesul organizării și exercitării puterii de stat, raporturi care constituie obiectul propriu de reglementare al dreptului constituțional. Prin astfel de reglementare, raporturile sociale referitoare la actele de clemență devin raporturi de drept constituțional. Dreptul constituțional reglementează competența și procedura de adoptare a actelor de clemență. Efectele amnistiei și grațierii, precum și limitele acestora, sînt prevăzute de Codul penal. Obiectul reglementării celor două ramuri de drept privitoare la instituțiile clemenței este clar configurat. Prin această reglementare interdisciplinară, amnistia și grațierea dobîndesc dublă natură juridică: de drept constituțional și de drept penal [4, p. 553]. Dacă este analizată situația grațierii individuale, reglementarea juridică aplicabilă este și mai amplă în ceea ce privește aplicabilitatea regulilor de drept constituțional cu raportare la cele de drept penal la care sînt adăugate și altele, cum sînt cele aparținînd dreptului administrativ.

Clemența este un fenomen juridic de complexitate maximă, cu oglindire în mai multe ramuri de drept, care deopotrivă mijlocesc surprinderea realității sociale din mai multe unghiuri de vedere. Acestea sînt “legi constituționale secundare” și totodată, “infraconstituționale” și “supralegislative”. De asemenea, ele sînt legi de prelungire a dispozițiilor constituționale care, în această materie, se restrîng la esențial [1, p. 329]. Amnistia înlătură răspunderea penală sau consecințele condamnării persoanei, fără reabilitarea acesteia. Grațierea este o instituție ce ține de știința dreptului penal. Din conținutul legii penale nu se prevede în mod explicit caracterul și natura acestei instituții, explicațiile fiind limitate numai la prezentarea efectelor acesteia, dar din felul și întinderea acestor efecte putem exprima că, implicit, sînt prezentate atît caracterul, cît și natura grațierii. Așa fiind și ținînd seama de poziționarea instituției în Titlul VII din Partea generală a CP român în vigoare [6], grațierea este o cauză de înlăturare a consecințelor condamnării și un mijloc de individualizare a constrîngerii juridice penale. Legislația Republicii Moldova arată grațierea drept o cauza care înlătură răspunderea



penală și consecințele condamnării, fiind regăsită în capitolul XI al Codului penal al Republicii Moldova [28].

Așa cum rezultă din efectele care o generează, grațierea este în principal o cauză personală de înlăturare sau de modificare a executării pedepsei, întrucât face referire la pedeapsa ce se execută și implicit la persoana care execută pedeapsa. Grațierea se acordă și operează „in personam”, ceea ce înseamnă că prin grațiere condamnatul este scutit, în tot sau în parte, de executarea pedepsei ori îi este comutată măsura penitenței la executarea unei pedepse mai ușoare. Precizez un fapt important, și anume că grațierea nu șterge condamnarea, aceasta rămânând pronunțată și se constituie prin antecedent penal, iar în cazul în care este săvârșită o altă infracțiune, făptuitorul va putea fi considerat, în condițiile legii, recidivist. Grațierea avînd acest caracter personal – „in personam”, efectul ei se limitează numai la persoana căruia i-a fost adresată și acordată. Aceasta înseamnă că în cazul existenței mai multor participanți la o infracțiune, grațierea acordată unui participant nu se va răsfrînge asupra celorlalți participanți [1, p. 329].

În mod principal, grațierea, prin efectul ei ca măsură cu caracter individual (personal), poate lucra și nu împiedică acordarea ei „in rem” pentru anumite condamnări. În cazul expus, grațierea are efect asupra tuturor participanților la faptele care beneficiază de grațiere. În România, Decretul nr. 155/1953 pentru grațierea unor pedepse prevede în art. 8 că „dispozițiunile prezentului decret se aplică deopotrivă participanților, tănuitorilor și favorizatorilor”. Acest sistem de acordare a grațierii prin acte emise de organul legislativ este situat deasupra sistemului în care grațierea este acordată pe cale administrativă, acest ultim sistem fiind cunoscut în unele state burgheze. Primul sistem este poziționat deasupra celui administrativ, întrucât organul suprem al puterii de stat este cel în măsură să examineze just oportunitatea prin condițiile acordării grațierii pentru unele pedepse și să stabilească exact împrejurările care determină întinderea acesteia. Grațierea nu este un act normativ, ea reprezintă o cauză de înlăturare sau de modificare a executării pedepsei, fiind act de aplicare a dreptului într-un caz concret. Grațierea constituie un mijloc de adaptare (individualizare) administrativă a pedepselor privative de libertate și pecuniare [29, p. 124]. Grațierea colectivă nu constituie un mijloc administrativ de individualizare a sancțiunilor penale, ci o modalitate de adaptare legală a lor, deoarece [3] are

o dublă natură – de drept constituțional și de drept penal [3, p. 352]. Aplicarea ei se face de către instanța de judecată, nu de către organele administrative; se adoptă prin lege. Grațierea acordată sub condiție constituie, conform unei opinii, o formă de suspendare condiționată a executării pedepsei atunci cînd executarea ei nu a început încă, respectiv, o modalitate de liberare condiționată, în măsura în care a fost acordată după începerea executării [30, p. 429]. Potrivit unei alte păreri [31, p. 131], grațierea condiționată nu reprezintă o modalitate a suspendării sau a liberării condiționate, deoarece între ele există deosebiri fundamentale privitoare la natura lor juridică, cea dintîi reprezentînd o cauză de înlăturare a executării pedepsei, iar ultimele două constituind modalități de individualizare a executării ei. Modalitatea de eliberare de pedeapsă este legată și raportată fie la caracterul actului de clemență, avînd aici în vedere grațierea individuală și cea colectivă, fie la condițiile de acordare, unde înțelînim grațiere condiționată sau necondiționată. Grațierea înlătură pedeapsa, dar nu înlătură faptul comiterii infracțiunii. Afară de considerațiile expuse anterior, privitoare la cauzele exclusive de răspundere penală și de executare a pedepsei, noțiunile de amnistie și grațiere sînt folosite astfel:

a) Acte sau norme juridice ale organelor legiuitoare ori executive, uzitîndu-se conceptele de „lege de grațiere și amnistie” ori „decret de grațiere”, sau „decret de amnistie”. În mod constant, în jurisprudență și doctrina este folosit sinonimul „acte de clemență”. Prin „clemență” sau „dreptul de clemență” înțelegem, pe de o parte, prerogativele la îndemîna unor organe ale Statului de a amnistia sau grația, în consecință – însuși dreptul subiectiv de a amnistia sau grația, iar pe de altă parte, însumarea normelor juridice în materie, deci dreptul obiectiv de amnistie și grațiere. În literatura străină este des folosită noțiunea de „jus gratiarum” pentru desemnarea dreptului Statului ca titular al acordării clementei, grațierii. În vechime, s-a folosit pentru ambele modalități termenul unitar de „grație”, care a fost însă treptat abandonat, deoarece încetase să mai corespundă naturii juridice și efectelor distincte apărute în evoluția celor două instituții juridice [32, p. 557].

b) Situația juridică a făptuitorului, persoanei ce a săvîrșit o infracțiune și i-a fost înlăturată răspunderea penală, ori condamnat, fiindcă i s-a înlăturat executarea pedepsei, putem vorbi despre „condamnații grațiați” sau despre „infractorii amnistiați”, situații juridice și noțiuni cu deosebită importanță pen-

tru disciplina dreptului penal, a crimiologiei și statisticii judiciare.

c) Instituții juridice, însumînd totalitatea normelor juridice prevăzute în Constituție, CP, CPP și legile speciale privitoare la amnistie și grațiere. Subliniem că nu în toate legislațiile noțiunile de amnistie și grațiere au înțelesul pe care îl atribuim noi [32, p. 201-202, 206]. Înțelînim des subordonarea conceptului de „amnistie” noțiunii de grațiere colectivă. Prin grațierea individuală se înțelege dreptul de a anula procedura pendinte în cazuri singulare, dar această situație e înțelînită numai în unele sisteme judiciare, astfel de reglementări fiind fundamentale diferite de ale noastre.

Concluzii

1. Măsura de clemență constă în înlăturarea răspunderii penale sau înlăturarea în tot sau în parte a executării pedepsei aplicate de instanță, ori comutarea acesteia în una mai ușoară Amnistia nu produce efectul repunerii părților în situația anterioară. Ea are efect numai asupra răspunderii penale a făptuitorului infracțiunii.

2. Caracterul specific al reglementării instituțiilor amnistiei și grațierii în dreptul român și în cel al Republicii Moldova constă în reglementarea lor nu numai în Constituție, ci și în legislația penală. Nu pot fi grațiate pedepsele deja executate, pedepsele a căror executare nu a început din cauza sustragerii condamnatului de la executare.

3. Dreptul de acordare a clementei este prezent încă din cele mai vechi timpuri, fiind cunoscut prin toate manifestările de favoare ale suveranului: amnistie sau grațiere, reabilitare, decernare de ordine, dispense la căsătorie, scutire de dări și impozite. Despăgubirile pentru condamnări nedrepte la fel erau privite ca acte de clemență. Deosebirea între amnistie, grațiere și reabilitare s-a făcut abia în dreptul modern, ele fiind mult timp confundate.

Referințe bibliografice

1. Dongoroz V., Oancea I. *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea generală. Vol. I.* București: Ed. Academiei RS România, 1972.
2. Dongoroz V. *Drept penal.* București: Institutul de Arte Grafice, 1939.
3. Filipaș A. *Natura juridică și caracteristicile grațierii condiționate.* În: RRD, nr. 4/1988.
4. Tanoviceanu I. *Curs de drept penal, Vol. II.* București: Atelierele Grafice “Socce & Co”, SA, 1912.
5. Botnaru S., Șavga Al., Grosu Vl. și alții. *Drept Penal. Partea generală.* Chișinău: Cartier, 2012.
6. *Codul Penal al României, Legea nr. 286/2009.* În: Monitorul Oficial al României. Partea 1. Nr. 510 din 24.07.2009
7. Schatzler J.G. *Handbuch des Gnaden-*



rechts. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992.

8. R. Dell'Andro. *Amnisitia*. Enciclopedia del diritto. Vol. II, Unione tipografica-Editrice Torinese, 1958.

9. Pfeifer P. *Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten-Insbesondere das Restitutionsrecht*. In: J. Bl. 1952.

10. Daloke-Fuhrmann-Schafer. *Strafrecht und Strafverfahren*, 1963.

11. Beling. *Deutsches Reichstrafprozessrecht*, 1975.

12. R. Dell'Andro. *Amnisitia*. Enciclopedia del diritto, Vol. II, Milano: Giuffrè, 1987.

13. Knaipp E. *Das Niederschlagungsrecht in rechtstaatlicher Sicht*, 1977.

14. Popa N. *Teoria generală a dreptului*. București: Proarcadia, 1993.

15. Knapp W. *Hlany teoretike somery soucarne burzoazi pravni redy. Vol "Kritika burzouznich a revizionistichyh koncepci statu a prava*. Praga: Editura Academiei de Științe, 1975.

16. C. von Rotteck, C. Welcker. *Das Staats-Lexicon-Encklopadie der sammtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, Zweiter Band, Altona, Verlag von J.F. Hammericht, 1846.

17. Seitter O. *Die Rechtsnatur des Gnadenakts*. Disertație, Univ. „Eberhard-Karls”, Tübingen, 1962.

18. König M. *Grundrechtsbindung und gerichtliche Nachprüfung von Gnadenakten*. Disertație, Univ. „Eberhard-Karls”. Tübingen, 1961.

19. Altman Jacob. *Kommentar zum österreichischen Strafrecht*, I, 1928.

20. Pop T. *Comentare în Codul penal adnotat. Vol. I. Partea generală*. București: Librăria „SOCEC & Co” SA, 1937.

21. Djuvara M. *Teoria generală a dreptului. Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*. București: ALL, 1995.

22. Craiovan I. *Finalitatea dreptului*. București: Continent XXI, 1995.

23. Roubier P. *Theorie generate du droit*. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1946.

24. Parker R. *Fighting the Sirens' Song: The problem of Amnesty in Historical and Contemporary Perspective*. Budapest: Acta Juridica Hungarica, 2001.

25. Kern. *Die Verdrängung des Rechts durch die Gnade*, Z. St. W., 1922.

26. Barbăneagră A., Alecu Gh., Berliba V. și alții. *Codul penal al Republicii Moldova. Comentariu*. Chișinău: Sarmis, 2009.

27. Gheorghiu-Bradet I. *Criminologia generală românească*. Brașov, 1993.

28. *Codul Penal al Republicii Moldova*, Legea Republicii Moldova 985-XV din 18.04.2002 (în vigoare din 24.05.2009, republicată). În: Monitorul Oficial al R. Moldova, 128-129/1012 din 13.09.2002, Republicat: Monitorul Oficial al R. Moldova nr. 72-74/195 din 14.04.2009.

29. Antoniu G. *Individualizarea pedepșelor*. În: B.I., nr. 1/1988.

30. Fr. von Liszt. *Traité de droit pénal allemand*. V. Giard & E. Briere, Paris, 1911

31. Grigoraș J. *Unele probleme ale grațierii condiționate cu referire la practica Tribunalului Suprem*. În: RR, nr. 10/1974.

32. Mândru I. *Amnistia și grațierea*. București: ALL Educational, 1998.

33. Pactet Pierre. *Droit Constitutionnel*. Paris: 29 Edition a jour aout, 2010.

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ФУНКЦІОНУВАННЯ ІНСТИТУТУ ВІДВОДУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

О. АНУФРІЄВА,

аспірантка кафедри правосуддя юридичного факультету
Київського національного університету
ім. Т. Шевченка

SUMMARY

The problematic functioning issues of challenge institute under criminal procedural legislation of Ukraine are researched. The problem is scrutinized through analysis of criminal process theory and criminal proceeding practice.

Key-words: Challenge, Recusal, Criminal proceeding, Criminal Procedural Code of Ukraine (CPC).

REZUMAT

Сіт cercetate problemele funcționării și întăririi instituției de recuzare în legislația procesual-penală a Ucrainei. Tema e abordată prin analiza problemelor generale teoretice și practice, care apar în cadrul procedurilor penale în Ucraina.

Cuvinte-cheie: recuzare, autorecuzare, procedură penală, Cod de procedură penală.

Постановка проблеми. Наразі активно обговорюється новий, набувший чинності 19 листопада 2012 року новий кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України 2012 р.) [1]. Оскільки велика кількість положень КПК України 2012 р. є дискусійною, пропонуємо дослідити загальні теоретичні проблеми кримінального провадження в контексті їх відображення та функціонування на прикладі інституту відводу – однієї з правових гарантій кримінального судочинства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми. Проблемні питання функціонування інституту відводу у вітчизняному кримінально-процесуальному законодавстві неодноразово ставали предметом наукових досліджень, їм присвячені роботи таких вчених, як А.Я. Дубинський, В.Г. Гончаренко, Л.М. Лобойко, В.Т. Нор, В.П. Шибіко, М.Є. Шумило, Ю.М. Грошевий, В.С. Зеленецький, О.Р. Михайленко, Д.П. Письменний, Є.О. Семенов та ін. Проте у згаданих роботах, виданих цими та іншими ученими, мова здебільшого йшла про окремі нормативні сторони цього інституту. Проте, системного вивчення норм, теоретичних та практичних проблем, які виникають при розгляді та вирішення кримінальних проваджень, досі не було здійснено.

Мета статті. Дана стаття присвячена аналізу актуальних проблем, що стосуються функціонування інституту відводу, самовідводу учасників кримінального провадження в Україні.

Виклад основного матеріалу дослідження. Для виконання завдань, поставлених у вступі до цієї статті, пропонуємо, перш за все з'ясувати правову природу функціонування інституту відводу у кримінальному процесі України.

Існування інституту відводу в кримінальному судочинстві України є гарантією справедливого, неупередженого та об'єктивного правосуддя. Він складається із комплексу охоронних заходів, пов'язаних з усуненням зацікавлених осіб від досудового розслідування та судового розгляду. Сформульована у главі 4 КПК України 1960 р. та параграфі 6 глави 3 КПК України 2012 р. система заборон гармонійно вписується в загальну стратегію розвитку кримінально-процесуального права України, що спрямована на захист інтересів особистості, надаючи інституту відводів додаткове значення. У контексті реалізації призначення кримінального судочинства даний інститут не може бути віднесений до числа другорядних елементів у механізмі кримінально-процесуального регулювання. Багато залежить від того, яким судом буде здійснювати-



ся судовий розгляд і який слідчий проводив досудове розслідування. Необ'єктивне ставлення до будь-якого учасника кримінального провадження істотно погіршує якість роботи не лише окремо взятого органу чи посадової особи, але і правоохоронної, і судової систем в цілому, при цьому пробуджуючи у громадян негативне ставлення до органів державної влади. Вроджене почуття справедливості, притаманне кожній людині, примушує державу враховувати цей моральний аспект на законодавчому рівні.

Новий КПК України, що був прийнятий 12 квітня 2012 року по новому підходить до вирішення проблем кримінально-процесуальної діяльності, наслідуючи найкращі зразки кримінально-процесуального законодавства іноземних країн. Через дану обставину видається важким здійснити аналіз наявної практики його застосування, оскільки значна кількість порушень кримінальних проваджень ще розглядаються відповідно до положень старого КПК України 1960 року. Дане надає можливість акцентування уваги на теоретичних аспектах застосування нового КПК України 2012 р. із запозиченням практично-прикладного досвіду застосування процесуального значення відповідних інститутів кримінального процесу згідно із відповідними нормами КПК України 1960 р.

Процесуальне значення інституту відводу полягає в тому, що право прокурора, підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, захисника, а також потерпілого, цивільного позивача і цивільного відповідача або їх представників заявити відвід судді, народному засідателю, присяжному, прокурору, слідчому, перекладачу, експерту, спеціалісту і секретарю судового засідання виступає своєрідним методом захисту прав і законних інтересів учасників провадження, котрий сприяє об'єктивному досудовому розслідуванню і судовому розгляду і тим самим виконанню завдань кримінального судочинства. Належне заявлення та вирішення відводів втілює в собі важливу гарантію встановлення істини у кожному кримінальному провадженні та сприяє винесенню законного, обґрунтованого та справедливого вироку.

Акцентуючи увагу на кримі-

нально-процесуальному законодавстві України, у цілому погоджуємося із думкою Л.М. Лобойка, що у практиці застосування старого КПК України 1960 р. простежувалися, із поміж іншого, наступні негативні положення: невідповідність кримінально-процесуального законодавства у частині регламентації прав суб'єктів процесу європейським стандартам правового положення особи у кримінальному судочинстві, високий ступінь формалізму у кримінально-процесуальній діяльності та нерівність сторін обвинувачення та захисту [2, с. 4]. Нові положення КПК України 2012 р., відносно інституту відводу, у кримінальному провадженні свідчать про намагання законодавця забезпечити таке застосування норм кримінально-процесуального права, при якому законні інтереси учасників процесу були б реально гарантовані та надійно захищені від необґрунтованих обмежень.

Учасники процесуальних відносин здійснюють свої права та виконують свої обов'язки шляхом здійснення певних дій. Закріплений обов'язок професійних учасників усунути від кримінального провадження реалізується шляхом заявлення самовідводу. Здійснення даної дії ініціює порядок розгляду самовідводу (ст. 81 КПК України 2012 р.). Якщо ж обставини для відводу є у дійсності, але професійний учасник кримінального судочинства не усунувся від даного провадження, то ініціюється інша норма, яка встановлює право визначеному колу учасників заявити відвід. Дане право також реалізується шляхом спеціальних дій: заявлення клопотання про відвід, котре підлягає обов'язковому розгляду.

Втішно, що вчені все частіше почали звертати увагу на внутрішній людський механізм прийняття рішень. Можливо, якщо б сторони процесу напевно знали, що відбувається з внутрішнім переконанням судді, то кількість заявлених відводів була б набагато більшою. Позитивним у цьому плані є дослідження психології суддів взагалі [3], та дослідження негативних психічних процесів, зокрема [4, с. 65].

Наприклад, важко чекати неупередженості до темношкірого підсудного від судді, який є расистом за переконаннями, або суддя ультра-

правих націоналістичних поглядів, а на лаві підсудних – переконаний представник лівих партій. Тому, з метою виключення можливостей для визнання судді упередженим та для збереження авторитету судової влади в цілому, «як у приватному житті, так і при здійсненні службових повноважень судді необхідно уникати використання неналежних виразів, саркастичних, принижуючих висловів расового, статевого, релігійного, національного характеру, а також демонструвати упередженість щодо віку, соціально-економічного становища чи сексуальної орієнтації громадян» [5, с. 17].

Серйозний вплив на об'єктивність здійснює політична діяльність. «Суддя з партійним квитком завжди небезпечний, – вважає Ю.І. Стецовський, – його політична ангажованість перешкоджає неупередженості, змушує керуватися не Конституцією і правовим законом, а політичними ідеалами тієї чи іншої партії або руху навіть незалежно від формального зв'язку з ним» [6, с. 94].

Існуючий механізм правового регулювання, який встановлює порядок заявлення та розгляду відводів учасників кримінального судочинства, зіштовхується на початкових стадіях з двома проблемами:

- проблема реалізації обов'язку професійного учасника усунути від даного кримінального провадження;
- проблема реалізації права заявити відвід, котра полягає у складності встановлення (виявлення) суб'єктами, що володіють даним правом, тих обставин, що виключають таку участь.

Відомо, що будь-який механізм правового регулювання складається з трьох основних елементів: юридичні норми; суб'єктивні права та обов'язки (правовідносини); акти реалізації прав та обов'язків. Проблеми по втіленню у життя нормативних приписів, котрі з'являються на початковому етапі, пов'язані з відсутністю взаємозв'язку із іншими інститутами як кримінального та кримінально-процесуального права, так і правової культури, у механізмі правового регулювання відводів.

Проблема реалізації обов'язку професійних учасників усунути від кримінального провадження (тобто заявити самовідвід) пов'язана, перш за все, з відсутністю такого додатко-



вого правового явища, як юридична відповідальність за невиконання вказаного обов'язку. Юридична відповідальність повинна виступати як додаткова гарантія виконання наявних обов'язків. Додаючи юридичні відповідальності до системи юридичних гарантій забезпечення нормального функціонування державного управління, І. Галаган відмічав, що вони «здійснюють свій організаційно-превентивний та інший вплив не лише у випадку порушення правових норм, але і значно раніше. Вони направлені на регламентування нормального функціонування та розвитку правовідносин, діяльності суб'єктів – і у цьому їх головна соціальна цінність. Ототожнювати функції юридичних гарантій з їх подальшою (після порушення норм права) впливовою роллю – значить зменшувати їх призначення у загальній системі надбудовних явищ» [7, с. 9-10].

Зауважимо, що відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 83 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» порушення вимог щодо неупередженого розгляду справи, зокрема, порушення правил щодо відводу (самовідводу) може бути підставою для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності у порядку дисциплінарного провадження [8].

Мова йде про професійну правосвідомість, яка має безцінне значення на стадії застосування права, оскільки дозволяє правильно зрозуміти, усвідомити зміст норми права. Кожен професійний учасник кримінального процесу повинен перш за все розуміти, що найменший сумнів у його неупередженості поставити під сумнів прийняте ним рішення (виконану дію). Ще М. Строгович стосовно суддів відмічав, що «і у законодавстві, і у судовій практиці знаходиться своє відображення дуже велика турбота про те, щоб у всіх випадках було забезпечено участь у вирішенні кримінальних справ таких суддів, повна неупередженість яких не викликає жодних сумнівів» [9, с.213].

Таким чином реалізація обов'язків професійних учасників кримінального судочинства заявити відвід буде ефективною лише при наявності такого додаткового елементу механізму правового регулювання, як юридична (дисциплінарна чи будь-яка інша) відповідальність за неви-

конання зазначеного обов'язку, при обов'язковому підвищенні рівня професійної правосвідомості.

Друга вищезазначена проблема (проблема реалізації права заявити відвід, котра полягає у складності встановлення (виявлення) суб'єктами, що володіють даним правом, тих обставин, що виключають таку участь), пов'язана з відсутністю правового механізму встановлення обставин, що виключають участь у кримінальному судочинстві, яка в свою чергу, є частиною (підсистемою) загального механізму правового регулювання інституту відводів.

При заявленні самовідводу подібної проблеми не виникає, оскільки професійний учасник знає про наявність підстав, що виключають його участь у справі. Інші ж суб'єкти кримінального процесу є сторонніми людьми і, як правило, не обізнані про дані обставини. Ось тут і виникають складнощі реалізації встановленого законом їх права заявити відвід. Визначення конкретного криміналістичного способу встановлення підстави, що виключає участь, залежить від специфіки самої даної підстави. Наприклад, для того, щоб встановити, що професійний суб'єкт кримінального процесу вже брав участь у провадженні в іншому процесуальному статусі, необхідно проаналізувати матеріали самого кримінального провадження. Проте даний спосіб може виявитися неідеальним для визначення спорідненості між професійними учасниками.

Підсумовуючи вищезазначене, доходимо **висновку**, що значення відводу (самовідводу) у кримінальному провадженні визначається його сутністю і зосереджене в тому, що цей інститут відповідає за врегулювання суспільних відносин щодо забезпечення об'єктивності й неупередженості осіб, які здійснюють кримінальне судочинство або сприяють йому, що, в свою чергу, дає підстави розглядати ці відносини як умову прийняття законного, обгрунтованого та справедливого рішення у кримінальному провадженні, а також є суттєвою гарантією правосуддя, забезпечення прав і законних інтересів учасників кримінального процесу.

У зв'язку з цим пропонуємо закріпити додатковий елемент ме-

ханізму правового регулювання – юридичну відповідальність за невиконання вимог законодавства про відвід, при обов'язковому підвищенні рівня професійної правосвідомості.

Список використаних джерел:

1. *Кримінальний процесуальний кодекс України*: за станом на 15 серпня 2012 року. В журн.: Голос України, 19.05.2012, № 90-91.
2. Лобойко Л.М. *Цілі реформування кримінально-процесуального законодавства України*. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ: Збірник наукових праць, 2009, №2 (43), 320 с.
3. Кашенко О.В. *Психологічні детермінанти професійної самооцінки суддів*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. психолог. наук: спец. 19.00.03 «Інженерна психологія, психологія праці». Х., 2008, 19 с.
4. Пожарова Е. *Пограничные нервно-психические расстройства у работников прокуратуры: факторы возникновения, структура, лечение*. В журн.: Уголовное право, 2000, № 4, с. 65–70.
5. Подкопаев С. В. *Дисциплінарна відповідальність суддів*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура». Х., 2003, 20 с.
6. Стецовский Ю. И. *Судебная власть*. М.: Дело, 1999, 150 с.
7. Галаган И.А. *Административная ответственность в СССР (государственное и материальное исследование)*. Воронеж, 1970.
8. Закон України *Про судоустрій і статус суддів*: за станом на 29 серпня 2012 року. В журн.: Голос України, 2010, 3 серпня, № 142.
9. Строгович С.М. *Курс советско-го уголовного процесса*, т. 1. М., 1968, 470 с.



ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ АВТОРСЬКОГО ДОГОВОРУ

Анна КЕТРАРЬ,

аспірант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права НУ «ОЮА»

SUMMARY

Determination of author agreement is probed in the article, as a type of civil legal agreement; his specific signs are named. A question is considered about object of author agreement; analysed maintenance of contractual author relations.

Key-words: copyright, author agreement, object of author agreement, maintenance of contractual author relations.

REZUMAT

În articol se analizează noțiunea de contract de autor ca tip de contract civil; se menționează trăsăturile lui specifice. Este discutată problema obiectului și subiectului contractului de autor; e analizat conținutul raporturilor contractuale de autor.

Cuvinte-cheie: drept de autor, contract de autor, obiectul și subiectul contractului de autor, conținutul raporturilor contractuale.

Постановка проблеми. Авторське право в сучасних умовах – умовах ринкового господарювання, багаточисельних творчих та науково-технічних досягнень є однією з найбільш значущих й динамічних областей права. Але досі авторські відносини врегульовані низкою розрізнених нормативних актів, які далеко не в усьому відповідають один одному; значна кількість важливих питань взагалі не закріплена на законодавчому рівні. Ця обставина значно ускладнює подальший розвиток авторських відносин.

Актуальність теми. Теоретичне дослідження більшості аспектів авторського права, у тому числі авторського договору є вчасним та актуальним, оскільки надає можливість врахувати у законодавчій практиці висновки та пропозиції, які стають результатом таких досліджень і тим самим прискорити адаптування вітчизняного законодавства до найкращих моделей, що склалися у світі.

Сформульовані в статті теоретичні висновки ґрунтуються на загальних досягненнях юридичної науки, в тому числі, на результатах досліджень таких вітчизняних та зарубіжних вчених, як Є. П. Гаврілов, М. І. Брагінський, М. Я. Красавчиков, Н. Л. Клик, Н. В. Макаганова, Д. І. Мейер, Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova та ін. Вивчення та аналіз праць цих науковців дали змогу визначити й оцінити стан досліджуваної проблеми, виявити та проаналізувати питання, що постають на сучасному етапі у досліджуваній сфері.

Метою дослідження є комплексний науково-теоретичний аналіз авторського договору.

Виклад основного матеріалу дослідження. Авторський договір є основною правовою формою, яка регулює відносини між авторами (чи іншими особами, які мають авторське право) та користувачами, з приводу реалізації авторських прав на твір.

Згадуючи історію розвитку автор-

ського права, маємо звернути увагу на те, що авторський договір виник, в першу чергу, як засіб правової охорони інтересів видавництва та книготорговців.

У стародавньому Римі, автору належало лише право власності на матеріальну річ у якій був втілений твір, тому при продажі книги, права на твір переходили до покупця. Твір випускався в одному чи декількох екземплярах, як правило самим автором, розмноження рукопису було дуже складним та довгим процесом.

З часом, в результаті розвитку технологій друку, книги почали видавати великими партіями, та поширювати серед широкої аудиторії, почали з'являтися типографії, видавництва та книгарні. В свою чергу типографи, видавці та книготорговці почали об'єднуватися, з метою захисту своїх інтересів. Королівська влада розпочала надавати їм привілеї. Перший особистий привілей був наданий венеціанському видавцю Жану да Спіра у 1469 році. Таким чином, побічним результатом правової охорони інтересів видавців постало – виникнення майнових прав авторів, які захищалися шляхом охорони інтересів їх видавців [1, с. 29].

І нарешті, у 1709 році був прийнятий перший в історії людства закон про авторське право – Статут королеви Анни, згідно з яким, за автором було визнано майнове авторське право на твір; окрім цього автору дозволялося передавати права книготорговцю за винагороду. Отже, можна сказати що відносини між автором та користувачем виникають на підставі їх узгоджених дій, а норми що регулюють такі відносини беруть свій початок саме з англійського закону про авторське право.

Коли мова йде про узгодженість дій суб'єктів будь-яких правовідносин, які спрямовані безпосередньо на виникнення для таких суб'єктів прав та обов'язків, то ми маємо розглядати договірну конструкцію правовідносин, а в даному випадку конструкцію

цивільно-правового договору, оскільки предметом таких відносин є майнові та немайнові права автора.

Сучасні глумачні словники характеризують договір, як письмову чи усну згоду, умову про взаємні зобов'язання [2, с. 171; 3, с. 407].

Говорячи про договір, важливо зазначити, що мова йде про гнучку правову форму, яка може застосовуватися до різних по характеру суспільних відносин, завдяки чому застосування договорів триває вже на протязі декількох тисячоліть.

М. І. Брагінській справедливо стверджує, що основне призначення договору зводиться до регулювання у рамках закону поведінки людей, шляхом вказування на межі їх можливої та належної поведінки, а також наслідків порушення відповідних вимог [4, с. 13].

Тоні Оноре зазначає, що договори у повсякденному житті, мають важливе значення, в результаті декількох причин: по-перше, у багатьох сферах життя укладання договору з опонентом – це єдина альтернатива початку бійки, а по-друге, договори представляють можливість зобов'язати людей зробити щось у майбутньому [5, с. 52].

«Разум делает столь же необходимым, чтобы люди вступали в договорные отношения – дарили, обменивались, торговали и т.д., - как то чтобы они имели собственность» - стверджує В. Ф. Гегель [6, с. 128].

Говорячи іншими словами, розвиток договірних відносин між людьми є природною та невідомою частиною людського спілкування.

Сучасне цивільне законодавство визначає договір як домовленість двох або більше сторін, спрямовану на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків.

В свою чергу, у цивілістичній літературі так і не сформульовано єдиної точки зору щодо визначення поняття «договір», хоча більшість доктринальних визначень, фактично відобража-



ють ознаки одного й того ж самого явища, сутність якого закріплює ст. 626 ЦК України. Так, на думку М. І. Мейера договір представляє собою взаємну згоду двох, або декількох осіб, яка породжує право на чужу дію, та має майновий інтерес. [7, с. 156] А. М. І. Бару стверджує що договором є вольовий акт, заснований на взаємній згоді сторін, та спрямований на виникнення, зміну або припинення юридичних відносин [8, с. 76]. О. А. Красавчиков визначає цивільно-правовий договір, як виражену, у формі яку вимагає закон, згоду сторін відносно встановлення взаємних прав і обов'язків [9, с. 172].

Переходячи до безпосереднього розгляду договорів у сфері авторського права, треба сказати, що вони є набагато складнішими від інших договорів в галузі права цивільного. Це пояснюється складністю визначення вартості об'єкта авторського права (об'єкта авторського договору), та розрахунку прибутків, які може принести його використання. Однак, не має жодного сумніву, що авторські договори складають окрему групу саме цивільно-правових договорів, отже до них застосовуються усі загальні положення цивільного права, у тому числі, розглянуті нами функції та принципи цивільно-правового договору.

З цього приводу О. О. Красавчиков зазначає, що ніякі галузеві особливості договору не змінюють суті справи, не ліквідують того факту, що кожен договір представляє собою зустрічне волевиявлення його сторін, що кожен договір направлений на відповідні юридичні наслідки. Зазначена універсальність договору знаходить свій прояв не тільки у межах цивільного обороту, у зв'язку з цим О. О. Красавчиков як приклад називає «договори які використовуються при становленні і розвитку суспільних відносин, що регламентуються нормами авторського права» [9, с. 171].

Чинне законодавство України не містить поняття авторського договору, а книга 4 ЦК України взагалі його не називає. Так, лише ст. 1107 ЦК містить, не вичерпний перелік договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Разом з тим, наукове визначення авторського договору надається багатьма вченими.

В. А. Дозорцев визначає, що «за авторським договором одна сторона – автор надає право іншій стороні – користувачу використовувати твір, чи розпоряджатися твором, у тому чи іншому обсягу, а користувач зобов'язується сплатити автору винагороду за використання твору, або надання права на розпорядження ним» [10, с. 46].

На думку І. В. Савельєвої: «авторський договір – це договір про використання організацією створеного автором твору науки, літератури і мистецтва у відповідності з культурними потребами суспільства при додержанні особистих немайнових та майнових прав автора» [11, с.111].

За визначенням Н. Л. Клик: «у загальному вигляді авторський договір можна охарактеризувати як згоду автора і організації-користувача з приводу створення чи використання твору науки, літератури і мистецтва» [12, с. 12].

Е. П. Гаврилов зазначає, що «авторський договір – це один із видів договорів цивільного права. Це згода сторін, яка стосується використання охоронюваних авторським правом творів науки, літератури і мистецтва» [13, с. 114].

Н. В. Макагонова стверджує, що «авторський договір представляє собою широке поняття, яке проявляється у тому, що одна із сторін договору – суб'єкт авторського права, передає іншій стороні – користувачу, майнові права на умовах і на строк, визначених договором» [14, с. 157].

На думку, В. С. та Р. В. Дроб'язко: «авторський договір - це договір, за яким автор передає або зобов'язується передати іншій стороні свої права на використання твору в межах і на умовах, погоджених сторонами» [15, с. 215].

Як бачимо, виходячи із наведених дефініцій, однією із сторін в авторському договорі завжди виступає автор твору. Однак на нашу думку, принципове значення має предмет авторського договору, тобто авторські права, які передаються. В свою чергу стороною авторського договору, може бути не тільки автор твору, а й інша особа, яка має авторське право на твір, про що свідчить п. 1 ст. 31 Закону України «Про авторське право і суміжні права» (далі – Закон), у якому зазначається що передача майнових прав автора (чи іншої особи, яка має авторське право) оформляється авторським договором.

На нашу думку, авторський договір - це згода між автором твору науки, літератури і мистецтва чи іншою особою, яка має авторське право, з однієї сторони, і користувачем з іншої сторони, за якою автор (чи інший правочасник) зобов'язується передати (надати) користувачу, повністю або частково майнове право на використання твору, визначеним способом, з додержанням всіх істотних умов, у встановлений строк, а користувач зобов'язується використовувати твір у відповідності з переданим (наданим) йому правом.

Авторські договори, за загальним правилом, укладаються у письмовій формі. Усна форма передбачається ст. 33 Закону лише для договору про використання (опублікування) твору у пе-

ріодичних виданнях. Однак, проаналізувавши судову практику, усну форму, не можна визнати оптимальною навіть для зазначеного виду авторського договору. Деякі науковці пропонують навіть спеціальну скорочену форму, для даного виду договору, так, наприклад С. А. Чернишева говорить що: «якщо б скорочений авторський договір відображав предмет договору та розмір винагороди, то такий документ безумовно зміцнював би положення авторів, а у разі конфліктів, слугував доказом існування договірних відносин» [16, с. 35].

З точки зору загальної характеристики авторського договору він є консенсуальним, оскільки для набрання ним чинності, достатньо згоди між автором (чи іншою особою, яка має авторське право) та користувачем; взаємним, що зумовлено тим, що обидві сторони мають як права, так і обов'язки; оплатним, так як, за наданий правочасником комплекс прав, користувач повинен сплатити обумовлену договором винагороду.

Суб'єктами авторсько-договірних відносин можуть бути фізичні, юридичні особи, держава, та інші суб'єкти цивільно-правових відносин. Однак первинними суб'єктами авторського права завжди виступають фізичні особи, творчою працею яких створений твір.

Договір в авторському праві звичай є двостороннім, з однієї сторони виступає правочасник, з іншої – користувач. При цьому, у якості правочасника можуть виступати не тільки автори – фізичні особи, але й інші особи які володіють авторськими правами на твір, у тому числі юридичні особи, які можуть передавати права що отримані ними у відповідному обсязі, на законних підставах. Авторський договір може бути і многостороннім, якщо у ньому приймають участь декілька правочасників, або декілька користувачів, кожен з яких має свої права та обов'язки. Так, наприклад, многостороннім може бути договір, у якому кожен зі співавторів виступає як окрема сторона.

Предметом авторського договору виступають майнові права на твір. Ст. 31 Закону визначає, що майнові права, які передаються за авторським договором, мають бути у ньому визначені, майнові права, не зазначені в авторському договорі як відчужувані, вважаються такими, що не передаються. Однак, оскільки за авторським договором передаються майнові права на використання конкретного твору, в теорії авторського права досить часто у якості предмета авторського договору розглядають твір, права на який передаються. На нашу думку, твір є матеріальним об'єктом авторського договору, юридичним же об'єктом авторського



договору є відповідна поведінка сторін авторського договору.

Зміст авторського договору, як і будь-якого іншого договору у цивільно-праві, становлять права й обов'язки сторін. З іншого боку авторський договір має свою специфіку, яка відрізняє його, від переважної більшості цивільно-правових договорів, вона полягає у тому що зміст авторського договору визначається не тільки інтересами закріплення договірної дисципліни сторін, а й інтересами охорони абсолютних прав автора твору.

Оскільки Закон про авторське право практично не регулює зміст авторського договору, питання стосовно прав та обов'язків сторін вирішується, як правило, за їх власним розсудом. Зазначену позицію законодавця можна пояснити тим, що обсяг прав і обов'язків сторін у різних видах авторських договорів не є однаковим, так наприклад, зміст авторського договору замовлення є значно ширшим, ніж зміст договору про передачу прав на використання готового твору. Отже питання щодо прав та обов'язків сторін авторського договору ми розглянемо з урахуванням установленної практики, у загальному вигляді, на прикладі авторського договору замовлення.

За авторським договором замовлення, обов'язки автора насамперед пов'язані зі створенням та передачею замовнику твору. Твір повинен бути виконаний з дотриманням усіх визначених договором умов.

Одним із головних обов'язків автора є особисте виконання замовленої роботи, а отже авторський договір є персоналізованим зобов'язанням, у якому заміна виконавця (автора) не допускається, а залучення до роботи над створенням твору інших осіб може здійснюватися лише за згодою замовника.

Автор повинен створити та передати твір, у визначений договором строк, однак за загальним правилом, допускається і дострокова передача твору, у разі згоди замовника. У деяких випадках твір може передаватися частинами, наприклад, за авторським договором замовлення на створення многосерійного фільму.

Обов'язком автора є доробка твору за вимогою замовника. Отже, у разі коли твір у цілому відповідає умовам договору, але потребує внесення певних уточнень або виправлень, замовник має право висунути вимогу стосовно зазначених дій у межах умов договору.

Окрім цього, за умовами конкретних авторських договорів автор

зобов'язаний брати участь у підготовці твору до використання.

Обов'язком автора вважається також добросовісне виконання замовленої роботи. Так, автор повинен створити замовлений твір у відповідності до вимог законодавства у сфері авторського права, не порушуючи при цьому прав та інтересів третіх осіб. Маємо зазначити, що на сучасному етапі досить частими є випадки плагіату, невірної цитування з перекрученням змісту висловлювань, неякісного перекладу літературних творів – все це обумовлює важливість закріплення зазначеного обов'язку у рамках авторського договору.

Також, необхідно додати, що з моменту укладання, та на протязі всього строку дії авторського договору про передачу виключних прав, автор не має права передавати без згоди іншої сторони, права на використання твору або його частини, третім особам.

Що стосується замовника, то як правило, він приймає на себе наступні обов'язки. По-перше, він повинен прийняти та розглянути наданий автором твір, тобто перевірити його якість та оформлення. Спосіб прийняття та розгляду твору, залежить від змісту конкретного авторського договору.

По-друге, замовник-користувач, який приймає права на використання твору, зобов'язаний забезпечити дотримання особистих немайнових прав автора.

По-третє, авторський договір, як правило є оплатним, тому одним із основних обов'язків замовника є обов'язок сплатити винагороду. Цей обов'язок кореспондує із правом автора на плату за використання твору, яке закріплює ст. 445 ЦК України. Строк та порядок сплати авторської визначають самі сторони у договорі.

Окрім цього, авторський договір може передбачати обов'язок замовника відносно реального використання твору. Так, навіть ЦК РСФСР передбачав обов'язок організації про використання твору. Згідно зі ст. 510 ЦК РСФСР, за авторським договором про передачу твору для використання організація була зобов'язана здійснити або розпочати використання твору обумовленим договором способом, у встановлений строк, який не міг перевищувати двох років із дня ухвалення твору [17]. Нині, законодавство не покладає обов'язок реального використання твору на набувачів авторських прав, однак автор, який бажає того, щоб його твір, був доведений до публіки, має право вимагати включення зазначеної умови в авторський договір.

Поряд з основними обов'язками, які були нами розглянуті, в авторських договорах можуть передбачатися й деякі інші обов'язки, існування яких, завжди обумовлюється специфікою конкретного виду авторського договору.

Висновки. Таким чином, в результаті дослідження авторського договору, маємо констатувати, що Україна на жаль ще не накопичила достатнього досвіду у практиці договірної регулювання авторських відносин. Закон «Про авторське право і суміжні права» не містить поняття авторського договору, ЦК взагалі його не називає, багато спорів виникає через укладання договорів про використання творів у періодичних виданнях в усній формі. Тому, на нашу думку, ми маємо вдосконалити рівень правового регулювання договірних відносин у сфері авторського права й прискорити подальші наукові розробки.

Список використаної літератури:

1. Сиджанский Д., Кастанос С. *Международная охрана авторского права*. М.: Изд-во иностр. лит., 1958, 200 с.
2. Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. *Толковый словарь русского языка*. 4-е изд., доп. М.: Юрист, 1999, 356 с.
3. *Словарь української мови*: в 4-х т. Т. 1. А–Ж [упоряд. з додатком власного матеріалу Б. Грінченко]. К.: Наукова думка, 1996, 496 с.
4. Брагинский М. И., Витрянский В. В. *Договорное право. Книга первая: Общие положения*. М.: Статут, 2002, 848 с.
5. Оноре Тоні. *Про право. Короткий вступ*. К.: Наука, 1997, 171 с.
6. Гегель Г. В. *Философия права*. М.: Мысль, 1990, 524 с.
7. Мейер Д. И. *Русское гражданское право*: В 2 ч. М.: Наука, 1997, 468 с.
8. *Советское гражданское право*: ч. 1. К., 1977, 187 с.
9. *Антология уральской цивилистики. 1925-1989*: Сборник статей. М.: Статут, 2001, 431 с.
10. Дозорцев В. А. *Авторский договор и его типы*. В журн.: Советское государство и право, 1977, № 2, с. 44-58.
11. Савельева И. В. *Правовое регулирование отношений в области художественного творчества*. М.: Юрид. лит., 1986, 164 с.
12. Клык Н. Л. *Охрана интересов сторон по авторскому договору*. Красноярск: Изд-во Красноярского ун-та, 1987, 184 с.
13. Гаврилов Э. П. *Советское авторское право. Основные положения. Тенденции развития*. М.: Наука, 1984, 222 с.
14. Макаганова Н. В. *Авторское право. Учебное пособие*. М.: Юрид. Лит., 1999, 288 с.
15. Дробязко В. С., Дробязко Р. В. *Право интеллектуальной собственности: Навчальний посібник*. К.: Юрінком Інтер, 2004, 512 с.
16. Чернышева С. А. *Авторский договор в гражданском праве России*. М.: Юрид. Лит., 1999, 177 с.
17. *Гражданский кодекс РСФСР 1964 г.* В журн.: ВВС РСФСР, 1964, № 24, ст. 406.