

# 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. 6  
1 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), Universitatea de Stat din Herson (Ucraina).

Se editează din ianuarie 1991  
Nr. 3 (267) 2014

Redactor-șef L. Arsene

## Colegiul de redacție:

Gh. Alecu, doctor în drept, prof. univ. (Constanța, România); A. Armeanic, doctor în drept, conf. univ.; V. Balmuș, doctor în drept; C. Bocancea, doctor în drept, prof. univ. (Iași, România); V. Bujor, doctor în drept, prof. univ.; 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. Gheorghiuță, 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.; V. Stratonov, doctor în drept, prof. univ. (Herson, Ucraina).

## Adresa redacției:

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

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

© Legea și viața

Pagina web: [www.legeazakon.md](http://www.legeazakon.md)  
[www.legeasiviata.in.ua](http://www.legeasiviata.in.ua)

## SUMAR

- M. CORJ. Oare cînd proiectul Codului educației va deveni act normativ?..... 4
- Г. КОСТАКИ, П. РАЙЛЯН. Роль конституционного правосудия в обеспечении законности и повышения правовой культуры общества..... 9
- M. NISTOR, I. BULAT. Aspectele juridice și psihologice ale fenomenului violenței domestice în Republica Moldova..... 15
- S. SOCHIRCA. Noțiunea contractului administrării fiduciare a bunurilor ..... 19
- F. E. STERSCHI. Implicațiile corupției și criminalității organizate asupra securității naționale și internaționale ..... 24
- A. КУРТЬ. Проблема юридической природы или сущности вещного (имущественного) права как объект гражданского оборота..... 31
- Ю. ФРУНЗЭ. Укрепление системы страхования гражданской ответственности в Республике Молдова и зарубежный опыт 37
- О. МУСИЕНКО. Особенности криминалистической характеристики преступлений, совершаемых в сфере компьютерной информации и сотовой связи ..... 44
- К. СПАСЕНКО. Обстоятельства, подлежащие доказыванию при расследовании нарушений правил безопасности во время выполнения работ с повышенной опасностью по законодательству Украины ..... 50
- Ю. ДЕРБАКОВА. Право собственности: правоотношения при участии несовершеннолетних..... 54

## ERATĂ

În numărul 1, 2014 al revistei „LEGEA ȘI VIAȚA”, la pagina 11, în articolul „Reglementarea juridică a activităților de transplant în Republica Moldova”, s-a strecurat o greșeală tehnică: autorul Igor CODREANU a fost menționat cu titlul de *doctor în drept, conferențiar universitar*. Urmează să citim: *director al Agenției de Transplant din Moldova*.



## OARE CÎND PROIECTUL CODULUI EDUCAȚIEI VA DEVENI ACT NORMATIV?

Mihai CORJ,  
doctor în drept, conferențiar universitar

### SUMMARY

This article describes some of the proposals made by the author to improve the Education Code. This project is reviewed, amended and exposed already in version 3, but now, taking note of the contents of the latest version of the drafted Education Code, we notice that the project contains substantive rules that a priori we can say that will not be supported by all Members of the ruling coalition, if they do not reach any agreement of the type "Me to you, you to me".

**Keywords:** Education Code, systematization, codification legislation.

### REZUMAT

În acest articol sînt formulate unele propuneri ale autorului privind îmbunătățirea proiectului Codului educației. Acest proiect este revăzut, amendat și expus deja în versiunea a 3-a, însă actualmente, luînd cunoștință de conținutul ultimei variante a proiectului Codului educației, observăm că proiectul conține norme de substanță, care apriori putem spune că nu vor fi susținute nici chiar de către toți deputații din coaliția de guvernare, dacă nu vor ajunge la vreun acord de tipul „Eu – ție, tu – mie”.

**Cuvinte-cheie:** proiectul Codului educației, sistematizare, codificare, act legislativ.

**Introducere.** Ca urmare a faptului că legiuitorul, în decursul cîtorva legislaturi, nu este apt, în cele din urmă, să adopte un act legislativ cum este Codul educației, sîntem puși în situația să formulăm unele propuneri și recomandări deja la versiunea a treia a proiectului Codului educației al Republicii Moldova. Reiterăm că propunerile formulate la varianta precedentă a proiectului Codului educației, observînd lipsa de corelare a prevederilor inserate în proiect cu cele statuate în Codul cu privire la știință și inovare al Republicii Moldova, se regăsea și această propunere, ca variantă de consens între Ministerul Educației și Academia de Științe a Moldovei, care sugera comasarea acestor două *proiecte* (proiectul Codului educației și Codul cu privire la știință și inovare) și, unificîndu-le, să adoptăm un singur act legislativ – *Codul educației și științei al Republicii Moldova*.

#### Metode și materiale aplicate.

În temeiul prevederilor expres statuate de către legiuitor în art. 52 alin. (1) din Constituția Republicii Moldova și, respectiv, în art. 6 din Legea cu privire la petiționare [1], am expediat autorităților publice și subiecților indicați în art. 73 din

Constituție un șir de propuneri privind amendarea legislației, cu referire în special la proiectul Codului educației (ultima variantă).

Reiterăm că am mai participat și la discutarea proiectului Codului învățămîntului. În cadrul discuțiilor am formulat propuneri pentru îmbunătățirea atît a formei, cît și a conținutului acestuia. Codul învățămîntului nr. 293-XVI a fost adoptat la 19 decembrie 2008, însă a fost remis spre reexaminare Parlamentului de către Președintele Republicii Moldova. Astfel, la 3 decembrie 2009, *proiectul nr. 563* (Codul învățămîntului nr. 293-XVI din 19.12.2008) a fost supus reexaminării. De această dată, proiectul nu a fost susținut de către legiuitor din cauza numeroaselor carențe, urmînd ca în cel mai scurt timp în Parlament să fie propus un nou proiect al Codului educației. De atunci au trecut mai bine de 4 ani, dar așa și nu avem un nou proiect propus Parlamentului pentru dezbatere și adoptare.

Și de această dată am încercat să contribuim cu unele sugestii în vederea ameliorării deja a proiectului Codului educației. Astfel, am propus ca Codul educației să fie un act sistematizat, complex și să înglobeze prevederile tuturor actelor

legislative ce reglementează domeniul educației.

#### Rezultate obținute și discuții.

Actualmente, luînd cunoștință de a 3-a variantă a proiectului Codului educației, observăm că acesta conține norme de substanță, care apriori putem spune că nu vor fi susținute de toți membrii Parlamentului (deputații), dacă nu vor ajunge la vreun acord de tipul „Eu – ție, tu – mie”.

Astfel, se poate întîmpla să rămînem la etapa de proiect al Codului educației, iar actul legislativ să nu fie adoptat nici de data aceasta! În pofida tuturor impedimentelor, vom fi consecvenți și insistenți, considerînd oportună și necesară participarea noastră activă la definitivarea proiectului Codului educației, venind cu un șir de propuneri concrete.

Constatăm faptul că în modul în care este expus prezentul proiect de act legislativ, el poate fi conceput ca un simplu proiect de lege sau, în cel mai bun caz, ca un proiect al unei legi-cadru, și nicidecum ca un proiect al unui cod, deoarece codul reflectă sistemul ramurii de drept respective [2]. Astfel, în cazul nostru, Codul este actul legislativ care trebuie să cuprindă într-un sistem unitar cele



mai importante norme din ramura dată a dreptului, adică în acest cod trebuie să-și găsească reflectare toate sau aproape toate normele de *drept ale educației și științei*.

Sistematizarea actelor normative este un factor de condiționare a eficacității dreptului și, nu în ultimul rând, ea înlesnește popularizarea legislației, accesibilitatea actelor normative pentru toți cetățenii. Deci, conceptul de sistematizare a legislației răspunde unor necesități de a pune în ordine multitudinea de acte normative, de a realiza o extindere, reducere sau concretizare a reglementărilor dintr-un domeniu dat [3, p. 363-365].

Sistematizarea actelor legislative mai înseamnă organizarea lor după anumite criterii, pentru facilitarea utilizării normelor juridice și aplicarea lor uniformă. Codificarea este o formă superioară de sistematizare, care reprezintă o organizare complexă, într-o concepție unitară, a normelor juridice aparținând unei ramuri distincte a dreptului, realizându-se prin cuprinderea lor într-un cod [4].

Așadar, în opinia noastră, Codul educației ar trebui să înglobeze toate reglementările din domeniul educației, inclusiv din domeniul științei, dacă în cele din urmă s-a ajuns la un consens. Astfel, reglementările din: Legea învățământului nr. 547-XIII din 21.07.1995, Codul cu privire la știință și inovare al Republicii Moldova nr. 259-XV din 15.07.2004, Legea nr. 1257-XIII din 16.07.1997 cu privire la evaluarea și acreditarea instituțiilor de învățământ din Republica Moldova, Legea nr. 423-XIV din 04.06.1999 privind aprobarea Regulamentului de evaluare și acreditare a instituțiilor de învățământ, Legea nr. 142-XVI din 07.07.2005 privind aprobarea Nomenclatorului domeniilor de formare profesională și al specialităților pentru pregătirea cadrelor în instituțiile de învățământ superior, ciclul I, Legea nr. 1070-XIV din 22.06.2000 privind

aprobarea Nomenclatorului specialităților pentru pregătirea cadrelor în instituțiile de învățământ superior și mediu de specialitate, precum și reglementările cu referire la ciclul II (masterat) prevăzute în Hotărârea Guvernului Republicii Moldova nr. 1455 din 24 decembrie 2007 pentru aprobarea Regulamentului cu privire la organizarea studiilor superioare de masterat, ciclul II, care nu sînt abrogate și nici nu au ajuns în desuetudine, trebuie să-și găsească reflectare în proiectul actului codificat – *Codul educației al Republicii Moldova sau Codul educației și științei al Republicii Moldova*.

Proiectul Codului necesită o corectare și o redactare minuțioasă. De exemplu, după numărul capitolului nu se pune punct. De asemenea, urmează a aplica în tot textul proiectului o singură versiune a scrierii lui „i” din „î”, precum este acceptat oficial în RM, și nu „â” din „a”.

Pe de o parte, în textul proiectului Codului sînt utilizate atît noțiunile de deținători de *grade științifice, titluri științifice și științifico-didactice*, precum și deținători de „titluri științifice”. Prin ultima noțiune se au în vedere aceleași grade științifice de doctor și doctor habilitat. Astfel, observăm că autorii *proiectului* nu au o viziune clară asupra acestor noțiuni. Deci, Codul trebuie să limpezească noțiunile utilizate: **doctor sau doctor habilitat sînt grade științifice sau titluri științifice?** Cu atît mai mult cu cît în Codul cu privire la știință și inovare al Republicii Moldova legiuitorul expres a statuat că în Republica Moldova se conferă două grade științifice: de doctor și de doctor habilitat.

Pe de altă parte, în dispozițiile finale și tranzitorii ale proiectului Codului educației [5], la art. 152 alin. (2), e stipulat că **”gradele științifice de doctor acordate pînă la intrarea în vigoare a prezentului Cod conferă aceleași drepturi ca și titlul de doctor”**. Deci, problema titlurilor și a gradelor științifice ră-

mîne a fi una actuală. Astfel, conchidem că urmează să clarificăm noțiunile utilizate și să uniformizăm termenii respectivi în întreg conținutul proiectului Codului.

De asemenea, propunem **în tot textul proiectului Codului educației, la articolele enumerate mai jos** (vezi pct. 3), substituirea sintagmei „organul central de specialitate în domeniul educației și cercetării din învățământul superior” prin „organul central de specialitate din domeniu”.

Totodată, ținem să menționăm că unele propuneri ale subsemnatului și-au găsit reflectare în varianta finală a proiectului Codului educației, însă actualmente, în versiunea a 3-a a proiectului, de asemenea, observînd unele curențe, propunem amendarea unor clauze ale proiectului Codului educației.

Regretăm faptul că avem strategii guvernamentale în domeniul învățământului, însă nu avem o concepție clară aprobată printr-o lege ordinară de Parlament în domeniul educației.

Reieșind din cele relevate supra, propunem unele amendamente la proiectul Codului educației.

1. Clauza de adoptare a actului legislativ urmează a fi plasată imediat după titlul actului oficial, și nu în fața acestuia. Deci, după titlul actului legislativ „Codul educației al Republicii Moldova” se include clauza de adoptare a actului: „Parlamentul adoptă prezentul Cod”, care este una obligatorie.

2. La art. 2 propunem o nouă redacție a alin. (1): „Raporturile juridice din domeniul educației sînt reglementate de către Constituția Republicii Moldova, prezentul Cod și alte acte normative”.

Propunem următoarea redacție a alin. (2): „În cazul în care tratatele internaționale la care Republica Moldova este parte stabilesc alte dispoziții în domeniul educației și științei decît cele prevăzute în prezentul Cod, se aplică dispozițiile tratatelor internaționale”.



Dacă se insistă asupra enumerării unor tratate internaționale, pentru consemnarea judicioasă a lor, menționăm că, deși în ordinea juridică internațională tratatele cu denumirea lor generică au aceeași forță juridică, totuși Carta Națiunilor Unite este actul primar printre cele enumerate în proiect, art. 103 stabilind preeminența dispozițiilor Cartei [6, p. 229] asupra tratatelor încheiate de statele-membre, deci Carta trebuie plasată în față.

3. Textul proiectului Codului educației abundă în expresii gen „organul central de specialitate în domeniul educației și cercetării din învățământul superior”. ***Această expresie este utilizată de peste 120 de ori.*** Este clar că se dorește accentuarea lărgirii competenței Ministerului, acesta rămânând în continuare a fi responsabil de domeniul educației, câștigând „duelul” cu AȘM, preia domeniul cercetării științifice în învățământul superior (doctoratul) și reglementarea științei.

Așadar, la art. 3 în această situație considerăm benefică includerea unei noi noțiuni: după sintagma „normă didactică” se introduce „organul central de specialitate/organul central de specialitate din domeniu”, care va avea următorul conținut: „organul central de specialitate/organul central de specialitate din domeniu – organul central de specialitate în domeniul educației și cercetării din învățământul superior;”.

4. La art. 6 lit. l) laicismul învățământului.

Laicitatea învățământului este o prevedere constituțională și nu poți obliga pe nimeni să accepte religia în calitate de disciplină obligatorie, iar aceasta nu înseamnă că se exclude posibilitatea de a studia ***Religia sau Istoria religiilor în calitate de disciplină opțională.***

5. Art. 11 alin. (6) lit. e) se completează cu cuvântul „(granturi)”.

La alin. (8) propunem substi-

tuirea expresiei „Statul garantează facilități de impozitare” prin „***Statul garantează unele facilități la impozitarea***”.

6. La art. 12 alin. (4) sintagma „Cetățenii altor state” urmează a fi substituită prin sintagma „***Cetățenii străini***”.

7. Propunem expunerea articolului 13 în următoarea redacție:

**„ Articolul 13. Învățământul obligatoriu**

(1) Învățământul obligatoriu în Republica Moldova începe cu grupa pregătitoare din treapta preșcolară și se finalizează cu învățământul gimnazial.

(2) Obligatorietatea persoanelor de a frecventa învățământul general încetează la vârsta de 16 ani.

(3) Responsabilitatea de a asigura frecventarea de către copii a programelor de învățământ obligatoriu se pune în sarcina părinților sau a persoanelor care, prin lege, exercită funcțiile acestora și ale autorităților administrației publice locale de nivelurile întâi și al doilea.

(4) Organele centrale de specialitate responsabile aprobă și monitorizează respectarea regulamentelor ce au drept scop frecventarea programelor educaționale de către persoanele de vîrsta învățământului obligatoriu”.

Persoana fizică dobîndește capacitate de muncă la împlinirea vârstei de 16 ani. De la 16 ani, persoana are tot dreptul să se încadreze în câmpul muncii. Deci, majorînd vîrsta de școlarizare obligatorie cu 2 ani, noi nu motivăm persoana să învețe, dar îi garantăm trîndăvia (cu referire la cei ce nu doresc și nici nu pot să accedă la o treaptă ierarhică superioară de studii) în decurs de 2 ani, din contul banului public și „pe spatele” părinților. În cazul în care copilul nu dorește să-și continue studiile (contrar propriei sale dorințe și a părinților săi după absolvirea gimnaziului), nicio lege nu are dreptul să-l impună să frecventeze instituția de învățământ.

Nici BAC-ul nu trebuie divini-

zat. La ce bun să obligăm copiii să facă liceul? Accesul la studiile liceale trebuie să fie pe bază de merit și doar atunci acestea (studiile liceale) vor începe să aibă valoare. În instituțiile vocațional-tehnice secundare persoana, de asemenea, nu trebuie să meargă din obligație, deoarece eficiența lor se reduce la zero. După 16 ani împliniți și treapta a II-a (gimnaziu) finalizată, fiind contingentul cel mai slab pregătit la etapa gimnazială, tînrul se poate angaja în calitate de ucenic sau să-și ajute părinții în gospodărie, iar după un an-doi de o astfel de practică și experiență reală personală, el va alege mai reușit pe ce cale să pornească. Alegerea trebuie să-i aparțină individului, întrucît, odată ce el nu a învățat pe parcursul a 9 ani de zile, la ce bun să-l mai ții încă 2-3 ani? De ce totul se învîrte în jurul celor care nu învață? Statul are obligația de a instrui persoana prin învățământul general obligatoriu, și nu prin învățământul liceal, profesional sau superior. Deci, dreptul la învățătură nu trebuie transformat în obligație/îndatorire.

De asemenea, reiterăm că la articolul 6 lit. h) din proiectul Codului educației, printre principiile fundamentale ale educației, este expres statuat și principiul *centrarea pe cel ce învață*. Astfel, statul nu trebuie să-și asume mai multe obligații decît își poate permite să le onoreze cu succes. Trebuie să trezim în elev conștiința civică și responsabilitate pentru actul de studii începînd cu I nivel de instruire, astfel deschizîndu-i noi orizonturi încît, la finele etapei a II-a (gimnaziu), el să fie pregătit pentru a face de sine stătător alegerea corectă.

Totodată, anticipînd unele *alegații*, precum că acestora li s-ar garanta o specialitate etc., acestea nu sînt altceva decît vorbe goale, deoarece, în cazul în care, exceptînd principiul constituțional și universal al meritocrației (art. 26 din Declarația Universală a Drepturi-



lor Omului), persoana fără merite (posibilități, capacități și aptitudini etc.) în mod obligatoriu va fi înscrisă la liceu, pentru ca la finele studiilor acesteia să i se elibereze un certificat de studii liceale, fără BAC-ul susținut, fără a îmbrățișa vreo meserie, având numai o pregătire teoretică generală. Astfel, dacă persoana la vârsta de 18 ani împliniți nu-și retrace documentele, spunând „*Adio, școală!*”, atunci merge spre finalizarea treptei a III-a (liceu), fără a obține dreptul de a se instrui la nivelurile superioare, ba mai mult – **nu se alege cu nicio profesie**. Dacă elevul vrea să meargă la o școală vocațional-tehnică, de ce să nu facă acest lucru imediat după absolvirea gimnaziului?

Cît privește instruirea în instituțiile de învățămînt vocațional-tehnic secundar, acesta, fiind un drept constituțional (art. 35 alin. (1) și (7) din Constituție) garantat, inclusiv de CEDO, nu poate fi transformat în obligație-îndatorire, de aceea dreptul dat urmează să rămîna și pe viitor unul constituțional pentru persoana ce a absolvit gimnaziul, iar impunerea tuturor, fără vreo selectare efectivă, să studieze la liceu ne-a dus la dezastru! Obligarea instruirii vocațional-tehnice, de asemenea, poate fi una dezastruoasă: dacă elevul nu va învăța din plăcere, ci din obligație, efectul va fi invers celui scontat. Pentru a soluționa aceste probleme, vom propune completarea art. 68 cu un nou alineat, (7), cu următorul conținut: „Formarea profesională inițială a absolventului de nivelul II (gimnaziu) în instituțiile vocațional-tehnice secundare este una gratuită și prioritară. Absolvenții de nivelul II (gimnaziu) se înscriu la studii fără susținerea unor examene sau teste de admitere la studii”.

Totodată, menționăm că, în temeiul art. 35 alin. (1), (7) din Constituție, **învățămîntul general obligatoriu nu include învățămîntul liceal și pe cel profesional** (învățămîntul secundar vocațional-tehnic). Astfel, alin.

(1) art. 13 în redacția expusă de Minister este unul neconstituțional. O normă constituțională poate fi dezvoltată într-un act legislativ, însă în strictă conformitate cu prevederile normei constituționale. Odată ce legiuitorul constituant a statuat expres distincția dintre învățămîntul general obligatoriu, învățămîntul liceal, profesional (vocațional-tehnic) și învățămîntul superior, astfel de propuneri în proiectul actului legislativ sînt neavenite, deoarece sînt contrare spiritului și literei normei constituționale. În plus, legiuitorul constituant a stipulat expres la art. 35 alin. (7) din Constituție că învățămîntul liceal, profesional și cel superior de stat este egal accesibil tuturor, pe bază de merit, iar în proiect se insistă eronat asupra promovării unei idei neconstituționale, precum ar fi „*învățămîntul obligatoriu (...) se finalizează cu învățămîntul liceal sau învățămîntul secundar vocațional-tehnic*”. Deci, în cazul în care norma constituțională fixează expres că atît învățămîntul liceal, cît și cel vocațional-tehnic este egal accesibil tuturor, pe bază de merit, statul nu poate obliga persoana după absolvirea gimnaziului să meargă 2 ani de zile obligatoriu la liceu sau la o instituție vocațional-tehnică. Actul legislativ trebuie să corespundă dispozițiilor constituționale și să fie în concordanță cu cadrul juridic existent, cu sistemul de codificare și unificare a legislației.

Așadar, prin redacția efectuată de Minister este violat dreptul la învățătură. Un drept fundamental nu poate fi transformat într-o obligație, precum eronat insistă Ministerul în proiectul propus spre dezbateri publice.

Statul nu trebuie să impună persoana, dacă ea poate decide împreună cu părinții ce drum să parcurgă în viață. Prea multe reglementări restricționare strică. Să motivăm elevul ca acesta să ia de sine stătător o decizie responsabilă, pentru a-și făuri viitorul.

În temeiul art. 35 din Constituție,

art. 26 din Declarația Universală a Drepturilor Omului, statul asigură și garantează pentru fiecare persoană învățămîntul general obligatoriu pentru următoarele niveluri de instruire: educația antepreșcolară, învățămîntul preșcolar, primar și gimnazial. Învățămîntul liceal este unul opțional și trebuie să fie accesibil tuturor pe baza deplinei egalități, în funcție de merit. **Învățămîntul general este constituit din învățămîntul general obligatoriu (educație antepreșcolară, învățămînt preșcolar, primar, gimnazial) și învățămîntul general opțional (învățămînt liceal).**

8. La art. 14 alin. (1) sintagma „Educația, prin sistemul național de învățămînt,” se substituie prin sintagma „Educația, în sistemul național de învățămînt,”.

9. La art. 18 lit. i) nivelul VIII – învățămînt superior, ciclul III: învățămînt superior de doctorat, considerăm că este necesară o corelare a prevederilor proiectului Codului educației cu prevederile normelor Codului cu privire la știință și inovare al Republicii Moldova. De asemenea, trebuie să vedem cum să procedăm cu postdoctoratul: *Constituie acesta nivelul IX sau este unul extracurricular?*

10. Articolul 22. Procesul de învățămînt

Propunem completarea alin. (1) cu următoarea propoziție: „Cca 70% din conținutul programelor și planurilor de studii pentru aceeași specialitate trebuie să fie identice pentru toate instituțiile de învățămînt.”

Actul eliberat de instituția de învățămînt publică sau privată are aceeași valoare, deci aceeași forță juridică, atunci este cert faptul că majoritatea disciplinelor trebuie să corespundă etapei sau specialității date, iar autonomia universitară nicidecum nu înseamnă samavolnicie.

11. Art. 24 alin. (5) lit. b) se va expune în următoarea redacție: „**certificat de absolvire a învățămîntului liceal sau atestat de absolvire a învățămîntului liceal,**



*dupa caz, pentru învățământul liceal;*”.

Lit. c) se va expune în următoarea redacție: *„certificat de calificare pentru învățământul vocațional-tehnic secundar;”* (vezi: art. 70 alin. (7) din proiect).

Pentru lit. d) propunem următoarea variantă: *„diplomă de studii vocațional-tehnice pentru învățământul vocațional-tehnic postsecundar și, respectiv, pentru învățământul vocațional-tehnic postsecundar nonterțiar;”* (vezi: art. 18 lit. f), art. 24 alin. (1), (5), art. 67 alin. (1) lit. a), art. 69 alin. (1) lit. c), art. 71 alin. (1), (2) și art. 80 alin. (1)).

La lit e) liniuța a treia se expune în următoarea variantă: *„de doctor pentru ciclul III al învățământului superior;”* (vezi: art. 95 alin. (12), (13) și 96 alin. (1) lit. b)).

12. **Sintagma „organele reprezentative ale UTA Găgăuzia”**, utilizată la art. 26 alin. (6) și (7) din proiect este una eronată, deoarece, în temeiul Legii nr. 344-XIII/1994, autoritatea reprezentativă a Găgăuziei este Adunarea Populară și nu există consilii raionale pentru *alias* „raioane”. Deci, unica autoritate reprezentativă din UTA Găgăuzia, asimilată autorităților reprezentative de nivelul II, este Adunarea Populară a UTA Găgăuzia [7]. Actualmente, legal UTA Găgăuzia nu mai are acele trei raioane (Comrat, Ceadâr-Lunga și Vulcănești cu structuri reprezentative și executive în deplina sens), cu toate reminiscențele acestora, existând numai o singură structură în teritoriu responsabilă de domeniul educației, organ de specialitate local – Direcția principală învățământ a UTA Găgăuzia, subordonată Comitetului executiv – organ executiv permanent al Găgăuziei, format de Adunarea Populară. Prin urmare, nu este vorba de un organ reprezentativ în cazul și în speța dată, ci de unul executiv. Cu alte cuvinte, **când vorbim despre autorități publice de nivelul II cu referire la UTA Găgăuzia,**

trebuie să utilizăm forma singulară: **autoritate reprezentativă a UTA Găgăuzia – Adunarea Populară, iar vorbind despre autoritate/organ executiv, avem în vedere Comitetul executiv, inclusiv Bașcanul.**

Astfel, pentru corectitudine, la art. 26 alin. (6) din proiect, sintagma „organelor reprezentative ale UTA Găgăuzia” se substituie prin *„organului executiv permanent (Comitetul executiv) al UTA Găgăuzia”*. La art. 26 alin. (7), sintagma „organele reprezentative ale UTA Găgăuzia” se substituie prin *„organului executiv permanent (Comitetul executiv) al UTA Găgăuzia”*.

Așadar, în baza celor menționate, conchidem că acest proiect al Codului educației, în urma modificărilor, completărilor și precizărilor, inclusiv prin propunerile subsemnatului, poate și trebuie să fie adoptat.

Concluzii. *Învățământul general obligatoriu nu include învățământul liceal și pe cel profesional.* Astfel, alin. (1) art. 13 în redacția expusă de Minister este unul neconstituțional. O normă constituțională poate fi dezvoltată într-un act legislativ, însă în strictă conformitate cu prevederile normei constituționale. Odată ce legiuitorul constituant a statuat expres distincția dintre învățământul general obligatoriu, învățământul liceal, profesional (vocațional-tehnic) și învățământul superior, astfel de propuneri în proiectul actului legislativ sînt neavenite, deoarece contravin spiritului și literei normei constituționale. În plus, legiuitorul constituant a stipulat expres la art. 35 alin. (7) din Constituție că învățământul liceal, profesional și cel superior de stat este egal accesibil tuturor, pe bază de merit, iar în proiect se insistă eronat asupra promovării unei idei neconstituționale, precum ar fi *„învățământul obligatoriu (...) se finalizează cu învățământul liceal sau învățământul secundar vocațional-tehnic”*. Actul legislativ trebuie să

corespundă dispozițiilor constituționale și să fie în concordanță cu cadrul juridic existent, cu sistemul de codificare și unificare a legislației.

Așadar, prin redacția efectuată de către Minister este violat dreptul la învățatură.

***Un drept fundamental nu poate fi transformat într-o obligație/îndatorire, precum eronat insistă Ministerul în proiectul propus spre dezbatere publică.***

### Referințe bibliografice

1. *Legea nr. 190-XIII din 19.07.1994 cu privire la petiționare.* Republicată în: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 6-8 din 24 ianuarie 2003, art. 23.
2. Art. 53 alin. (1), (2) din *Legea nr. 780-XV din 27 decembrie 2001 privind actele legislative.* În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 36-38 din 14 martie 2002, art. 210.
3. Dumitru Baltag. *Teoria generală a dreptului.* Chișinău: ULIM, 2010, p. 363-365.
4. Art. 52 din *Legea nr. 780-XV din 27 decembrie 2001 privind actele legislative.* În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 36-38 din 14 martie 2002, art. 210.
5. [http://particip.gov.md/public/documente/137/ro\\_1319\\_3.-Proiectul-Codului-educatiei.pdf](http://particip.gov.md/public/documente/137/ro_1319_3.-Proiectul-Codului-educatiei.pdf) (vizitat la 12.02.2014).
6. Mihai Corj. *Diplomația lui Otto von Bismarck în unificarea Germaniei & Dreptul tratatelor.* Chișinău: F.E.-P. „Tipografia Centrală”, 2005, p. 229.
7. *Legea nr. 344-XIII din 23.12.1994 privind statutul juridic special al Găgăuziei (Gagauz-Yeri).* În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 3-4 din 14.01.1995, art. 51.



## РОЛЬ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ В ОБЕСПЕЧЕНИИ ЗАКОННОСТИ И ПОВЫШЕНИЯ ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ ОБЩЕСТВА

Г. КОСТАКИ,

доктор хабилитат права, профессор, главный научный сотрудник Института юридических и политических исследований АНМ

П. РАЙЛЯН,

судья Конституционного суда Республики Молдова

### RÉSUMÉ

La légalité est proclamé et souvent consacré dans la législation comme un principe, elle se réalise comme une méthode d'activité des tous les sujets qui ont des droits et obligations et ainsi devient un regime de vie sociale, l'essence du qu'elle réside dans la respectation et execution des dispositions du droit par la majorité des participants des relations sociales. Le niveau de légalité dans l'État de droit dépend fortement du niveau de culture juridique des citoyens.

Cet article scientifique propose une synthèse du rôle de la justice constitutionnelle en garantissant la légalité dans la société et soulever la culture juridique des citoyens pour évaluer le rôle spécifique de la Cour Constitutionnelle dans un Etat de droit.

**Mots-clés:** légalité, légalité constitutionnelle, la justice constitutionnelle, la culture juridique, la culture constitutionnelle.

\*\*\*

Законность провозглашается и часто закрепляется в законодательстве как принцип, как метод действия всех субъектов, которые имеют права и обязанности и таким образом становится режимом общественной жизни, суть которого заключается в уважении и укреплении законности большинством участников общественных отношений. Состояние законности в правовом государстве во многом зависит от правовой культуры граждан.

В этой научной статье предлагается краткое изложение роли конституционного правосудия в обеспечении законности в обществе и повышения правовой культуры граждан, и определение значимости Конституционного суда в правовом государстве.

**Ключевые слова:** законность, конституционная законность, конституционное правосудие, правовая культура, конституционная культура.

**Введение.** Конституционное провозглашение Республики Молдовы правовым, демократическим государством, закрепление положения о верховенстве Конституции [17, ст. 1 и 7] предполагает обязательность законности в деятельности государственных органов. В нынешних условиях законность стало необходимо для обеспечения свободы и реализации прав граждан, формирования гражданского общества, и «гарантирования правовой безопасности в обществе» [14, с.17].

Соответственно, особенно актуальной стало проблема обеспечения законности в государстве и роль правовой культуре в данном процессе. Исходя из того, что демократические преобразования обусловили новое осмысление принципа законности, представляется необходимым определить роль законности в законотворческой деятельности, и значимость

конституционного правосудия в его обеспечении.

Целью этой статьи является исследование ряд основных подходов к определению законности и конституционной законности, для того чтобы определить роль и значение конституционного правосудия в обеспечении их реализации посредством повышения правовой (конституционной) культуры граждан.

**Изложение основного материала исследования.** Законность, подразумеваемая строгое и неукоснительное соблюдение в общественной практике действующего законодательства, является принципом деятельности всех субъектов права и одним из неперемных условий существования правового государства [25, с. 3].

В юридической литературе законность определена как требование соблюдения конституции, законов и других правовых актов, обращенное ко всем органам го-

сударственной власти и местного самоуправления, должностным лицам, гражданам и их объединениям [2, с. 151].

Достаточно объемное определение законности предлагает А.Н. Кунев: «законность – это основа демократического режима правового государства, означающего верховенство правового закона в государственной и общественной жизни, состоящего в базирующемся на понимании и убеждении строгом и неуклонном соблюдении всеми субъектами общественных отношений законов и основанных на них подзаконных актов, направленных на охрану и развитие демократического правового государства, обеспечение прав, свобод и законных интересов граждан» [20, с. 11].

Как видно, автор подчеркивает особенное значение соблюдения законов на основе «понимания и убеждения» субъектов. Другими словами, подчеркивается значе-



ние правосознания и правовой культуры в реализации законности. По нашему мнению, это необходимый элемент законности в правовом государстве, отсутствие которого предполагает отсутствие самой свободы выбора человека, как важный атрибут демократического общества.

Бесспорно, строгое и неуклонное соблюдение требований законности является важнейшим принципом правового государства, необходимым элементом демократического политико-правового режима [2, с. 151].

Следует признать, что законность – это не только принцип. Это – цель, требование, правовой режим и факт реальной жизни (хотя и не во всех странах и не во все периоды их развития), определенное состояние в обществе и государстве [25, с. 4].

Профессор Н.В. Витрук подчеркивает, что для понимания законности как неотъемлемого качества правовой системы в целом, особого состояния общественной и государственной жизни, режима функционирования правового государства существенное значение имеет содержательная характеристика самих норм права (конституции, законов, подзаконных, включая ведомственные, актов и др.). Содержание законности составляет не само наличное законодательство (пусть даже совершенное с точки зрения юридической техники), а такое законодательство, которое адекватно воплощает правовые принципы, общечеловеческие идеалы и ценности, насущные потребности и интересы человека, объективные тенденции социального прогресса. Законность означает идею, требование и систему (режим) реального выражения права в законах государства, в самом законотворчестве, в подзаконном нормотворчестве [9, с. 524].

Следовательно, законность является принципом, которым

должны руководствоваться не только правоприменители, но и законодатели [13, с. 83]. Это главное различие между законностью тоталитарного государства (например, «социалистическая законность») и законность правового государства [29, с. 21-22].

Для того, чтобы законность стало методом и режимом жизни в правовом государстве, к которому стремится и Республика Молдова, необходимы и определенные гарантии, т.е. объективные и субъективные условия, специальные способы и средства для обеспечения законности. В особенности необходимы эффективные рычаги для проверки состояния законности (например, контроль со стороны Парламента, Правительства, Конституционного Суда, судов, прокуратуры, в том числе общественный контроль), достаточные и эффективные средства для обеспечения того, чтобы нарушения законности преследовались по закону, а виновные лица (независимо от занимаемой должности в государстве) были привлечены к юридической ответственности [29, с. 24].

Конечно, эффективность этих гарантий значительно увеличится, если наше общество будет стремиться, чтобы стать гражданским обществом, а граждане проявят решительную приверженность, активность и настойчивость, будут реагировать на любое нарушение законности со стороны представителями государства.

Наряду с законностью считается, что базовым принципом правового демократического государства является и *принцип конституционности*, т.е. верховенство Конституции, ее непосредственное действие, выстраивание всей иерархии правовых актов и практики в соответствии с Конституцией [8, с. 11].

По мнению профессора И.А. Кравец понятия *конституцион-*

ности и законности взаимосвязаны, они представляют собой различные уровни обеспечения общего явления – верховенства права в разных сферах жизнедеятельности человека, функционирования государства и общества. Конституционность – явление более высокого правового порядка, чем законность. Она является ядром доктрины и практики конституционализма, нацеленного на обеспечение верховенства Конституции в правовой системе страны [19, с. 259].

С нашей точки зрения различие между законностью и конституционностью состоит в том, что законность провозглашает верховенство закона, в то время как конституционность нацелена на обеспечение верховенства Конституции, в особенности в процессе законотворчества и нормотворчества.

В свою очередь проф. Н.В. Витрук считает, что конституционность – это правовой режим организации и функционирования демократического государства, благодаря которому оно приобретает характер правового государства. В более широком смысле конституционность есть система реального действующего права, обеспечивающая наличие правовой конституции, ее верховенство и прямое действие на всей территории государства, а также ее обеспечение и охрану (защиту) [10, с. 58].

Следует согласиться с суждением ученого в том, что составной частью конституционности является правовой характер самой конституции как основного (высшего) закона государства. Содержание конституционности составляет не только сам по себе факт существования конституции, а наличие конституции, соответствующей праву. Такой конституцией является акт, воплощающий принципы свободы в сочетании с ответственностью,



справедливости, равенства, общечеловеческие идеалы и ценности, насущные потребности и интересы человека, объективные тенденции социального прогресса [10, с. 59].

Соответственно, в правовом государстве Конституция является основным эталоном для содержания законов, потому что она *a priori* считается правовой [28, с. 33].

Отметим, что по аналогии с понятием законности многие авторы стали пользоваться термином «конституционная законность» (несмотря на то, что он считается менее удачным, тавтологичен и не передает сущности и особенностей конституционности в отличие от законности функционирования демократического правового государства [11, с. 41]).

Из вышесказанного можно сделать вывод, а том, что в правовом государстве законность является одним из основных принципов не только для правоприменителей, но и для законодателя. В сфере законотворчества и нормотворчества особое значение имеет конституционная законность (конституционность) которая является не просто часть общего режима законности, а его основа (ядро [26, с. 66]).

Конституционная законность заключается в соответствии всех законов и других нормативных правовых актов Конституции [2, с. 151] - основного (высшего) закона страны.

Надо сказать, что режим конституционной законности служит важным практическим срезом (гранью) конституционализма. Ибо без нее всякие разговоры о роли Конституции в жизни государства теряют смысл [4, с. 9].

При различных ее определениях конституционная законность практически содержит то основное, что образует суть законности вообще. Само понятие конститу-

ционной законности и ее основу составляют следующие требования: верховенство Конституции, ее прямое действие и применение на территории всего государства; соблюдение Конституции и ее исполнение всеми субъектами – государством и его органами, должностными лицами, гражданами и их объединениями; осуществление государственной власти на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную; соблюдение и защита прав человека и гражданина, которые определяют смысл, содержание и применение законов, равенство граждан перед законом и судом; независимое правосудие; осуществление судебного и государственного контроля и надзора за соблюдением и исполнением Конституции [12, с. 24].

Важная сфера конституционной законности – это обеспечение реализации лицом прав и свобод, которые с трудом были отвоєваны у произвола и находятся под постоянной угрозой попрания их бюрократией и властью. Конституционные, судебные, административные и социальные гарантии этих прав важны, но, как показывает жизнь, далеко не достаточны. Законы и иные нормативные правовые акты принимаются нередко без учета прав и свобод граждан, а иногда и в ущерб этим правам [12, с. 23].

В целом, каким бы совершенным ни был парламент, периодически неизбежно принятие им законов, которые не соответствуют или противоречат конституции страны. Во-первых, потому что законов и других нормативных правовых актов принимаются много и разрабатываются они парламентариями и специалистами неодинаковой степенью квалифицированностью. Во-вторых, на принятие законов оказывают влияние различные политические силы, часто ставящие свои партийные или конь-

юнктурные цели выше всех других. Наконец, столь сложному делу, как разработка и принятие законов, свойственны элементарные человеческие ошибки. Однако вред от неконституционных законов, а тем более от антиконституционных, весьма велик, ибо от таких законов размывается конституционный порядок, и страдают права и свободы граждан [3, с. 671].

Соответственно, Конституция нуждается в охране и защите, а государство в эффективном механизме обеспечения конституционной законности.

Конституционные требования нередко нарушаются парламентами, представителями исполнительной власти на высшем уровне, главами государств, что нередко ведет к конституционному кризису. Поэтому очень своевременной и актуальной является проблема установления конституционной ответственности за нарушения норм Основного Закона, выработка адекватных механизмов защиты конституционного строя, его важнейших политико-правовых институтов [18, с. 11; 27, с. 247-248] как необходимое условие для обеспечения конституционной законности.

Мысль о возможности и необходимости существования конституционной ответственности в дополнение к традиционным видам юридической ответственности считается одной из важных идей конституционного сознания. Одной из важнейших целей введения конституционной ответственности является стремление не оставлять безнаказанными непродуманные, необоснованные, посягающие на положения Конституции решения и действия соответствующих субъектов [4, с. 8].

В основном, конституционная законность обеспечивается самими органами законодательной и исполнительной власти в ходе



принятия соответствующих актов, а в случае обнаружившихся нарушений – восстанавливается специальными конституционными судами [2, с. 151], основной функцией которых является конституционный контроль.

Конституционный контроль определяется как деятельность компетентных государственных органов по проверке соответствия законов и других нормативных правовых актов Конституции. В основном, конституционный контроль предполагает выявление, констатацию и устранение (обычно посредством объявления таких актов или их отдельных положений неконституционными и потому утрачивающими силу) несоответствия законов и других нормативных правовых актов Конституции. Таким образом, сутью конституционного контроля является обеспечение верховенства Конституции [2, с. 221-222]. Более того, конституционный контроль является и механизмом охраны и защиты Конституции.

Конституционный контроль в той или иной мере могут осуществлять различные государственные органы – глава государства, парламент, уполномоченный по правам человека и т.п. Однако в современном конституционном праве термин «конституционный контроль» обычно употребляется в узком смысле, как означающий проверку конституционности нормативных актов, осуществляемую независимыми от законодательной и исполнительной власти судебным или квазисудебным органом (Конституционный Суд).

Рассматриваемый как необходимый элемент принципа разделения властей и системы «сдержек и противовесов», на сегодняшний момент конституционный контроль стал почти неизменным атрибутом демократической государственности и в большинстве государств осуществляется специализирован-

ной конституционной юстицией [23].

Высшая форма конституционного контроля – это конституционное правосудие. Целью конституционного правосудия является обеспечение верховенства конституции в системе источников права, а также соответствия конституции деятельности всех органов государственной власти. Конституционное правосудие выступает одной из гарантий правового урегулирования возникающих в обществе политических разногласий, защитой прав и свобод человека от возможных нарушений даже со стороны органов законодательной власти, обеспечивает правовой характер государственного и общественного строя в целом [2, с. 217].

В современном мире ни одно государство, провозглашающее себя правовым, не может не создать в своих государственных структурах соответствующий орган конституционного контроля. Фактически этот орган обеспечивает принцип подчинения государства праву, поскольку важной составляющей его компетенции является полномочие по проверке на соответствие Конституции страны нормативно-правовых актов, издаваемых органами государственной власти. Правовое государство должно фактически сложиться как система гарантий от беспредельного административного вмешательства со стороны государства в саморегулирующееся гражданское общество. Такими гарантиями, которые одновременно являются признаками правового государства, являются, во-первых, подчинение государства праву, что есть «диктатура законности», а во-вторых, разделение властей при обязательном наличии специализированного органа конституционного контроля [5, с. 15].

В связи с этим важным вопросом в сфере обеспечения за-

конности является высокая юридическая сила решений Конституционного Суда. В настоящее время некоторые его решения о неконституционности тех или иных правовых норм, по существу, считаются источниками права, что признаётся многими учеными.

На сегодняшний момент конституционное правосудие является одним из неотъемлемых элементов современных демократических государств, поскольку Конституционный Суд представляет собой орган государственной власти, осуществляющий судебную защиту прав и свобод человека и гражданина. Конституционный контроль играет важную роль в процессе демократизации общественной жизни и построении правового государства [21, с. 80].

С этой точки зрения, считаем, что прав господин Г.Г. Арутюнян, когда утверждает, что в новом тысячелетии конституционный контроль становится одним из стержневых элементов самозащиты гражданского общества и правового государства [1].

Самое главное, что орган конституционного контроля призван восстановить нарушенный баланс ветвей власти и системы «сдержек и противовесов». Иначе говоря, конституционный контроль и конституционное правосудие необходимы там, где становится целесообразным вмешательство специальных судебно-контрольных институтов в нормотворческую деятельность, в первую очередь высшей законодательной власти, а также в целях обеспечения эффективного контроля за работой правительства как высшего государственного органа исполнительной власти [17, с. 136].

В Республике Молдова Конституционный Суд является единственным органом конституционной юрисдикции. Он гарантирует



верховенство Конституции, обеспечивает реализацию принципа разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную, гарантирует ответственность государства перед гражданином и гражданина перед государством [16, ст. 2].

Конституционный Суд Республики Молдова, один из самых молодых институтов конституционной юрисдикции в Европе, начал свою деятельность 23 февраля 1995 года. Именно после создания Конституционного суда появился реальный механизм защиты Конституции и предотвращения возможного ее нарушения. Конституционный суд стал органом, который в соответствии с законом получил право ограничивать действия законодательной и исполнительной властей, органом, претендующим на роль особого арбитра, как в отношениях с ветвями власти, так и во взаимоотношениях государства и гражданина [22, с. 1].

Конституционные характеристики Республики Молдова как демократического правового государства предопределяют одну из главных проблем – достижение устойчивого равновесия интересов личности, общества и государства, гармонизацию деятельности власти в соотношении со свободой в экономической, социальной и политической сферах. Возникающие конституционные споры в этих сферах призван разрешать Конституционный Суд как универсальный институт обеспечения равновесия власти и свободы.

В системе разделения властей Конституционный Суд является единственным публично-властным субъектом, призванным находить оптимальное равновесие между публичными и частными интересами, защищать личность, общество и государство от необоснованных посягательств, поддерживать состояние

защищенности и безопасности конституционно-правового статуса всех и каждого субъекта социальных и правовых отношений. Такой подход вытекает из конституционных полномочий Конституционного Суда как единственного органа, наделенного правом давать толкование Конституции и оценивать на ее основе действующее правовое регулирование и правоприменительную практику [22, с. 3].

В данном контексте, следует отметить, что уважение к закону, а значит и укрепление законности, невозможно без воспитания в обществе правового сознания и правовой культуры. В этом процессе важное место занимает конституционное правосудие, чья деятельность в сфере конкретного и абстрактного толкования должна облегчать понимание той или иной конституционной нормы, должна донести её подлинный смысл не только для профессионалов, но и для ряда простых граждан. Именно от истинного понимания конституционных норм во многом зависит уровень индивидуального, группового и общественного правосознания в государстве, развитие которого неизбежно будет способствовать повышению уровня правовой культуры в обществе, а значит и улучшению состояния законности [5, с. 11].

Деятельность Конституционного Суда по отправлению конституционного правосудия непосредственно содействует развитию правовой культуры. Ведь проверяя нормативные акты на соответствие Основному Закону, он не только “выводит” из правового оборота неконституционные акты, но и тем самым содействует устранению недостатков в правотворческой и правоприменительной деятельности, повышению уровня правовой культуры, в том числе правового сознания [7, с. 13-15].

С этой точки зрения, Конституционный Суд рассматривается как генератор конституционной идеологии, творец новой конституционной культуры, конституционного мировоззрения личности и общества (идеологический компонент конституционализма) [6, с. 60].

На сегодняшний момент, коренное изменение места и роли конституции и конституционного права в создающемся демократическом обществе и правовом государстве непосредственно связано с воспитанием соответствующего конституционно-правового мировоззрения и правосознания [10, с. 156].

Следовательно, Конституционный Суд активно не только защищает конституцию и способствует обеспечению конституционной законности, но и развивает конституционное право [24, с. 111]. Утверждение Конституционного Суда в наше общество – одно из знаменательных явлений в истории нашего конституционализма. Оно вызывает глубокие перемены в правовом мышлении, в том числе в теории. Сегодня дальнейшее развитие конституционно-правовой теории невозможно без конституционной юрисдикции. Конституционное правосудие стало важным фактором перемен в конституционно-правовой теории, ее обновлении, отказе от устаревших теоретико-идеологических догм. Соответственно, функционирование конституционного правосудия позволяет не только толковать конституцию и законы, обеспечивать конституционную законность, но и пропагандировать и развивать конституционную доктрину, как необходимый элемент правового воспитания граждан.

**Выводы.** В заключении, подчеркнем, что, безусловно, суды и правоохранительные органы имеют огромное влияние на со-



стояние законности в государстве, но особая роль в этом процессе все-таки принадлежит конституционной юстиции в силу специфики её правового статуса и компетенции. Ведь конституционное правосудие имеет главным объектом своей деятельности Конституцию, то есть закон для законов, который в первую очередь обеспечивает и законность в стране. От организации функционирования конституционного правосудия во многом зависит и состояние законности. И в тоже время несовершенство конституционного правосудия негативным образом сказывается на состоянии законности в целом.

Только посредством конституционного правосудия, на сегодняшний момент возможно формирование определенной конституционной культуры и правосознания граждан и общества, как необходимое условие для обеспечения конституционной законности и построения реального правового государства.

### Литература:

1. Арутюнян Г. Г. *Конституционное правосудие и развивающееся общество*. (Доклад на Первом Международном конгрессе органов судебного конституционного контроля - Кейптаун, 23-24 января 2009г.) [http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/ARM\\_Harutyunyan\\_Ru.pdf](http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/ARM_Harutyunyan_Ru.pdf).
2. Арутюнян Г. Г., Баглай М. В. *Конституционное право: Энциклопедический словарь*. Москва: Норма, 2006, 544 с.
3. Баглай М. В. *Конституционное право Российской Федерации*. Учебник для ВУЗОВ. 10-е издание. Москва: Норма Инфра-М, 2013, 800 с.
4. Байниязов Р. С. *Конституционное сознание и правовая культура в российском обществе*. Правовая культура, 2007, № 1, с. 4-10.
5. Батеева Е. В. *Законность и конституционная юстиция в современной России*: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2003, 26 с.
6. Бондарь Н. С. *Конституционное правосудие – генератор «живого» конституционализма (в контексте практики Конституционного Суда РФ)*. Constitutional Values as factors for the stability of democratic regime, International Conference Chishinau, 22-23 July 2009.
7. Василевич Г. А. *Эффективное конституционный контроль – выше правовая культура в обществе*. Бюллетень нормативно-правовой информации, 2002, № 13, с. 13-15.
8. Василевич Г. А. *Юридические аспекты обеспечения конституционности (законности) в государстве*. В: Проблемы укрепления законности и правопорядка: наука, практика, тенденции. Выпуск 2: сб. науч. тр. Минск: БГУФК, 2009, с. 9-21.
9. Витрук Н. В. *Законность: понятие, защита и обеспечение. Общая теория права*: Курс лекций. Под общей редакцией профессора В. К. Бабаева. Нижний Новгород, 1993, с. 513-540.
10. Витрук Н. В. *Конституционное правосудие в России (1991-2001 гг.): Очерки теории и практики*. Москва, 2001, 508 с.
11. Витрук Н. В. *Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс*. Москва: Норма ИНФРА-М, 2012, 615 с.
12. Волков В. П. *Проблемы обеспечения конституционной законности избирательного процесса в интересах укрепления российской государственности*. М.: РЦОИТ: Крона, 2009, 262 с.
13. Игнатович Г. Ф. *Сущность конституционного принципа законности: правозаконность или конституционность*. Вестник ПАГС, 2010, № 4(25), с. 83-88.
14. Казарина А. Х. *Законность как предмет деятельности российской прокуратуры*. Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, 2008, № 6, с. 16-20.
15. Клишас А. А. *Принцип разделения властей как концептуальная основа институционализации системы конституционного контроля и конституционного правосудия*. Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России, 2006, №4 (32), с. 136-137.
16. *Кодекс конституционной юрисдикции Республики Молдова*, № 502 от 16.06.1995. Monitorul Oficial nr. 53-54 от 28.09.1995.
17. *Конституция Республики Молдова* от 29.07.1994. Monitorul Oficial nr. 1 от 12.08.1994.
18. Костаки Г., Муруяну И. *Сущность и значение Конституции в правовом государстве*. În: Revista Națională de Drept, nr. 6, 2009, с. 9-13.
19. Кравец И. А. *Российский конституционализм: проблемы становления, развития и осуществления*. Санкт-Петербург: «Юридический центр Пресс», 2005, 680 с.
20. Кунев А. Н. *Законность и правовая культура в условиях становления правового государства: теоретико-правовое исследование*: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2011, 24 с.
21. Мырзалимов Р. М. *Конституционное правосудие и права человека*. Вестник Российского университета дружбы народов. Серия юридические науки. М., 2013, № 1, с. 80-91.
22. Пулбере Д. *Воздействие конституционной юрисдикции на общество*. „Influential Constitutional Justice: its influence on society and on developing a global human rights jurisprudence”, World Conference on Constitutional Justice Cape Town, 23-24 January 2009. [http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/MDA\\_Pulbere\\_RUS.pdf](http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/MDA_Pulbere_RUS.pdf).
23. Страшун Б. А. *Перспективы демократии и конституционное правосудие*. International Almanac Constitutional justice in the new millennium, 2002 - <http://www.concourt.am/armenian/almanakh/almanac2002/217.htm>.
24. Тодыка Ю. Н. *Конституционные основы формирования правовой культуры*. Харьков: РАЙДЕР, 2001, 158 с.
25. Хабриева Т. *Конституция как основа законности в Российской Федерации*. Журнал Российского Права, 2009, nr. 3, с. 3-11.
26. Хабриева Т. Я. *Конституция и законность*. Законность в Российской Федерации. М., 2008, с. 59-73.
27. Costachi Gh. *Prin știință spre un stat de drept. Volum omagial*. Chișinău: Institutul de Istorie, Stat și Drept, 2011, 864 p.
28. Railean P. *Reflecții asupra legalității constituționale și a mecanismului de asigurare a acesteia*. Legea și Viața, 2011, nr. 1, p. 33-37.
29. Railean P. *Conținutul și valoarea legalității într-un stat de drept*. Legea și Viața, 2010, nr. 9, p. 21-24.



## ASPECTELE JURIDICE ȘI PSIHOLOGICE ALE FENOMENULUI VIOLENȚEI DOMESTICE ÎN REPUBLICA MOLDOVA

**Mariana NISTOR,**  
**doctorand, magistrul în drept, lector universitar**  
**Irina BULAT,**  
**magistru în psihologie, lector universitar Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată**

### SUMMARY

This article represents an analyse of juristic and psychological aspects of domestic violence phenomenon in the Republic of Moldova, which was realized on the basis of statistical data, presented by the National Bureau of Statistics and the Ministry of Work, Social Protection and Family, and of normative documents that regulates the activity in this domain.

**Keywords:** domestic violence (family violence), victim, aggressor.

### REZUMAT

Acest articol reprezintă o analiză a aspectelor juridice și psihologice ale fenomenului violenței domestice în Republica Moldova, analiză care a fost realizată în baza datelor statistice, prezentate de Biroul Național de Statistică și de Ministerul Muncii, Protecției Sociale și Familiei, și a actelor normative ce reglementează activitatea în acest domeniu.

**Cuvinte-cheie:** violență domestică (violență în familie), victimă, agresor.

**Introducere.** Agresivitatea este o parte indisolubilă a naturii umane. Fiind înăscută, ea are menirea de a asigura capacitatea omului de a se proteja de orice pericol din exterior, care amenință interesele vitale ale acestuia [1]. Atunci când agresivitatea este aplicată în mod inadecvat, ea devine distructivă pentru om. Una dintre aceste forme de manifestare a agresivității este violența domestică.

Violența în familie reprezintă o problemă globală, cu care se confruntă atât Republica Moldova, cât și celelalte țări ale lumii, indiferent de nivelul lor de dezvoltare. Violența domestică se manifestă asupra membrilor familiei fără a ține cont de religie, sex, statut social sau apartenență etnică.

Prevenirea și combaterea acestui fenomen sunt mijloace de protecție a familiei, iar asigurarea respectării principiilor fundamentale ale familiei, precum și realizarea dreptului uman la viață fără violență impun necesitatea intervenției juridice și psihologice.

**Rezultate obținute și discuții.** În ultimii ani, fenomenul violenței domestice a devenit o problemă care preocupă societatea contemporană în mod deosebit. Acest fapt se explică prin raportarea tot mai frecventă a cazurilor de violență domestică (*graficul 1*) [2].

*Graficul 1*



Reprezentând o formă de manifestare a agresivității, violența domestică este un fenomen distructiv atât pentru individ, cât și pentru societate. Agresivitatea ca reacție de apărare la orice amenințare a vieții este o parte necesară a naturii fiecărui om, asigurând supraviețuirea individului și a întregii specii. Pe parcursul evoluției societății umane s-a dezvoltat o altă formă de agresivitate, care este caracteristică doar omului. Această formă este rezultatul condițiilor specifice de existență a societății umane și se caracterizează prin lipsa unei necesități reale de aplicare și prin caracterul său distructiv. Formele ei principale de manifestare sînt

uciderea și torturarea cu cruzime, scopul cărora este obținerea satisfacției [1]. În acest mod, agresivitatea dată duce la distrugerea nu doar a victimei și a agresorului ci și, ca urmare, a întregii societăți.

Sarcina de a asigura existența societății revine statului, care este obligat să reglementeze procesele sociale prin norme și legi. Referitor la violența în familie, din istorie se cunoaște că au fost perioade când statele nu doar nu curmau manifestările de violență în familie, ci chiar le susțineau. Spre exemplu, dreptul soțului de a bate soția sau copiii, care reieșea din faptul că el este stăpînul familiei și, prin urmare, stăpînul



vieților membrilor acesteia. Astfel, violența a devenit o normă de existență a societății, ceea ce i-a asigurat menținerea în societate de-a lungul mai multor secole.

Un alt aspect al violenței în familie, ce împiedică lupta cu ea, este dependența de agresor a victimei. Relațiile apropiate dintre victimă și agresor face victima sensibilă față de ultimul. Victima, fiind atașată emoțional de agresor, încearcă să justifice fiecare act de agresiune. După o perioadă scurtă de ameliorare a situației, agresorul aplică repetat violența. Astfel se formează un cerc vicios, din

care victima nu poate să scape de sine stătător.

În majoritatea cazurilor, violența în familie este aplicată asupra femeilor. O altă categorie de victime ale violenței în familie o constituie copiii și bătrânii, câteodată fiind întâlnite și cazuri în care victimă a violenței în familie este bărbatul.

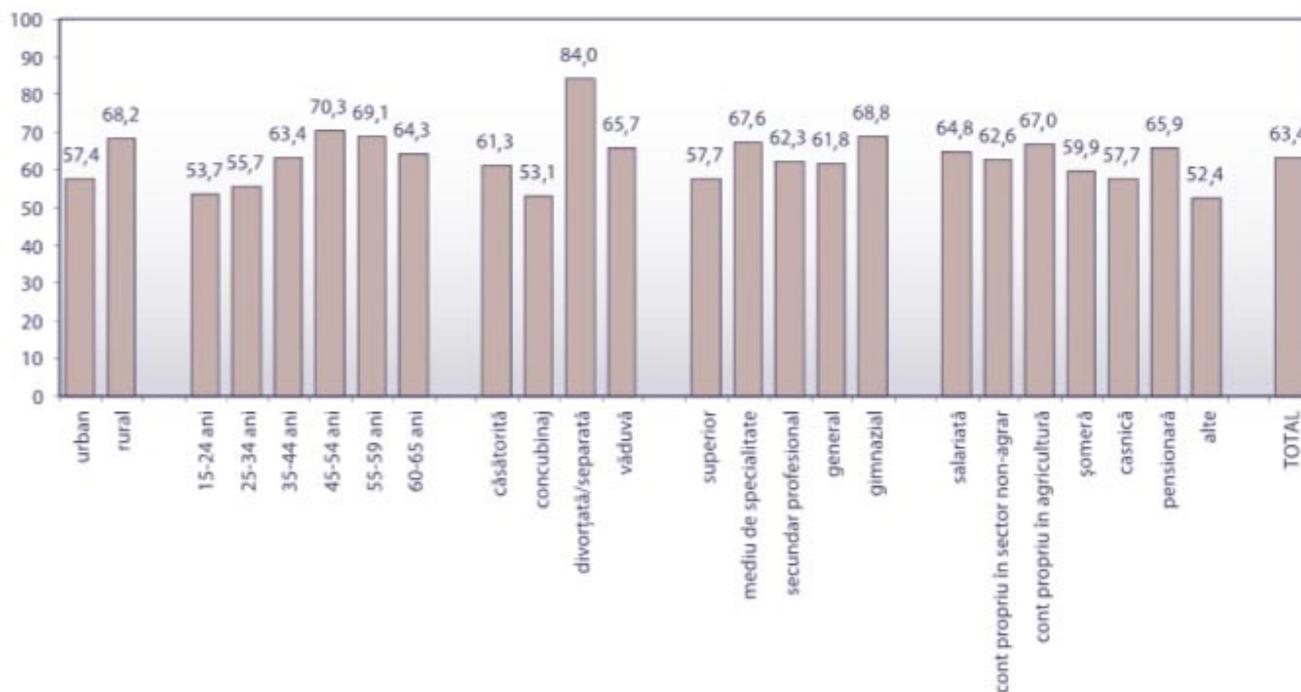
Societatea umană este sursa acelor condiții care înlesnesc apariția și dezvoltarea fenomenului de violență în familie. În Republica Moldova sînt prezenți un șir de factori care, într-o anumită măsură, determină violența domestică. Acești factori sînt: statutul

social și cel economic al victimei, mediul de reședință, nivelul de studii și statutul ocupațional. Este evident că toți acești factori contribuie la victimizarea individului.

Un caz de violență domestică poate fi provocat de mai mulți factori, de aceea ei nu se exclud reciproc. Spre exemplu, persoanele care locuiesc în mediul rural în majoritatea cazurilor nu au studii superioare sau chiar medii și nu sînt angajați în cîmpul muncii. Această situație poate duce la apariția violenței, deoarece victima nu are resursele necesare pentru autoprotejare (graficul 2) [3].

Graficul 2

#### Rata totală de prevalență a violenței (psihologică, fizică sau sexuală)



În acest context, o importanță deosebită se acordă reglementărilor legale cu caracter național și internațional, la care vom face trimitere în continuare.

Astfel, *Declarația Universală a Drepturilor Omului* [2] din 10 decembrie 1948, în art. 1, pre-

vede că "Toate ființele umane se nasc libere și egale în demnitate și în drepturi. Ele sînt înzestrate cu rațiune și conștiință și trebuie să se comporte unele față de altele în spiritul fraternității". Iar în art. 3 prevede că "Orice ființă umană are dreptul la viață, la libertate și

la securitatea persoanei sale".

La fel, la 18 decembrie 1979, a fost adoptată *Convenția asupra eliminării tuturor formelor de discriminare față de femei* [3], care este principalul instrument internațional al drepturilor femeilor. Convenția, alături de alte instru-



mente legale, determină drepturile femeilor la o viață fără violență.

Au fost adoptate acte internaționale care prevăd măsuri referitoare la drepturile și libertățile nu doar ale persoanelor adulte, ci și ale copiilor minori. Deosebim, în acest sens, *Convenția cu privire la drepturile copilului*, adoptată de Adunarea Generală a ONU la 20 noiembrie 1989 [4]. Art. 19 din Convenție dispune că statele-părți vor lua toate măsurile legislative, administrative, sociale și educative corespunzătoare pentru protejarea copilului împotriva oricăror forme de violență, vătămare sau de abuz fizic sau mental, de abandon sau neglijență, de rele tratamente sau de exploatare, inclusiv violența sexuală, în timpul cât se află în îngrijirea părinților sau a unuia dintre ei, a reprezentantului sau reprezentanților săi legali sau a oricărei persoane căreia i-a fost încredințat.

Aceste măsuri de protecție vor cuprinde, după cum se va conveni, proceduri eficiente pentru stabilirea de programe sociale vizând acordarea de sprijin necesar copilului și celor cărora le-a fost încredințat, precum și pentru alte forme de prevenire, pentru identificarea, raportarea, retrimiteră, anchetarea, tratarea și urmărirea penală pentru cazurile de rele tratamente – descrise mai sus – aplicate copilului și vor cuprinde, de asemenea, după cum se va stabili, proceduri de intervenție judiciară [4, alin. (2)].

Luând în considerație actele internaționale în care se condamnă violența în familie și impunerea unui șir de obligații statelor-membre în vederea protecției femeilor împotriva violenței, Republica Moldova a ținut să respecte aceste dispoziții și să-și asume respon-

sabilitatea să protejeze drepturile omului și ale tuturor persoanelor care locuiesc în interiorul țării și în afara acesteia.

Astfel, în martie 2007, a fost adoptată *Legea cu privire la prevenirea și combaterea violenței în familie*, intrată în vigoare din 18 septembrie 2008, care prevede că “prevenirea și combaterea violenței în familie face parte din politica națională de ocrotire și sprijinire a familiei și reprezintă o chestiune importantă de sănătate publică” [5].

Mai mult ca atât, violența în familie în art. 2 este definită ca “orice acțiune sau inacțiune intenționată fizică sau verbală, cu excepția acțiunilor întreprinse în scop de autoapărare sau de apărare a altor persoane, manifestată fizic sau verbal, prin abuz fizic, sexual, psihologic, spiritual sau economic ori prin cauzare de prejudiciu material sau moral, comisă de un membru de familie contra unor alți membri de familie, inclusiv contra copiilor, precum și contra proprietății comune sau personale”.

În conformitate cu *Legea Republicii Moldova pentru modificarea și completarea unor acte legislative*, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova la 09.07.2010, Codul penal al R. Moldova a fost completat cu art. 201<sup>1</sup> “Violența în familie”. Completarea reprezintă o prevedere importantă, care a fost făcută pentru a incrimina faptele săvârșite în interiorul familiei, indicând calitatea specială a subiectului infracțiunii de membru al familiei în raport cu victima infracțiunii. Totodată, victimă a infracțiunii respective poate fi orice membru al familiei făptuitorului. Noțiunea de *membru de familie* este prevăzută la articolul 133<sup>1</sup> din Codul penal al Republicii Moldo-

va, care prevede două accepțiuni diferite, în funcție de lipsa sau prezența conlocuirii făptuitorului și victimei. În sensul conlocuirii se prevăd persoanele aflate în căsătorie, în relații de concubinaj, persoanele divorțate, persoanele aflate în relații de tutelă și curatelă, rudele lor pe linie dreaptă sau colaterală, soții rudelor. În condiția locuirii separate sînt prevăzute persoanele aflate în căsătorie, copiii lor, inclusiv cei adoptați, cei născuți în afara căsătoriei și cei aflați sub curatelă [6].

În acest context, putem afirma că calitatea de membru de familie trebuie să existe în momentul săvîrșirii faptei, în caz contrar făptuitorului nu-i va putea fi aplicată răspunderea în temeiul articolului 201<sup>1</sup> Cod penal al Republicii Moldova, însă va putea fi tras la răspundere în baza unor fapte prevăzute la articolele 145, 150, 151, 152, 155 sau altele din Codul penal al R. Moldova, ori la articolul 78 al Codului Contravențional al R. Moldova.

Deși cadrul legal al Republicii Moldova de protecție a victimilor și de tragere la răspundere a agresorilor violenței în familie a suportat schimbări esențiale, aplicarea legislației în acest domeniu se folosește încă în mod limitat. În acest sens, legea incriminează toate formele de violență în familie, inclusiv actele care se soldează cu leziuni ușoare, însă de cele mai dese ori cazurile violenței domestice rămîn a fi percepute drept contravenții administrative. Aceasta rezultă în faptul că agresorii evită tragerea la răspundere penală, iar victimele violenței domestice rămîn în continuare vulnerabile, nefiind protejate.

Din cele expuse mai sus reiese că violența în familie este un re-



zultat al sărăciei care s-a creat în urma politicii economice devafo-rabile a conducerii statului, mani-festându-se prin creșterea numărului de șomeri, limitarea numărului de oameni care au acces la studii, neasigurarea existenței păturilor social vulnerabile. Făcînd referire la legislația în vigoare, am ținut să reflectăm cele mai importante pre-vederi legate vizînd violența do-mestică, procedura de soluționare a acestei probleme fiind cu mult mai complexă. Rămîne doar ca statul, prin organele sale abilitate, să monitorizeze, să identifice și să înregistreze raportarea cazurilor de violență, pentru a oferi victime-lor o protecție nu doar la nivel de-clarativ, ci și la nivel de aplicare.

**Concluzii.** Fiind un produs al existenței societății umane, violen-ța în familie poate fi eliminată doar de om, deoarece este un produs al acțiunilor acestuia. În această or-dine de idei, are posibilitatea de a stopa acest fenomen afît agresorul, care trebuie să-și confrunte latura negativă a naturii sale, cît și victi-ma, care deseori tinde să provoace agresorul la aplicarea acțiunilor violente împotriva sa.

În aceste condiții, statul are menirea de a ține sub control și de a coordona activitatea organelor de urmărire penală, ca acestea să aplice corect sancțiunile prevăzute de legislația în vigoare referitoare la cazurile de violență domestică.

În scopul asigurării respectării drepturilor și libertăților funda-mentale ale omului, și anume con-tra actelor violente, este necesar de a introduce un mecanism bine elaborat de soluționare a proble-melor ce rezultă din violența în fa-milie, cu instructaj corespunzător al cadrelor responsabile.

Soluționarea laturii psihologi-ce a problemei violenței domesti-ce cere pregătirea unor specialiști calificați în domeniul respectiv, care ar putea acorda ajutor psiho-logic afît victimei, cît și agresoru-lui; deschiderea mai multor centre de asistență psihologică și socială a acestora în mun. Chișinău și în raioanele republicii.

Deoarece rădăcinile acestei probleme sînt profund ancorate în însăși conștiința omului, schimba-rea acesteia necesită mult timp și efort continuu.

#### Referințe bibliografice

1. *Codul penal al Republicii Mol-dova* (adoptat de Parlamentul RM la 18.04.2002) În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2009, nr. 72-74.
2. *Convenția cu privire la drepturi-le copilului*, adoptată de Adunarea Ge-nerală a ONU la 20 noiembrie 1989. Republica Moldova a aderat la această convenție la 12 septembrie 1990, prin Hotărîrea Parlamentului Republicii Moldova nr. 408-XII din 12.12.1990.
3. *Convenția asupra eliminării tu-turor formelor de discriminare față de femei*, adoptată și deschisă spre semna-re de Adunarea Generală a Națiunilor Unite prin Rezoluția 34/180 din 18 de-cembrie 1979, intrată în vigoare la 3 septembrie 1981, conform dispozițiilor art. 27(1). Ratificată de Parlamentul Republicii Moldova conform Hotărîrii nr. 87-XII din 28 aprilie 1994. În vi-goare pentru R. Moldova din 31 iulie 1994.
4. *Declarația Universală a Drept-urilor Omului*. Adoptată și proclama-tă de Adunarea Generală a ONU prin Rezoluția 217 A (III) din 10 decem-brie 1948. Republica Moldova a ade-rat la declarație prin Hotărîrea Parla-mentului nr. 217-XII din 28.07.1990. Publicată în ediția oficială „Tratate internaționale”, 1998, volumul 1.
5. *Legea nr. 45 cu privire la pre-venirea și combaterea violenței în fa-*

*milie*, adoptată la 01.03.2007, intrată în vigoare la 18.09.2008. Publicată în Monitorul Oficial nr. 55-56.

6. Фромм Э. *Анатомия челове-ческой деструктивности*. Москва: АСТ, 2010, 624 с.

7. [www.mpsfc.gov.md/file/documente-interne/Ordin\\_Concept\\_agresori.docx](http://www.mpsfc.gov.md/file/documente-interne/Ordin_Concept_agresori.docx)

8. [http://www.statistica.md/public/files/publicatii\\_electronice/Violenta/Raport\\_violenta\\_fam.pdf](http://www.statistica.md/public/files/publicatii_electronice/Violenta/Raport_violenta_fam.pdf)



## NOȚIUNEA CONTRACTULUI ADMINISTRĂRII FIDUCIARE A BUNURILOR

Stela SOCHIRCA,  
doctorand, magistrul în drept, avocat

### SUMMARY

Transmission assets under management by the founder of the trust fiduciary administration or by the owner of the goods with the Trust Manager procurement with full amount of rights and obligations, and allow for its management in the interests of the first and is the subject of the article. Being a relatively new Law Institute into national law, the views of the legislature concerning the legal nature of the contract, also is not unique.

**Keywords:** independent of the actual shape, trust administrator, the right of ownership, right of use, right of possession, the landlord's property interests, power, professional use of goods, receipt of profit, the volume of power.

### REZUMAT

Subiectul articolului îl reprezintă transmiterea bunurilor în administrare fiduciară de către fondatorul administrării fiduciare sau de către proprietarul bunurilor date, cu înzestrarea administratorului fiduciar cu quantum deplin de drepturi și obligații, ce iar permite administrarea în interesele primilor. Fiind un institut de drept relativ nou în legislația națională, opiniile legiuitorului privind natura juridică a obiectului contractului în discuție, de asemenea, nu este unică.

**Cuvinte-cheie:** formă independentă a drepturilor reale, administrator fiduciar, drept de proprietate, drept de folosință, drept de posesie, interesele proprietarului bunului, împuterniciri limitate, folosirea profesională a bunurilor, obținere de profit, volum de împuterniciri.

**Introducere.** Reglementarea juridică a volumului de împuterniciri cu care este înzestrat administratorul fiduciar, precum și discuțiile pe marginea naturii juridice a contractului administrării fiduciare a bunurilor reprezintă subiectul oglindit în articolul dat.

În cadrul administrării fiduciare a bunurilor are loc folosirea profesională a acestora de către administratorul fiduciar în scopul obținerii de profit. Anume din aceste considerente, administratorul fiduciar, prin intermediul contractului încheiat, este înzestrat cu drepturi ample pe marginea gestionării bunurilor, asemenea proprietarului său, în afară de dreptul de dispoziție (dacă acesta nu este stipulat separat în contract).

Contractul administrării fiduciare a bunurilor, fiind încheiat pe o anumită perioadă de timp, prezumă întoarcerea lor la proprietarul bunurilor sau la fondatorul administrării fiduciare; din aceste considerente, administratorul fiduciar nu este înzestrat cu dreptul de înstrăinare a bunurilor.

Un alt aspect important la care ne vom referi este propunerea de includere în prevederile legislației naționale a faptului că schimbarea proprietarului bunurilor nu urmează a fi o condiție de încetare a contractului administrării fiduciare.

Fiind o categorie independentă de contracte, administrarea fiduciară a bunurilor reprezintă prin sine o instituție de drept aflată în atenția atât a legiuitorului național, cât și a celor internaționali, perfecționarea reglementării juridice a căreia este continuă. Vom analiza conținutul împuternicirilor participanților la raporturile juridice contractuale ale administrării fiduciare a bunurilor, precum și categoriile de raporturi juridice dintre participanții acestuia, cu unele propuneri privind perfecționarea reglementării juridice a contractului administrării fiduciare a bunurilor.

**Expunerea materialului.** Capitolul XIV din Codul civil (CC) al R. Moldova reglementează raporturile juridice ale contractului administrării fiduciare. Conform prevederilor art. 1053 CC, prin

contract de administrare fiduciară, o parte (fondatorul administrării, fiduciantul) predă bunuri în administrare fiduciară celeilalte părți (administratorul fiduciar, fiduciarul), iar acesta se obligă să administreze patrimoniul în interesul fondatorului administrării [1].

Administratorul fiduciar, în coraport de bunurile transmise în administrare fiduciară, îndeplinește acțiuni de jure și de facto (luând în considerație restricțiile prevăzute de contract sau de lege), în interesele fondatorului sau beneficiarului administrării fiduciare. Transmiterea bunurilor în administrarea fiduciară nu subînțelege și transmiterea dreptului de proprietate asupra lor, fiindu-i încredințate executarea împuternicirilor proprietarului în coraport cu bunurile, în condițiile prevăzute de lege sau de contract.

În practică nu se exclud situațiile admisibilității realizării împuternicirilor proprietarului față de bunuri. Este certă limitarea quantumului de drepturi față de bunuri în aspectul dreptului



de dispoziție față de acestea în volumul deplin. Administratorul fiduciar realizează drepturile de proprietar în volumul și în cuantumul prevăzute de lege sau de contract. În contextul dat, dreptul de dispoziție se realizează de către administrator față de unele categorii de bunuri (bunuri imobile, hîrtii de valoare), dacă asemenea dispoziții sînt stipulate direct de contract.

Posibilitatea administratorului fiduciar de a folosi dreptul de dispoziție este limitată de stipulările contractului administrării fiduciare (alin. 4 art. 1056 Cod civil). În cazul în care în prevederile contractului lipsește dreptul de dispoziție cu bunurile transmise în administrare, administratorul este lipsit de acest drept.

Contractul administrării fiduciare a bunurilor, fiind o instituție relativ nouă de drept în legislația națională, reprezintă o categorie independentă de contracte din categoria celor obligaționale, reglementate de Codul civil al R. Moldova.

Studiind contractul administrării fiduciare, știința dreptului civil nu are o poziție unică referitor la ceea ce ține de determinarea naturii juridice a instituției date de drept. În literatura juridică contemporană pot fi evidențiate două viziuni asupra reglementării operațiunilor administrării fiduciare a bunurilor, studierii problemei date dedicîndu-și lucrările așa autori ruși ca Dozorțev V.A., Suhanov E.A., Makovski A.L., Miheeva.

Adepii primei viziuni, urmărind tradițiile sistemului de drept continental, susțin modelul exclusiv obligațional-legal al administrării fiduciare a bunurilor (V.A. Dozorțev, E.A. Suhanov, A.L. Makovski ș.a.).

Conform viziunii a doua, dreptul administrării fiduciare este o formă independentă a drepturilor reale, deoarece:

- administratorul fiduciar este

înzestrat cu împuterniciri vaste;

- drept obiect de interes al administratorului este primirea obiectului administrării pentru folosirea comercială [2, p. 43-49].

Este greu să fim de acord cu asemenea argumente.

În primul rînd, oricît de vaste ar fi împuternicirile administratorului fiduciar, el întotdeauna acționează în interesele proprietarului bunurilor. În afară de aceasta, împuternicirile administratorului pot fi limitate prin intermediul unei legi sau unui contract.

În al doilea rînd, legiuitorul vede interesul administratorului nu numai în obținerea remunerațiilor pentru prestarea anumitor servicii. Dacă contractul este cu titlu gratuit, atunci administratorul fiduciar acționează din alte considerente (spre exemplu, păstrarea bunurilor unei rude).

Esența contractului administrării fiduciare constă în executarea administrării de către administratorul fiduciar cu bunuri străine în interesul proprietarului bunurilor sau al persoanei indicate. În acest scop, proprietarul transmite bunurile sale administratorului fiduciar, acordîndu-i împuterniciri corespunzătoare ce țin de posesia, folosința și dispoziția lor, în limitele în care administratorul fiduciar este în drept să îndeplinească diverse acțiuni de facto și juridice pentru asigurarea administrării efective a bunurilor transmise spre administrare.

În cadrul administrării fiduciare are loc folosirea profesională (de întreprinzător) a bunurilor transmise, ce prezumă îndeplinirea de către administrator – în interesele proprietarului sau beneficiarului administrării fiduciare – a măsurilor stipulate în contract, pentru obținerea de profit. Coraportul unei asemenea persoane cu administratorul său se determină prin contract încheiat între ei, ce stipulează drepturile și obligațiile lor reciproce. Posibilitatea, oferită

de legislație, de a exercita față de bunuri dreptul de proprietar nu oferă dreptul de dispoziție față de ele, dacă dreptul dat nu este prevăzut în contract. Este cert că administratorul fiduciar este în drept să dispună de bunuri, în limitele ce nu sînt legate de trecerea dreptului de proprietate persoanei terțe. Volumul de împuterniciri acordate administratorului fiduciar nu prezumă posibilitatea acestuia de a le înstrăina, deoarece la expirarea termenului contractului administrării fiduciare bunurile urmează a fi înapoiate proprietarului lor.

Ar fi corect ca această poziție să-și găsească reflectarea într-un articol separat al capitolului respectiv din Codul civil, intitulat *Condițiile esențiale ale contractului administrării fiduciare a bunurilor*, fiind una din aceste condiții ale contractului dat. Nespecificarea acestui moment, după părerea mea, are drept rezultat reglementarea imperfectă a contractului administrării fiduciare a bunurilor în legislația națională, creînd substrat pentru încheierea contractelor cu multiple puncte vulnerabile.

Astfel, din condițiile esențiale ce trebuie să fie stipulate în contractul dat ar face parte:

- conținutul bunurilor transmise în administrarea fiduciară;
- denumirea persoanei juridice sau fizice, în interesele căreia se constituie administrarea fiduciară a bunurilor (fondatorul administrării fiduciare sau beneficiarul administrării);
- termenul contractului.

În contextul celor expuse mai sus, administratorul fiduciar nu poate să înstrăineze bunurile aflate în administrarea sa, deoarece acțiunile de acest gen schimbă unilateral condițiile contractului. Bunurile transmise în administrare fiduciară, la expirarea termenului contractului, urmează a fi înapoiate fără modificări și în aceeași componență fondatorului administrării fiduciare. Cele spuse



se referă la bunurile transmise în administrarea fiduciară la încheierea contractului. Însă pe durata contractului pot fi formate sau obținute și alte bunuri. Conform alin. 5 art. 1056 CC, drepturile obținute de administrator în rezultatul administrării fiduciare a bunurilor, se includ în componența patrimoniului primit în administrare, dacă în contract nu este prevăzută obligația de a le preda fiduciantului sau beneficiarului. De aici rezultă că bunurile dobândite pe parcursul administrării fiduciare se includ în lista bunurilor existente nu înlocuindu-le, ci completându-le lista.

În aceste cazuri, împuternicirile referitor la dreptul de dispoziție a lor, ce sînt deținute de administratorul fiduciar, trebuie să fie stipulate în contractul administrării fiduciare. Însă, pare a fi evident că în contract, pe lângă condițiile de oferire a dreptului de dispoziție cu hîrțile de valoare, este necesar de stipulat și mecanismul acestui drept.

În opinia noastră, ar fi corect ca transmiterea în administrare fiduciară a hîrților de valoare să fie reglementată printr-un articol separat.

În rezultatul executării obligațiilor sale, administratorul fiduciar poate dobîndi și alte bunuri. Autorul rus Dozorțev V.A. consideră că bunurile date nu pot deveni obiectul administrării fiduciare [3, p. 120]. După părerea noastră, opinia dată este discutabilă. Conform prevederilor alin. 5 art. 1056 CC, drepturile obținute de administrator în rezultatul administrării fiduciare a bunurilor se includ în componența patrimoniului primit în administrare, dacă în contract nu este prevăzută obligația de a le preda fiduciantului sau beneficiarului.

Prin urmare, prin noțiunea de *drepturi* trebuie de înțeles drepturile de proprietate ale fondatorului administrării fiduciare în coraport

cu bunurile obținute, drepturile obligaționale, cu alte cuvinte – totalitatea drepturilor pe care le-ar deține acesta, în cazul participării sale personale la raporturile juridice. Includerea drepturilor date în componența bunurilor oglindește faptul că bunurile dobîndite se transmit automat în administrare fiduciară. Deoarece împuternicirile administratorului fiduciar, în coraport cu bunurile transmise în administrarea fiduciară, sînt reglementate de lege și de contract, și anume conform prevederilor legale în coraport cu bunurile dobîndite se aplică regimul existent al bunurilor – obiect al contractului, un acord suplimentar din partea fondatorului administrării fiduciare nu este necesar.

Proprietatea nou-formată va fi obligatoriu supusă înregistrării de stat. În acest caz, administratorul fiduciar va îndeplini toate măsurile convenite. Obligațiunea dată rezultă din însăși esența obligațiilor administrării fiduciare, și anume îndeplinirea măsurilor în interesul fondatorului administrării fiduciare. Totodată, trebuie de remarcat că efectuarea măsurilor înregistrării de stat a bunurilor trebuie să fie prevăzută nemijlocit de lege. Însă ordinea actuală de înregistrare a bunurilor nu prevede dobîndirea lor de către administratorul fiduciar pe parcursul executării sarcinilor sale obligaționale.

Conținutul împuternicirilor administratorului fiduciar arată că acestea corespund tuturor semnelor (în comparație cu dreptul de proprietate) drepturilor reale, reglementate de lege, și anume:

- dreptul de preemțiune (păstrarea dreptului real în cazul schimbării proprietarului bunurilor);
- posibilitatea litigiilor cu pretenții de caracter patrimonial.

Considerăm oportun ca prin reglementare suplimentară să fie stipulat direct faptul că schimbarea proprietarului bunurilor nu urmează să servească drept temei direct

și nemijlocit de încetare a contractului administrării fiduciare.

Pare a fi admisă situația reglementării la nivel legal a dreptului real limitat, printre care să fie inclus acest drept asupra bunurilor administratorului fiduciar. La situația actuală a reglementării dreptului administratorului fiduciar asupra bunurilor aflate în administrarea sa, în formă de drept real limitat independent, este incorect de a accepta o astfel de formulare [4, p. 45].

Bunurile dobîndite necesită înregistrarea de stat. Obligația dată rezultă din însăși esența obligațiilor contractuale, de îndeplinirea tuturor acțiunilor “de jure” și “de facto” în administrarea bunurilor transmise – în interesul fondatorului administrării fiduciare. Totodată, urmează de luat în considerație faptul că dreptul de a îndeplini înregistrarea bunurilor trebuie să fie stipulată de lege [5].

Schimbarea proprietarului bunurilor nu este condiția directă a încetării contractului administrării fiduciare a bunurilor. Legislația a stipulat că drepturile deținute de proprietarul bunurilor pot aparține, de asemenea, și persoanei ce nu este proprietarul lor, dar căruia aceste bunuri îi aparțin în baza dreptului posesiei pe viață sau în baza altui drept, reglementat de prevederile legale sau de contract.

Raportarea locului contractului administrării fiduciare a bunurilor în sistemul drepturilor reale și obligaționale trebuie să fie precedată de analiza tuturor categoriilor de raporturi juridice, care apar la executarea administrării fiduciare. Categoria raporturilor juridice, în cadrul contractului dat, între participanții săi pot fi clasificate în două categorii.

La *prima categorie* se atribuie raporturile juridice dintre administratorul fiduciar și fondatorul administrării fiduciare.

La *a doua categorie* se atribuie raporturile juridice dintre admi-



nistratorul fiduciar și contraagenții ce apar pe parcursul administrării fiduciare și, de asemenea, persoanele terțe în realizarea raporturilor patrimoniale ale administratorului fiduciar. Raporturile juridice din categoria a doua poartă caracter absolut, deoarece administratorul fiduciar obține drepturi de proprietar în coraport cu bunurile transmise în administrare.

Trebuie de remarcat că stabilirea raporturilor juridice între fondatorul administrării fiduciare și administratorul fiduciar este un rezultat al stipulărilor legale. Acțiunile exercitate de către administratorul fiduciar sînt rezultatul indirect al raporturilor dintre părțile contractante date. Din aceste considerente, este putem vorbi despre folosirea elementelor drepturilor reale în raporturile obligatoionale.

În literatura de specialitate există și o altă opinie [6, p. 14, 24]. După părerea cercetătoarei L. Miheeva, în conținutul împuternicirilor administratorului fiduciar lipsesc careva elemente ale drepturilor reale. În opinia sa, dreptul real este un drept subiectiv, conform căruia:

- în calitate de obiect este un bun, dar nu acțiunile cuiva;
- constă în posibilitatea deținătorului de a acționa asupra bunului dat, îndeplinind interesele sale, fără acțiunile altei persoane;
- poartă un caracter absolut;
- este nelimitat în timp, fiind un drept real, stipulat de lege.

Exemplele aduse mai sus sînt bazate pe reflectarea doctrinală referitor la stipulările dreptului subiectiv civil. Totodată, Codul civil a preluat unele elemente ale drepturilor reale limitate, pe care se bazează argumentele aduse.

Ar fi incorect de a nega următoarele circumstanțe:

*În primul rînd:* reglementările legale referitor la faptul că proprietarul bunului îndeplinește față de acesta toate acțiunile pe care le

consideră a fi oportune se referă și la acțiunile administratorului fiduciar, deoarece acțiunile sale poartă caracter similar.

*În al doilea rînd:* subiectul dreptului real limitat îndeplinește acțiuni nu numai în interesele sale, deoarece dreptul real limitat rezultă din dreptul de proprietate și realizarea împuternicirilor proprietarului nu sînt în coraport cu faptul în al cui interes acesta este realizat. Pare a fi cert faptul că proprietarul este în drept să exercite drepturile de posesie, folosință, dispoziție a bunurilor în sens larg, nelimitîndu-se la scopul propriului profit material.

Raporturile juridice dintre fondatorul administrării fiduciare și administratorul fiduciar conțin un aspect de risc, pe care îl poartă fondatorul administrării prin transmiterea bunurilor sale în administrare (art. 1056 alin. 1 CC). Administratorul fiduciar, angîndu-se ca întreaga sa activitate să fie îndreptată în interesul fondatorului administrării (beneficiarului administrării fiduciare), nu garantează acestuia obținerea rezultatului stipulat, dar se obligă să întreprindă toate măsurile pentru obținerea rezultatelor prestabilite. Riscul fondatorului administrării în particular constă în posibilitatea neobținerii rezultatului așteptat la încheierea contractului administrării fiduciare a bunurilor. Nu se exclude posibilitatea uzării bunului sau pierderii sale în baza strîngerii datoriilor pe obligații, apărute în timpul administrării. După părerea autorului rus V. A. Dozorțev, contractul dat dă naștere la drepturi și obligații strict prestabilite. Conform opiniei date, contractul administrării fiduciare a bunurilor este bazat pe încredere doar la încheierea contractului, dar nu și la îndeplinirea sa [7, p. 124].

Unul dintre aspectele caracterului relațiilor contractuale bazate pe încrederea reciprocă a părților contractante constă în îndeplinirea

persoană de către administratorul fiduciar a atribuțiilor sale, fără dreptul de a le transmite persoaneilor terțe [4, p. 125].

După părerea noastră, ar fi bine-venit ca Codul civil să stipuleze o listă exhaustivă a cazurilor transiterii împuternicirilor sale de către administratorul fiduciar persoanei terțe, și anume:

- contractul prevede dreptul transiterii împuternicirilor administratorului fiduciar (a unei părți a lor) persoanei terțe;
- administratorul fiduciar a primit acorul de transmitere a împuternicirilor sale de la fondatorul administrării fiduciare;
- transmiterea împuternicirilor administratorului fiduciar sînt în interesele fondatorului administrării fiduciare (beneficiarului) și nu este cu puțință de a primi acorul respectiv în termen rezonabil de la fondatorul administrării fiduciare.

Raporturile juridice cu caracter administrativ, după conținutul lor avînd caracter organizațional tenace, corelează cu raporturile juridice patrimoniale ale instituției date de drept. Raporturile juridice patrimoniale în cazul dat sînt privite drept raporturi de voință a proprietarului bunurilor transmise în administrare, în legătură cu folosirea diverselor forme ale bunurilor aflate în proprietate.

Conținutul administrării raportat la relațiile juridice patrimoniale, apărute din contractul administrării fiduciare a bunurilor, țin de activitatea administratorului fiduciar, în legătură cu realizarea împuternicirilor transmise de posesia, folosirea și dispoziția bunurilor aflate cu drept de proprietate a fondatorului administrării fiduciare în interesul ultimului pentru remunerare. Administrarea fiduciară include totalitatea funcțiilor, drepturilor și obligațiilor pe care le-ar fi îndeplinit însuși proprietarul bunurilor, inclusiv posibilitatea exploatării bunurilor, folosirii lor în gospodărire sau prin



obținerea de venituri din folosirea lor, prin excluderea utilizării bunurilor. Trebuie de avut în vedere că administratorul fiduciar poartă răspunderea întreținerii bunurilor, menținerii lor în stare corespunzătoare, achitării impozitelor, serviciilor comunale și altor servicii legate nemijlocit de bunurile transmise ș.a.

Conținutul dat al administrării fiduciare a bunurilor este redat în reglementările legale ale capitolului XIV Cod civil.

Este corect și util, în coraport cu instituția dată de drept, folosirea noțiunii “administrarea” bunurilor, deoarece astfel se exprimă esența obligațiilor prin intermediul cărora administratorul fiduciar își realizează independent împuternicirile acordate de către proprietarul bunurilor – fondatorul administrării fiduciare. Posibilitățile administratorului fiduciar de a acționa după propria sa convingere este o trăsătură caracteristică esențială, specifică contractului dat, ce-l deosebește de alte categorii de contracte obligaționale (contractual de mandat, de comision, în care persoana împuternicită își îndeplinește obligațiunile sale în limite mult mai restrânse ale împuternicirilor acordate).

Administratorul fiduciar poate fi limitat în dreptul de dispoziție cu bunurile transmise sau în îndeplinirea anumitor acțiuni legate de administrarea fiduciară a bunurilor de lege sau de contract.

După cum a fost menționat mai sus, administrarea fiduciară a bunurilor este îndeplinită în interesele fondatorului administrării fiduciare sau ale persoanei indicate de acesta (beneficiarul administrării fiduciare). Reieșind din noțiunea de “interes”, are loc delimitarea drepturilor proprietarului bunurilor și administratorului fiduciar, deoarece administratorul fiduciar, acționând conform propriei sale convingeri (la fel ca și proprietarul bunurilor), nu urmărește scopul

satisfacerii propriului său interes.

Din analiza contractului administrării fiduciare a bunurilor reiese că acesta este predestinat de a fi folosit în activitatea comercială. Din aceste considerente, interesul beneficiarului contractului dat este în strânsă legătură cu satisfacerea necesităților sale materiale, obținerea anumitor beneficii. Interesul material, după manifestarea sa, este diferit și depinde de scopul și predestinarea bunului transmis în administrarea fiduciară. Interesul beneficiarului contractului dat constă în obținerea beneficiului maxim, drept rezultat al administrării bunurilor transmise în administrarea fiduciară, în asigurarea integrității și multiplicării lor. Acest interes poate fi modificat în condițiile contractului administrării fiduciare, poate reieși din conținutul contractului, poate fi determinat prin predestinarea bunului transmis în administrare fiduciară. În unele cazuri, interesele fondatorului administrării fiduciare (beneficiarului) nu sînt limitate doar la obținerea de beneficii materiale.

Pentru apariția raporturilor juridice obligaționale, în baza contractului administrării fiduciare, de regulă este suficientă încheierea contractului. Însă în unele cazuri, administrarea fiduciară a bunurilor apare în baza operațiunilor juridice complexe. Din aceste considerente, autorul rus Dozorțev propune a privi contractul administrării fiduciare a bunurilor drept un contract mixt, spre deosebire de contractele încheiate în baza expunerii libere a consimțămîntului [8, p. 545]. Reieșind din clasificarea propusă de autor, la contractele mixte pot fi raportate următoarele categorii de raporturi juridice civile:

În *primul rînd*, contractul care este încheiat nu de proprietarul bunurilor, ci de persoana obligată – în baza unui act juridic – de a găsi un administrator și de a încheia cu acesta un contract. Contractul în

baza unui act imperativ se încheie în interesele proprietarului, în cazurile în care acesta nu este în stare să-și exprime voința sa (lipsa capacității de exercițiu, declararea drept a fi dispărut fără veste) sau în interesele persoanelor terțe (insolvabilitatea).

În *al doilea rînd*, contractul administrării fiduciare a bunurilor aflate în proprietatea statului sau municipală. Astfel de contract se încheie doar în bază de concurs. Însă desfășurarea concursului este precedată de emiterea unui act administrativ referitor la transmiterea bunurilor în administrare fiduciară.

Reieșind din cele expuse, administrarea fiduciară a bunurilor poate fi folosită cu succes în scopul unirii capitalului. În aceste cazuri, câteva persoane – fondatorii administrării fiduciare – transmit proprietățile lor în administrare fiduciară unei persoane ce va folosi aceste bunuri în interesele fondatorilor administrării fiduciare. În special, acționarii minoritari își pot uni acțiunile lor (voturi la adunarea acționarilor), transmitîndu-le în administrare fiduciară unei singure persoane, care va acționa în interesele lor.

Trebuie de menționat că prin transmiterea drepturilor sale de dispoziție față de un anumit bun, proprietarul nu poate dispune de el pe perioada contractului, deoarece va încălca condițiile contractului administrării fiduciare a bunurilor.

**Concluzii.** Instituția administrării fiduciare, fiind o novelă în dreptul național, posedă capacități potențiale în aplicare destul de largi, oferind perspectiva utilizării efective a bunurilor în circuitul civil. La fel, contractul dat poate fi folosit cu succes în scopul unirii capitalului.

Transmițînd drepturilor sale prin prevederile contractului altei persoane, proprietarul le pierde pe perioada contractuală, fiind cu neputință să recurgă la realizarea lor.



Contractul administrării fiduciare reprezintă o categorie separată de contracte, ce se deosebește de contractele de intermediere prin faptul că administratorul fiduciar nu este „intermediar” în cadrul contactului dat, ci un „înlocuitor” al proprietarului bunurilor transmise, prin urmare, contractul are un caracter specific.

### Referințe bibliografice

1. *Codul civil al Republicii Moldova*, Chișinău: Cartier, 2008.
2. Рябов А. А. *Траст в Российском праве*. В: Государство и право, 2006, № 4, с. 43-49.
3. Дозорцев В. А. *Доверительное управление*. В: Вестник Высшего арбитражного суда РФ, № 12, с. 120.
4. Рябов А. А. *Траст в российском праве*. В: Государство и право, 1996, № 9, с. 45.
5. *Legea cu privire la formarea bunurilor imobile*, nr. 354-XV din 28.10.2004.
6. Кряжков А. В. *Доверительное управление имуществом в России: формирование института и сферы применения*. В: Государство и право, 1997, № 3, с. 24; Михеева Л. Ю. *Доверительное управление имуществом в гражданском праве России*. Автореф. дис. ... канд. юрид. Наук, Томск, 1998, с. 14.
7. Дозорцев В. А. *Доверительное управление имуществом*. В: Вестник Высшего арбитражного суда РФ, № 12, с. 120, 124.
8. *Гражданский кодекс Российской Федерации*, часть вторая. Москва, 1996, с. 545.

## IMPLICAȚIILE CORUPȚIEI ȘI CRIMINALITĂȚII ORGANIZATE ASUPRA SECURITĂȚII NAȚIONALE ȘI INTERNAȚIONALE

Florena Esther STERSCHI,  
doctorandă

### SUMMARY

This research paper is based on a thorough analysis of aspects of criminal law aimed at phenomena such as corruption and organized crime and their particulars regarding national and international security. In this scientific research are proposed some concepts and theses that are intended to contribute, to some extent, to understand the implications for national and international security.

**Keywords:** crime, international organizations, corruption, vulnerability, security, organized crime, threat risk.

### REZUMAT

Prezenta lucrare științifică se bazează pe analiza aprofundată a aspectelor de drept penal ce vizează fenomene precum corupția și criminalitatea organizată și particularitățile acestora în ceea ce privește securitatea națională și internațională. În cadrul acestei cercetări științifice sînt propuse unele noțiuni, teze, concepții care sînt menite să contribuie, într-o oarecare măsură, la înțelegerea și implicațiile acestora asupra securității naționale și internaționale.

**Cuvinte-cheie:** criminalitate, organizații internaționale, corupție, vulnerabilitate, securitate, criminalitate organizată, amenințare, risc.

**Introducere.** Corupția este o instituție a dreptului penal aparte, componentă a criminalității organizate, deoarece unele forme ale crimei organizate sînt rezultatul corupției, fiind favorizate și întreținute de aceasta. Totodată, fenomenul corupției, mai ales cea realizată la nivel înalt, reprezintă una dintre formele de manifestare a criminalității organizate, care poate conduce la destabilizarea mediului economic, mediului de afaceri și chiar a populației, generînd implicații majore asupra securității naționale și internaționale. Considerarea corupției și criminalității organizate, în general, ca fiind factori de risc la adresa securității naționale și internaționale se bazează pe lipsa unei reacții ferme din partea tuturor instituțiilor abilitate să concluzeze în acest scop.

De aceea, suntem de părere și susținem opinia conform căreia „edificiile criminale din lumea economiei și finanțelor se con-

struiesc și se dezvoltă, în marea lor majoritate, din interesul și cu sprijinul autorităților statale și al forțelor politice. Corupția ar putea deveni cel mai seducător și mai periculos laitmotiv al epocii moderne” [1, p. 7].

Scopul acestui studiu științific constă în evidențierea și aprofundarea aspectelor de natură să pună în lumină necesitatea abordării corupției și implicit a criminalității organizate, ținînd cont de efectele negative ale acestora asupra securității în general.

**Metode de cercetare științifică utilizate și materiale aplicate.** Prezentul studiu s-a axat pe studierea legislației aplicabile în materie, a doctrinei și a practicii judiciare existente în domeniul supus abordării științifice. În elaborarea acestui studiu au fost utilizate următoarele metode de cercetare: logică, sistemică, juridică și comparativă.

**Rezultate obținute și discuții.** În noua ordine mondială, în care



se prefigurează *puterea*, cea militară își păstrează, în principal, valoarea de element de comparație în relațiile dintre state. Sfârșitul „războiului rece” a adus schimbări semnificative, așa încât puterea militară se bazează în prezent pe dezvoltarea economică și cea tehnologică, care reprezintă principalii factori fără de care aceasta nu se poate manifesta și progresa. Lupta pentru putere este principala orientare a politicii internaționale, care determină inevitabil crize, tensiuni și conflicte între statele care urmăresc atingerea propriilor interese. Amenințările și fizionomia noilor conflicte au determinat și determină remodelarea puterii militare a armatelor lumii, atât din punct de vedere al organizării și structurilor forțelor, cât mai ales al schimbărilor în modul de acțiune tehnică și în mijloacele de luptă.

Securitatea internațională reprezintă o stare de fapt la care contribuie – în mod semnificativ și în scopuri diferite – statele, organizațiile internaționale, precum și alți actori, însă intercondiționarea deciziilor și acțiunilor acestora este din ce în ce mai evidentă și accentuată. Aspectul se datorează fenomenului globalizării, care reduce distanțele, comprimă timpul de așa manieră încât implicațiile și consecințele unor evenimente se manifestă mult mai repede și mai acut decât în trecut.

Globalizarea reprezintă procesul de desfacere a legăturilor tradiționale economice, politice, militare și sociale ale statului, rezultatul însumat al unei multitudini de deliberări, pornind de la cele ale entităților microsociale și ajungând la cele statale sau ale grupurilor transnaționale de interes, pe care le înlocuiește cu o structură organizată pe orizontală, flexibilă și neîngrădită, de genul unei rețele coordonate de o putere supranațională.

Ca urmare a trecerii de la po-

laritatea puterii, specifică „războiului rece”, la multipolaritatea ce se prefigurează și la manifestarea a două tendințe antagoniste (integrare politică și stabilitate în Vest și Nord și dezintegrare politică și turbulență în Est și Sud), cunoașterea modalității în care diverși actori de pe scena politică interacționează și rezultatul acestei interacțiuni asupra securității mondiale este deosebit de importantă pentru înțelegerea producerii anumitor evenimente, pentru asigurarea securității mondiale, regionale și naționale. Într-o lume din ce în ce mai complexă, singurul obiectiv al actorilor implicații în competițiile globale în domenii ca cel economic, politic, informațional îl reprezintă creșterea puterii și îmbunătățirea statutului în ierarhia mondială.

Sistemul relațiilor internaționale de azi și toate evoluțiile ce se înregistrează la nivelurile național, zonal, regional și global se cer a fi analizate mai ales în termeni de putere. Dacă abordăm puterea în contextul relațiilor internaționale, atunci conceptul de putere definește capacitatea unui stat de a influența sau a controla alte state, iar statele care au asemenea abilități sînt numite *puteri*, respectiv *puteri zonale*, *puteri regionale*, *marile puteri*, *superputeri* sau chiar *hiperputeri*. De altfel, Alvin Toffler, în lucrarea sa „Puterea în mișcare”, definea centrul de putere și caracteriza competitorii în procesul de edificare a noului mediu de securitate, ținînd cont de 3 criterii: *potențialul militar*, *capacitățile economico-financiare* și *potențialul tehnico-științific* de care dispun aceștia. Considerăm că la acestea mai trebuie adăugat și *dinamismul*, respectiv capacitatea de a lua decizii oportune și de a le transforma în fapte/acțiuni concrete, cu finalizarea stabilității și cu viziunea evoluțiilor viitoare. Observăm că această competiție, aparent de influențare într-o singură direcție,

respectiv de la cel puternic la cel mai slab, determină motivarea reciprocă a actorilor politici de a-și modifica comportamentele și acțiunile. Relațiile de putere nu pot fi reduse la un anumit model în care un câștig al unui actor politic duce la pierderea echivalentă pentru celălalt actor politic.

**Puterea** este o relație asimetrică între indivizi, grupuri, organizații, state etc., exercitarea ei fiind strîns legată de distribuția ilegală a resurselor. Acesta este și motivul pentru care unii analiști politici, cînd fac o evaluare a puterii pentru a determina și a compara statele, utilizează frecvent *ierarhizarea în funcție de potențialul de putere* ce derivă din mai multe surse: geografică, demografică, economică, militară – așa-zisa **putere potențială**. Puterea mai poate avea la bază și alte surse: *naturale* (dispunerea pe glob, ieșirea la mare, natura granițelor etc.), *sociopsihologice* (populație, imaginea de sine, nivelul de socializare a politicii, organizarea politică etc.) și *sintetice* (capacitatea statului de a-și folosi resursele industriale, financiare, tehnice, militare etc.).

În schimb, **puterea reală** reprezintă exercitarea efectivă a coerciției și depinde, alături de resursele expuse mai sus, de voința populației și de calitatea leadershipului, de organizarea internă, de infrastructura statului, de obiectivele și strategiile stabilite în acest scop.

În prezent se vorbește tot mai mult de **puterea soft** (soft power) și **puterea hard** (hard power), exercitîndu-se mai mult prin persuasiunea sau atragerea celui slab către un anumit model și mai puțin prin coerciție. Puterea hard se constituie mai ales din mijloace militare și economice, prin care un actor își impune voința asupra altui actor. Ele se întrepătrund, așa încât combinarea mijloacelor soft cu cele hard contribuie la eficientizarea și atingerea scopului dorit.

Prin urmare, conceptul de pu-



tere trebuie analizat și abordat sub toate dimensiunile sale de manifestare: politică, economică, militară, tehnologico-informațională, umană și culturală. Dintre componentele enunțate mai sus, *puterea militară* este considerată, în accepțiunea noastră, deosebit de importantă, deoarece lumea a intrat într-o nouă fază de evoluție, marcată de coexistența și confruntarea unor tendințe pozitive majore care generează riscuri și amenințări. În prezent există mai multe modalități de abordare și soluționare a multor probleme cu care se confruntă lumea de azi, izvorâte din relațiile internaționale, dezvoltate de-a lungul timpului.

**Organizațiile internaționale** reprezintă instrumentul cu un rol primordial în stabilirea și asigurarea ordinii internaționale în secolul XXI. Cu alte cuvinte, Organizația Națiunilor Unite (ONU) a fost creată să instituie legea și ordinea într-un sistem statal modern, să mențină ordinea stabilită. Proliferarea armelor de distrugere în masă nu este doar o amenințare la adresa unuia sau altuia dintre state, ci la adresa întregului sistem de relații interstatale. Principiul primordial al activității organizațiilor internaționale cu vocație de securitate este acela al *securității colective*, care, prin contrast cu echilibrul de putere, solicită fiecărui stat să-și asume responsabilitatea pentru asigurarea securității tuturor celorlalte țări.

**Integrarea politică** are un rol important în creșterea stabilității regionale, astfel încât statele să-și rezolve problemele fără utilizarea forței militare. Un exemplu elocvent s-a dovedit în acest sens Uniunea Europeană (UE), care asigură dezvoltarea unei comunități integrate din punct de vedere economic, dar și politic. UE este cel mai evoluat produs al unui sistem politic, mai degrabă **transnațional** decât supranațional. Aduce securitate prin transparență, iar

transparența duce la interdependență. Statele-membre ale UE sînt nevoite să coopereze nu numai din punct de vedere economic și financiar, dar și în problemele de politică externă, de securitate etc.

**Democratizarea** este principiul conform căruia guvernele, fie ele democratice sau autoritare, trebuie să răspundă în mod solidar la amenințările la adresa securității. Efortul depus de democrațiile occidentale de a lărgi și a extinde propria comunitate (de exemplu, NATO și UE) poate duce la o transformare majoră în politica mondială, cu condiția de a se realiza politica de rezolvare a conflictelor potențiale și existente prin compromis, negociere, mediere, arbitraj, adică prin mijloace pașnice. Viitorul relațiilor și al securității internaționale este văzut de mulți politicieni și analiști politici ca o competiție între capacitatea statelor de a-și concentra forțele în cadrul eforturilor de cooperare bilaterale și multilaterale.

**Vulnerabilități la adresa securității naționale și internaționale.** Secolul XXI înseamnă pentru omenire nu numai începerea unei noi ere de accelerare a procesului de globalizare, a revoluției tehnologice, dar și de exacerbare a manifestărilor care se împotrivesc evoluției tehnologice și fenomenului de globalizare. Această perioadă este, de asemenea, caracterizată de impactul revoluției informațional-tehnologice asupra componentelor principale ale existenței sociale, impact imprezizibil în planul perfecționării instrumentelor necesare alimentării unui război; de competiție pentru afirmarea și consolidarea noilor centre de putere, cu rezultate geopolitice și geostrategice decisive în determinarea unei noi ordini internaționale.

Nu putem să nu recunoaștem că toate evenimentele din ultimele decenii au determinat unele acțiuni certe asupra securității statelor

și implicit proliferarea asimetrică a amenințării și a riscurilor la adresa securității acestora. Delimitările conceptuale dintre starea și condiția securității naționale și apărarea națională sînt fără echivoc, după cum la fel de clare sînt zonele comune de afirmare a intereselor naționale, apărarea națională constituind domeniul cel mai expus al securității naționale în perioadele în care riscurile, provocările și amenințările sînt potențate la maxim. Într-o primă abordare și prezentare logică, riscurile și amenințările din mediul internațional asupra securității naționale a României sînt, în cea mai mare măsură, riscuri și amenințări la adresa apărării naționale. Factorii de risc constau în acele elemente, situații sau condiții, interne sau externe, care pot afecta prin natura lor securitatea statului, generînd efecte contrare sau de atingere a intereselor noastre fundamentale.

**Criminalitatea organizată.** Lumea și, implicit, România traversează o perioadă în care, la marile flageluri sociale cunoscute – sărăcia, corupția, șomajul, drogurile – se adaugă terorismul, crima organizată etc. Toți acești factori se conjugă cu cei particulari ai unei țări sau ai unei regiuni, amplificînd mai mult sau mai puțin vulnerabilitatea socială și costurile criminalității. Prin urmare, prevenirea și combaterea acestui flagel devine un imperativ actual pentru România, în care obiectivele principale sînt ordinea socială, consolidarea mecanismelor de respectare și aplicare a legilor, formarea și solidarizarea populației la acțiunile preventive, supravegherea și evaluarea riscurilor în timp și spațiu.

În opinia noastră, activitățile ce compun crima organizată au un caracter secret și bine structurat, din care cauză au un impact social deosebit de negativ, în multe state, secătuiind puterea societății, amenință integritatea guvernelor,



determină creșterea taxelor care se adaugă la prețul mărfurilor, periclitează siguranța și locurile de muncă ale cetățenilor, aduce daune agenților economici aflați în competiție, controlează prin forța banilor syndicatele, în final realizând o puternică influență în sferele economică, socială și mai ales în cea politică. În accepțiunea noastră, criminalitatea organizată se caracterizează prin: stabilitate în cadrul asociației infracționale; anumită structură internă și diviziune a rolurilor între membrii asociației; continuitate și sistematizare a activității infracționale. Scopul principal al asocierii infracționale este de a obține unele câștiguri importante, activitatea infracțională să fie profesionalizată, intensificarea luptei, a disputelor directe între grupurile organizate, nivelul înalt de profesionalizare, precum și de internaționalizare.

*Nivelul înalt de profesionalizare* a grupărilor criminale, care au adoptat și au perfecționat principiile de organizare și regulile de acțiune ale structurilor de tip mafiot, se manifestă prin tendințe de intelectualizare a grupărilor criminale prin absorbția în interiorul acestora de persoane cu funcții oficiale în domeniul finanțelor, comerțului, băncilor, administrației, justiției, dar și a unor renumiți avocați, experți și tehnicieni în domeniile comunicațiilor și logisticii.

*Internaționalizarea*, adică afacerile ilegale de amploare – contrabanda, evaziunea fiscală, traficul de armament, de droguri, de materiale radioactive, taxa de protecție și “recuperările de debite” – nu se pot derula și finaliza fără realizarea unui parteneriat între infractorii autohtoni și cei care acționează pe teritoriul altor state.

Consolidarea fuziunii dintre grupurile criminale și lumea politică se manifestă în prezent prin tendința de “folosire a funcției publice” pentru realizarea afacerilor, în spatele sau pe spatele căreia se

desfășoară afacerile. Dincolo de formele de criminalitate prezentate mai sus, considerăm ca fiind relevantă și **criminalitatea afacerilor** în România, care reprezintă un domeniu mai puțin investigat, în comparație cu criminalitatea domestică, care afectează interesele imediate și valorile fundamentale ale omului sau ale comunităților umane (viața, sănătatea, proprietatea privată, ordinea și liniștea publică, mediul înconjurător etc.). Criminalitatea afacerilor există pretutindeni, iar ceea ce se descoperă, se cercetează și se finalizează în justiție reprezintă o parte din infracțiunile prin care se aduc prejudicii economice și financiare cetățenilor și societății. Studiile au arătat că, pînă în prezent, nicio societate nu a reușit să elaboreze metode și mijloace de prevenire și combatere apte să contribuie la constatarea și la sancționarea tuturor infracțiunilor care se comit în domeniul economico-financiar.

S-a observat manifestarea unei atitudini timide din partea autorităților față de abordarea frontală a activităților criminale organizate în domeniile cele mai sensibile ale economiei (bănci, finanțe, asigurări etc.), dar și în privința celor aducătoare de venituri ilegale de anvergură (contrabandă, evaziune fiscală, trafic de droguri, trafic de ființe umane, spălarea banilor etc.). Considerăm că doar prin orientarea spre misiuni concrete, sistemul va putea să răspundă actualei situații de criză, asigurând autonomia subsistemelor componente, astfel încît acestea să poată deveni operaționale și să reacționeze în funcție de natura și amploarea crizei. Se poate afirma că România, ca oricare altă țară, se confruntă cu o diversitate a criminalității organizate, respectiv traficul de persoane, de droguri, corupția, criminalitatea informatică, spălarea banilor proveniți din aceste activități ilicite etc.

Dintre formele de manifestare

ale criminalității organizate, ne vom opri asupra uneia dintre acestea – **corupția** și, fără să greșim, urmînd calea logico-tehnică a faptelor de corupție și raliindu-ne la doctrina juridică în materie, apreciem că **trăsăturile principale ale corupției** sînt: actele de corupție trebuie să fie sprijinite de normele interne ce caracterizează cultura organizațională a agenției respective de control social; aceste acte de corupție trebuie să fie legitimate și justificate, fiecărui nou membru care vine în cadrul organizației, printr-un proces de socializare în cadrul căruia noii membri învață normele, valorile și codurile de conduită specifice culturii organizaționale respective. Asemenea acte trebuie să fie sprijinite de către membrii care lucrează și îndeplinesc în mod efectiv, scopurile organizației. Aceleași acte de abuz și corupție trebuie să fie sprijinite, în același timp, de către „coalitia” administrativă dominantă a organizației respective.

Corupția încorporează patru **caracteristici majore**:

- a) abuzul de putere
- b) avantajele rezultante afiș pentru participanții activi, cît și pentru cei pasivi
- c) efecte indezirabile asupra terților
- d) secretul tranzacției.

În raport cu cele prezentate anterior, două precizări mai sînt necesare, și anume: nu toate afacerile sînt susceptibile de practica corupției. Realitatea socială a demonstrat că firmele de construcții, care sînt specializate în infrastructură, sau alte firme implicate în proiecte la scară largă sînt cele mai vulnerabile, mai ales atunci cînd decizia apasă pe umerii unui număr restrîns de oameni. Licitațiile organizate de instituțiile statului și/sau de cele aflate sub autoritatea acestuia în care lucrările/serviciile licitate au valori foarte mari constituie o sursă puternică de corupție.



**Corupția din perspectiva sociologică.** Fenomenul de corupție include ansamblul de activități imorale, ilicite și ilegale, realizate de diverse grupuri și organizații (publice și private) și de diverși indivizi cu funcții de conducere sau care exercită un rol public, în scopul obținerii unor avantaje materiale sau morale sau a unui statut social superior, prin utilizarea unor forme de constrângere, șantaj, mituire, cumpărare, influență, intimidare etc.

**Corupția din punct de vedere al structurii organizatorice.** Faptele de corupție urmează, din punct de vedere organizatoric, o „schemă logică” prestabilită, cunoscută de făptuitorii „specializați”. Aceeași schemă este urmărită și de reprezentanții legii atunci când urmăresc un caz de corupție și încearcă să încadreze faptele fiecărui participant la actul de corupție investigat.

Astfel, putem spune că elementele definitorii în analiza unei fapte de corupție sînt:

- *corupătorul* – funcție deținută de o persoană care mituiește, cumpără, intimidează, negociază cu organele de poliție, justiție, administrație, funcționari publici;

- *coruptul* – o persoană din domeniile public, politic, financiar, bancar etc. care poate fi mituit în favoarea organizației;

- *planificatorul*;

- *executantul*;

- *departamentul de planificare* a activităților criminale (autor al strategiei);

- *departamentul afacerilor publice* (corupt – corupător);

- *departamentul de acoperire* (comerț sau industrie).

**Forme de corupție.** „Practica” deceniilor trecute din întreaga lume, precum și cea actuală a identificat cîteva modele teoretice principale ale corupției:

- modelul participativ sau al cooptării subiecților, asupra căror se exercită controlul social, la

elaborarea politicii de decizie a agenției de control social respective. Odată „cooptați” în agenția de control social, subiecții în cauză pot schimba scopurile formale ale organizației (agenției), făcînd-o să adopte scopuri deviate;

- modelul „capturării” agențiilor de control social în beneficiul unor utilizatori sau exploatatori externi;

- modelul „dominației” exercitate de exploatatorii interni ai resurselor agențiilor de control social. Acest model se referă la coaliția administrativă dominantă a agenției de control social, care dirijează în interes propriu activitatea instituției și care profită de orice încălcare a scopurilor acesteia, pentru a obține beneficii personale.

**Ipotezele** principale apariției fenomenului de corupție au fost identificate în timp din multe asemenea fapte care au fost supuse investigării de către organele judiciare. Ele sintetizează la nivel general acele situații din viața de zi cu zi care constituie cauza generatoare a faptelor de corupție, indiferent de amploarea sau de domeniul în care se manifestă, și sînt:

- Cu cît agențiile de control social depind în măsură mai mare de subiecții pe care-i controlează în realizarea scopurilor lor formale legitime, cu atît este mai probabilă apariția fenomenului de corupție, prin cooptarea acestor subiecți;

- Cu cît sînt mai controlate și manipulate din afară deciziile agenției, cu atît este mai probabilă apariția corupției, mai ales prin intermediul capturării resurselor acestei agenții de utilizatori externi, în interes propriu;

- Cu cît sînt mai protejate agențiile de control social de influențele din afară, cu atît este mai probabil să apară fenomenul de corupție, prin intermediul dominației interne exercitate de către factorii de conducere care vînd în

interes propriu resursele de control ale agenției.

Față de caracteristicile detaliate ale corupției mici și mari, mai sus prezentate, se pot identifica trei **criterii de diferențiere** precum:

- 1) poziția pe care o ocupă făptuitorul/suspectul/inculpatul;

- 2) modul de constituire a grupului infracțional;

- 3) modul de participare la săvîrșirea faptelor penale care fac obiectul infracțiunilor de corupție.

Marea corupție este *corupția politică* sau *de nivel înalt*, care se întîlnește la nivelul organelor de conducere ale statului, cele ce alcătuiesc politicile, strategiile, legile etc. Ele utilizează poziția oficială pentru propria bunăstare (de exemplu, emiterea unui act normativ pentru scutirea taxelor de import pe termen de 24 de ore a unor anumite bunuri de către unele societăți cu care poliicienii sînt în relații sau se manipulează procesele de privatizare), ori pentru a-și îmbunătăți statutul sau propria putere (cumpărarea locului la alegeri, cumpărarea voturilor etc.). Mica corupție este *corupția birocratică* sau *administrativă*, care se întîlnește la nivelul administrației publice, datoare să aplice politicile și legile create de legislativ. Se întîlnește zi de zi, acolo unde cetățeanul are contact direct cu oficialii. Sumele variază, dar de regulă acestea sînt de o valoare redusă, fiind specifică țărilor aflate în tranziție.

Corupția este un fenomen social care, cel puțin în România actuală, a luat o amploare îngrijorătoare, sens în care putem spune că sîntem în fața unei probleme sociale care se caracterizează prin:

- existența unei incongruențe între ceea ce sînt indivizii și ceea ce ar trebui să fie (între situația socială existentă la un moment dat și normele sociale);

- consecința nedorită, neanticipată și indirectă a modelelor



intituționalizate ale comportamentului social (aceeași structură socială, normativă și culturală, care determină comportamentul conformist, poate genera tendințe surprinzătoare și imprevizibile ale comportamentului deviant și delinvent);

- fiecare structură socială generează probleme sociale specifice în funcție de trăsăturile, valorile și interesele ei diferite de ale altele;

- eforturile pentru rezolvarea unei probleme sociale generează, adeseori, alte probleme și, în consecință, soluțiile și măsurile sînt dificil de concretizat în politici sociale efective și eficiente.

Limitarea sau stoparea totală a fenomenului de corupție este considerată utopică, însă în principiu considerăm că se poate realiza prin mecanismul costurilor, prin ridicarea gradului de cultură civică al populației și al funcționarilor, prin stabilirea unor sancțiuni care să asigure scopul coercitiv al pedepsei pentru toate faptele care se încadrează în categoria celor de corupție. Recomandările organismelor internaționale în privința luptei împotriva corupției s-au referit la crearea de *servicii specializate*. Fenomenul nu poate fi eradicat și stopat decît cu ajutorul unor *servicii specializate dotate cu resurse umane calificate și cu mijloace adecvate* care să investigheze, să centralizeze datele privind evoluția acestuia, în raport de care să fie formulate modificări legislative necesare. Lupta împotriva corupției desfășurată de marea majoritate a țărilor și de toate organizațiile internaționale este menită să suprimă orice piedică în dezvoltarea mondială a activității economice. În acest sens, există convenții, recomandări care au fost semnate, ratificate și puse în practică. Fiecare țară dezvoltă propria sa organizare ce respectă în același timp constrîngerile externe impuse de organismele internaționale și constrîngerile naționale,

legate de nivelul de dezvoltare și de modurile de viață.

**Concluzii.** Corupția face parte și este o componentă a criminalității organizate, întrucît marile fenomene ale crimei organizate sînt favorizate și întreținute de corupție. De asemenea, corupția nu trebuie extrasă din *fenomenul globalizat al criminalității* și nu trebuie tratată diferențiat față de celelalte fenomene, întrucît este acel flagel care desăvîrșește formele de manifestare ale criminalității organizate, pe care le alimentează și le consolidează. Corupția afectează din punct de vedere economic mediul de afaceri și populația, avînd impact destabilizator asupra *democrației* și a *securității naționale și internaționale*. Apreciem că prin consolidarea unui mediu de afaceri privat sănătos și competitiv se poate crea una dintre cele mai eficiente arme împotriva corupției.

Globalizarea în plan economic și politic are efecte secundare negative, oferind destule șanse manifestării fenomenului corupției și dezvoltării economiei subterane. O astfel de situație este o sursă de amenințare la adresa ordinii publice și siguranței naționale și internaționale, deoarece afectează securitatea economică a cetățeanului, anulîndu-i dreptul de a participa cu șanse egale la rezolvarea problemelor comunității, îl determină să-și piardă încrederea în instituțiile statului, așa încît nemulțumirile se vor transforma în acțiuni asupra ordinii publice, care pot îmbrăca diferite forme.

Amploarea corupției este direct proporțională cu amploarea economiei subterane, pentru că ele se intercondiționează reciproc, alimentîndu-se și tinzînd spre limite absurde. Baniile proveniți din economia subterană sînt folosiți pentru activități coruptive, iar afacerile sînt acoperite prin „corupție”. Opinăm că în prezent fenomenul corupției a depășit stadiul de a

mai fi considerat o vulnerabilitate în situația internă, corupția reprezintă **un risc la adresa siguranței și securității naționale**, fapt demonstrat de amploarea ei, această realitate nocivă fiind reflectată în reacțiile oficiale, în legislație și mai ales în percepția publică.

În lupta împotriva corupției, atenția statului continuă să se concentreze în general pe **adoptarea legislației** de modificare a cadrului instituțional. Un pas important, menit să contribuie la o bună înfăptuire a justiției, a fost adoptarea și publicarea în Monitorul Oficial a NOILOR CODURI intrate deja în vigoare. Cu toate acestea, continuă să existe motive serioase de îngrijorare în ceea ce privește **implementarea efectivă** a legislației existente care guvernează lupta împotriva corupției, fiind nevoie de acțiuni imediate care să crească capacitatea României de a lupta efectiv împotriva corupției și de a imprima eficiență urmării penale efectuate în cauzele importante de corupție de nivel înalt.

Principala consecință a considerării corupției ca reprezentînd un risc la adresa securității naționale o reprezintă **necesitatea unei reacții tot mai ferme** din partea tuturor forțelor sociale, dar mai ales, credem noi, din partea instituțiilor chemate să asigure securitatea națională. Totodată, considerarea corupției ca factor de risc s-ar putea reflecta în conținutul celorlalte acte normative ce vizează apărarea și siguranța națională și ar eficientiza măsurile dispuse, pentru a contracara alți factori de risc la adresa securității naționale. O astfel de soluție ar duce la creșterea rolului instituțiilor abilitate cu prevenirea și combaterea corupției, precum și al cetățenilor. În caz contrar, corupția va deveni o amenințare la adresa securității naționale, cu urmări negative pe termen scurt și mediu, sens în care România, ca țară-membră a Uniunii Europene, își poate pierde cre-



dibilitatea în special sub aspectul **capacității de a utiliza pe deplin și efectiv fondurile Uniunii Europene** și de a proteja interesele financiare ale Comunității Europene împotriva fraudei și corupției. Totodată, există riscul că vor crește costurile sociale, va scădea nivelul de trai al populației, iar mecanismele administrative, juridice și economice vor fi grav afectate. Amintim în acest context că toate aceste aspecte au loc și pe fondul crizei financiare cu care ne confruntăm de cel puțin patru ani, ceea ce contribuie la înrăutățirea situației.

Considerarea corupției ca factor de risc la adresa securității naționale ar avea rezultate directe pentru propunerile făcute de Consiliul Suprem de Apărare a Țării pentru prevenirea și combaterea corupției, introducerea faptelor de corupție în planurile generale de căutare a informațiilor, prezentate de instituțiile și structurile cu atribuții în domeniul siguranței naționale; pentru cuantumul și structura alocațiilor bugetare și a cheltuielilor operative destinate luptei anticorupție. Totodată, o asemenea abordare ar permite ca pentru combaterea fenomenului corupției să poată fi folosite, în condiții strict determinate, mijloace și metode specifice realizării siguranței naționale.

În scopul descurajării persoanelor susceptibile de a comite acte de corupție, formulăm câteva **propuneri de lege ferenda**:

- **Confiscarea tuturor bunurilor dobândite ca urmare a comiterii unor astfel de infracțiuni.** Este de preferat să se recupereze cât mai repede prejudiciul cauzat prin savârșirea infracțiunilor de corupție, prin utilizarea tuturor căilor legale, înainte ca acestea să fie înstrăinate sau identificate unele impedimente în realizarea acestei proceduri.

- **Sporirea competențelor poliției judiciare** de a efectua urmărirea

penală în infracțiunile de corupție, cu atât mai mult cu cât, potrivit dispozițiilor Legii nr. 218/2002 privind organizarea și funcționarea Poliției Române, cu modificările și completările ulterioare (art. 26 alin.1 pct. 7), se precizează că Poliția Română are ca atribuție principală realizarea de activități de prevenire și combatere a corupției, a criminalității afacerilor, a celei transfrontaliere, a infracțiunilor în domeniul informaticii și al crimei organizate.

- **Întărirea poziției și a rolului Curții de Conturi a României**, ca instituție supremă de control financiar al statului și sectorului public, care funcționează pe lângă Parlamentul României. Opinăm că ar fi necesară o implicare mai mare a acestui organism în efectuarea controalelor simultane asupra persoanelor juridice și fizice care au relații cu un partid sau altul.

- Nu trebuie neglijat, în accepțiunea noastră, nici **rolul deosebit de important pe care-l are societatea civilă** în acțiunile de prevenire și combatere a corupției, prin informarea cu privire la costurile, cauzele și consecințele corupției.

- Un rol important îl au și **organizațiile neguvernamentale**, care trebuie să contribuie la elaborarea unor campanii permanente de conștientizare de către opinia publică a pericolului reprezentat de corupție prin formularea de propuneri concrete privind prevenirea și combaterea acestui fenomen, utilizarea sondajelor de opinie privind evaluările-diagnostic referitoare la evoluția acesteia.

#### Referințe bibliografice

1. C. Voicu. *Criminalitatea afacerilor*. București: Inspectoratul General al Poliției, 1997.
2. *Strategia de securitate națională a României*. București, 2007. Site-ul [presidency.ro/?\\_RID=ssnr&exp3=strat](http://presidency.ro/?_RID=ssnr&exp3=strat)
3. *Strategia Națională anti-drog România 2005–2012*, elaborată de Agenția Națională Antidrog, aprobată prin Hotărârea Guvernului nr. 73 din

27 ianuarie 2005, publicată în Monitorul Oficial nr. 112 din 03 februarie 2005.

4. Mircea Ștefan. *Mediu și securitate*. În: Rev. INTELLIGENCE, nr. 14, decembrie 2008 – februarie 2009, p. 20-22.

5. *Codul penal al României*. Legea nr. 15/1968, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 65 din 16 aprilie 1997, cu modificările și completările ulterioare, publicate în MO al României, Partea I, până la 26 octombrie 2010.

6. *Legea nr. 218/2002 privind organizarea și funcționarea Poliției Române*, publicată în Monitorul Oficial nr. 305 din 9 mai 2002, cu modificările și completările ulterioare, publicate în MO al României, Partea I, până la 7 aprilie 2009.

7. *Legea nr. 39 din 21 ianuarie 2003 privind prevenirea și combaterea criminalității organizate*, publicată în MO nr. 50 din 29 ianuarie 2003, cu modificările și completările ulterioare, publicate în MO al României, Partea I, până la 23 iunie 2010.

8. Horia Diaconescu. *Infracțiunile de corupție și cele asimilate sau în legătură cu acestea*. București: Ed. ALL BECK, 2004.

9. Dan Banciu. *Crima și criminalitatea; repere și abordări juri-sociologice*. București: Ed. Lumina Lex, 2005.

10. Veaceslav Untilă. *Crima organizată: STOP*. Chișinău: Ed. Museum, 2000.

11. Gheorghe Mocuța. *Criminalitatea organizată și spălarea banilor*. Ed. Noul Orfeu, 2004.

12. Nicoleta Cristuș. *Evaziunea fiscală și spălarea banilor*. Practică judiciară. Ed. Hamangiu, 2006.

13. Gheorghe Florian. *Prevenirea criminalității. Teorie și practică*. București: Ed. Oscar Print, 2005.

14. Edmondo Bruto Liberati. *O abordare comparativă a practicilor și normelor de condamnare a infracțiunilor de corupție: Franța, Germania, Ungaria, Irlanda, Marea Britanie și Statele Unite*. În: Revista de Doctrină și Jurisprudență, 2007, nr. 2, ed. de Parchetul pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, p. 81–89.

15. Igor Ciobanu. *Criminalitatea organizată la nivel transnațional și unele forme de manifestare în Republica Moldova*. Chișinău: Ed. Museum, 2001.

16. Mihai Bîrgău, Viaceslav Ursu. *Criminalitatea organizată: aspecte criminologice și juridico-penale*. Studiu



## ПРОБЛЕМА ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРИРОДЫ ИЛИ СУЩНОСТИ ВЕЩНОГО (ИМУЩЕСТВЕННОГО) ПРАВА КАК ОБЪЕКТ ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА

Алексей КУРТЬ,  
докторант Института истории, государства и права АНМ

### SUMMARY

In this article, the author, in the light of the works of the classics of Russian and Romanian civilistiki, as well as modern doctrine makes a theoretical analysis of the problem of the legal nature of the entity and the Institute of property law. At the end of the study based on researched material, the author suggests that the Moldovan legislator in art.285 the Civil Code of the Republic of Moldova has supplemented part three, the definition of property rights or revealed that means specifically for property rights.

**Keywords:** property, property right, thing, the asset and liability items subject.

\*\*\*

В настоящей статье автор, в свете работ классиков русской и румынской цивилистики, а также современной доктрины делает теоретический анализ проблемы юридической природы и сущности института имущественного права. В конце исследования, основываясь на исследованной материале, автор предлагает, чтобы молдавский законодатель в ст. 285 ГК РМ дополнил часть третью определением понятия имущественных прав, либо выявил, что подразумевается конкретно под имущественными правами.

**Ключевые слова:** имущество, имущественное право, вещь, актив и пассив имущества субъекта.

Седьмой пилон Стратегии реформы сектора юстиции на 2011-2016 годы, в редакции Постановления Правительства РМ № 6 от 16.02.2012 об утверждении Плана действий по реализации Стратегии реформы сектора юстиции - хорошо согласованный, управляемый и ответственный сектор юстиции, предусматривает в качестве специфической задачи согласование, установление и разграничение полномочий и ответственности главных субъектов сектора юстиции, обеспечение межсекторального диалога. Стратегическое направление под номером 7.2 данного пилона, названное гармонизация институциональной и правовой базы сектора юстиции с европейскими стандартами, предусматривает специальную меру 7.2.2. - Улучшение процесса законотворчества с целью обеспечения стабильности, предсказуемости и четкости законодательства, которая устанавливает такие конкретные мероприятия как: осуществление исследований и формулировка рекомендации, разработка и принятие проектов изменения

нормативной базы, внедрение на деле анализа *ex ante*.

**Постановка проблемы.** В настоящей статье мы постараемся дать теоретический анализ проблемы юридической природы или сущности такого явления как *имущественного права*.

**Актуальность темы.** В цивилистической науке до сих пор нет единства мнений по вопросу о том, может ли имущественное право быть самостоятельным, полноценным объектом. Гражданский кодекс Республики Молдова впервые дал понятие имущества. Однако, что касается понятия имущественного права и его юридической природы или его сущности, данный законодательный акт умалчивает. И это понятно, потому что в указанной сфере в доктрине еще не сложилось какого-либо единосистемного подхода к регулированию данного института.

**Целью статьи** является теоретическое исследование института имущественного права в свете работ классиков цивилистики, а также современной доктрины.

**Изложение основных положений.** В соответствии со ст. 284

Гражданского кодекса Республики Молдова (далее ГК РМ) - *Понятие имущества* - имуществом признается совокупность принадлежащих определенным физическим и юридическим лицам имущественных прав и обязанностей (поддающихся оценке в денежном выражении), рассматриваемых как сумма активных и пассивных ценностей, тесно связанных между собой. Кроме этого конкретизируется, что все вещи физического или юридического лица входят в состав его имущества. Ст. 285 ГК РМ - *Вещи* - указывает на имущественные права, которые наряду с предметами, т.е. материальными объектами, относятся к вещам, т.е. имуществу. Статья 286 ГК РМ - *Гражданский оборот вещей* - указывает на то, что вещи, (т.е. и *имущественные права*) могут находиться в свободном обороте, за исключением случаев, когда их оборот ограничен или запрещен законом.

Таким образом, можно констатировать, что имеется определенная нормативная база, обеспечивающая оборот имущественных прав. Тем не менее,



следует отметить, что в указанной сфере еще не сложилось какого-либо единого подхода к регулированию этих объектов, начиная с понимания юридической природы имущественных прав и заканчивая их оборотом.

Одной из первых проблем можно назвать проблему юридической природы или сущности *имущественного права*. Сразу отметим, что гражданское законодательство Молдовы (в ст.285 ГК) не содержит определения этого явления. Поэтому для понимания данного вопроса необходимо обратиться к доктрине.

Что касается доктрины, то, думается, можно обратиться к теории права для выяснения того, что же понимается под имущественным правом. В первую очередь, обращает на себя внимание конструкция правоотношения, элементами которого выступают субъекты, объекты и содержание (или совокупность субъективных прав и юридических обязанностей). Это значит, что любое субъективное право (разновидностью которого является и субъективное имущественное право), прежде всего, является элементом содержания правоотношения. В этом качестве субъективное право традиционно понимается как мера возможного поведения управомоченного лица [1, с. 114]. При этом само по себе субъективное право имеет сложную структуру, состоит из определенных правомочий. В зависимости от конкретной разновидности субъективных прав принято выделять три правомочия (иногда их называют правами): *право на собственные действия, право требования и право притязания*. Причем отмечается, что право требования - это правомочие на чужие действия (в отличие от права на собственные действия), кроме того, правомочие требования напрямую увязывается с юридической обязанностью. Эти правомочия в разной совокупности имеются как в относительных, так и в абсолютных правах.

В гражданском праве наряду с термином «имущественное право» используется и термин «право (требование)». Возникает вопрос, в каком соотношении находятся эти категории. Исходя из общей теории права, можно заключить, что второе является элементом первого. Более того, право требования и корреспондирующая ему юридическая обязанность как раз и создают связь между субъектами правоотношения [1, с. 114, 119]. Кроме того, в ряде правоотношений правомочие требования является центральным элементом самого субъективного права, т.к. из указанного правомочия вытекают все другие. В этом смысле можно согласиться с мнением доктора юридических наук Чеговадзе Людмилы Алексеевны о том, что «право кредитора существует не само по себе, а относительно требования» [2, с. 71]. Несмотря на то, что, казалось бы, право и требование - лишь частично совпадающие категории, всё-таки гражданское право использует их как однопорядковые категории. Имущественное право именно потому может рассматриваться в качестве объекта наряду с вещами, другим имуществом и прочими объектами гражданских прав, что правомочие требования является носителем функции распоряжения чужим поведением, т.е. кредитор может распоряжаться чужими действиями должника как своими, как объектом своего права [3, с. 70].

Думается, что термин «*имущественное право*» имеет двойной смысл, а потому следует отличать субъективное право как составную часть правоотношения, как элемент содержания правоотношения, с одной стороны, а с другой - непосредственно имущественное право (право требования) как объект гражданского права, как объект правоотношения.

Таким образом, понятие имущественного права касается не

только содержания правоотношения, но и его объекта.

Вторая проблема касается объекта самого субъективного права. Заметим, что ситуация осложняется тем, что вопрос об объекте правоотношения является в науке гражданского права, а также в теории права довольно спорным. До сих пор единого подхода выработано не было, несмотря на то, что по поводу понятия объекта гражданского правоотношения было предложено достаточно много определений. Тем не менее, высказанные мнения можно разделить на две группы: первые основаны на монистических концепциях, а вторые - на плюралистических [4, с. 62]. Последователи первого подхода в качестве объекта предлагают рассматривать конкретное благо - вещь или действие, в то время как сторонники второго подхода - совокупность тех или иных благ. При этом, отметим, что даже в рамках одного подхода имеются различия в трактовке самого объекта. Применительно к тезису о том, что имущественное право имеет двойственную сущность - как структурный элемент содержания правоотношения и как объект правоотношения, необходимо отметить, что в цивилистической науке до сих пор нет единства мнений по вопросу о том, может ли имущественное право быть самостоятельным, полноценным объектом. Проблема связана с разрешением коллизии о том, может ли содержание правоотношения одновременно быть его объектом. По данному поводу существуют две точки зрения. Согласно одной из них субъективные права (имущественные права по терминологии ГК РМ) не могут быть объектами других прав [6, с. 17]. Этот подход наиболее детально разработан в работе В. А. Белова «Сингулярное правопреемство в обязательстве». В качестве доводов В. А. Белов считает, что содержание правоотношения не



может быть объектом хотя бы и другого правоотношения. Кроме того, любое право всегда принадлежит конкретному субъекту - кредитору или управомоченному лицу. Для функционирования в качестве объектов оборота имущественные права должны отделиться от их носителя. Но бессубъектных прав не существует. А, например, «передача права предполагает наличие хотя бы и бесконечно малого по продолжительности момента времени, когда одно лицо право уже передало, а другое еще не приняло» [6, с. 19]. А значит, невозможна и передача прав. Ну и еще один аргумент сторонников данной позиции - признание права объектом влечет возникновение конструкций «право на право», в частности, становится возможным получить право собственности на права (например, применительно к Молдове ст. от 753, 800 ГК РМ), а такие конструкции только усложняют аппарат гражданского права. Таким образом, заключают представители данной точки зрения, *имущественные права не должны быть объектом гражданского права*, ни в составе более общей категории «имущество», ни в качестве особого объекта гражданских прав.

Того же мнения придерживаются и другие ученые, правда, с несколько иной аргументацией. Так, в частности, доктор юридических наук К. Скловский отмечает, что право - это идеальный феномен, который не может передаваться именно в силу своей идеальности. Термин «передача» свойствен вещам, предметам материального мира. Право же моментально возникает и прекращается. Поскольку право - явление идеального свойства, то и нет никаких временных промежутков между его прекращением и возникновением [6, с. 61, 62].

Наряду с этим, имеются мнения о допустимости участия имущественных прав в гражданском обороте. Так, непосред-

ственно ГК РМ рассматривает имущественные права в качестве объектов, кроме того, их оборот допускается нормами о купле-продаже в том числе о продаже спорных прав, о дарении, о франчайзинге, о внесении в качестве вклада в уставный капитал обществ с ограниченной ответственностью, о коммерческой концессии, о договоре простого товарищества и др. Что касается зарубежного гражданского права, то ярким представителем сторонников прав-объектов можно назвать французского ученого Рене Саватье. Он указывает на то, что *«всякое имущество, в сущности, выступает как право»* [7, с. 55]. Хотя, *«идея о том, что имуществом в действительности являются права, не вошла еще полностью в юридическое сознание»* [7, с. 57].

Среди сторонников признания имущественных прав объектами гражданского права наблюдаются различные мнения относительно *юридической природы* имущественных прав. Так, в частности, есть предложения рассматривать имущественные права как разновидность вещей, или как *квазивещи*. Проведя анализ понятия вещи в современном гражданском праве, И. Гумаров пришел к выводу о том, что помимо вещей - предметов материального мира, существуют еще два вида вещей. Это, *во-первых*, вещи, прямо названные таковыми в законодательстве (ценные бумаги, предприятие как имущественный комплекс). А *во-вторых*, вещи, отсутствующие в природе, но существование, которых допускается [8, с.84]. Более того, данный автор замечает, что некоторые имущественные права не могут выступать в обороте самостоятельно, поэтому можно предположить, что законодатель допускает наделение некоторых имущественных прав, прямо вещами не называемых, свойствами вещи. К таковым он относит вклады физических и юридических лиц в банках, по

которым вкладчики обладают правом требования возврата суммы вклада и выплаты процентов на эту сумму (при этом особо акцентируется внимание на том, что вклад здесь не должен рассматриваться как денежная сумма), а также пай члена производственного кооператива и доля участника общества с ограниченной ответственностью [8, с. 81-82]. Таким образом, применительно к имущественным правам он указывает, что некоторые имущественные права являются, по сути, *нематериальными вещами*. А некоторые - выступают в гражданском обороте в *«перводанном»* виде, самостоятельно.

Но тогда возникает вопрос: как отграничить между собой имущественные права как самостоятельный объект оборота и имущественные права, выступающие как нематериальная вещь?

На это обстоятельство обращает внимание и сам автор данной концепции: наличие в законодательстве бездокументарных ценных бумаг, а также безличных денег свидетельствует о том, что законом помимо вещей как предметов материального мира параллельно допускается существование «нематериальных» вещей. И это говорит о том, что грань между вещами как предметами материального мира, с одной стороны, и имущественными правами, с другой стороны, не является достаточно определенной [8, с. 80].

Сторонники отнесения имущественных прав к вещам, следуя логике Гумарова И., считают, в частности, что гражданско-правовое содержание понятия вещи не исчерпывается лишь констатацией наличия материальной (вещественной) составляющей. Поэтому вещь могут выступать имущественные права, способные существовать как бы в отрыве от основания своего возникновения, вне рамок первоначального обязательства [9, с. 14]. Помимо этих вещей существует особая категория



вещей - «как бы вещи», не отвечающие критерии материальности - деньги и ценные бумаги. Хотя эти объекты и имеют определенный материальный носитель, «но экономическая ценность последних сама по себе не представляет для участников имущественных отношений той ценности, ради обладания которой они вступают в гражданско-правовые отношения. Безусловную ценность для такого лица представляет именно право, выраженное в определенной форме» [9, с. 14]. То есть, режим «как бы вещей» распространяется на любые деньги и на документарные ценные бумаги. Бездокументарные ценные бумаги вообще предлагается исключить из перечня вещей, как не отвечающие вещно-правовым признакам. Но здесь возникает вопрос о том, что же понимать под нематериальным характером денег и документарных ценных бумаг? Ведь, по мнению авторов именно имущественное право и представляет ценность в данных объектах. Но, тем не менее, когда эти права воплощены в деньгах и ценных бумагах, они являются иными объектами, чем просто права.

На позиции отнесения имущественных прав к вещам стоит и другой российский цивилист Д. В. Мурзин. Так, касательно формулированию предмета купли-продажи, данный автор предлагает исходить не из того, что только вещи могут фигурировать в качестве предмета купли-продажи, а из того, что если какой-то объект можно продать, то он приравнивается к вещи, что в свою очередь влечет применение к объекту норм вещного права [10, с. 98].

Здесь отметим, что в условиях Республики Молдова данный вопрос в принципе является решенным, так как действующий ГК РМ довольно ясно подходит к формулированию предмета купли-продажи. Это согласно ст. 753 ГК РМ есть вещь. А в соот-

ветствии с ст. 285 ГК РМ, вещами признаются все *предметы и имущественные права*.

Кроме того, доказательством того, что ГК РМ приравнял права к вещам, вытекает и из содержания ст.ст. 800-802 ГК РМ, которые прямо и четко предусматривают продажу спорных прав.

Таким образом, большинство сторонников признания имущественных прав в качестве самостоятельного объекта гражданских прав считают, что имущественное право фактически представляет собой *бестелесную вещь*. Понятие бестелесной вещи имелось еще в римском праве. Гай подразделял все вещи на две группы: телесные (или вещи, которых можно коснуться) и бестелесные (или вещи, к которым нельзя прикоснуться). В качестве бестелесных вещей он рассматривал те, «что состоят в праве» [11, с. 83]. Но в римском праве само понятие вещи было очень широким. К вещам относили не только материальные предметы внешнего мира, но также юридические отношения и права. В молдавском же законодательстве, помимо вещей, существует еще категория «имущество», которое является родовым понятием и для вещей, и для имущественных прав. Поэтому считаем, что более логично рассматривать имущественные права не как разновидность бестелесных вещей, а как разновидность имущества, как «нематериальное имущество».

При анализе понятия «*имущественное право*» нельзя не обойтись без исследования того, что же понимается под словом «имущественное». Поскольку *имущественные права являются разновидностью имущества*, то, казалось бы, можно отталкиваться от этой категории. Но, как справедливо отмечается в литературе, термин «имущество» употребляется в гражданском праве в различных значениях. Чаше всего под имуществом понимаются отдельные вещи или их со-

вокупность. Кроме того, понятием «имущество» охватываются вещи, деньги, ценные бумаги. В ряде случаев имуществом называют не только перечисленные объекты, но и имущественные права. Ну и, наконец, как вытекает из содержания ст. 284 ГК РМ, понятие «имущество» обозначает всю совокупность принадлежащих определенным физическим и юридическим лицам имущественных прав и обязанностей (поддающихся оценке в денежном выражении), рассматриваемых как сумма активных и пассивных ценностей, тесно связанных между собой. Иными словами, это вся совокупность наличных вещей (предметы), денег, ценных бумаг, имущественных прав, а также обязанностей лица. Поэтому иногда приходится уяснять и уточнять значение термина имущество в каждом конкретном случае. Именно потому, что категория «имущество» трактуется в науке как омоним и имеет различные значения, в том числе включает в себя имущественные права, в литературе высказывается сомнение относительно целесообразности привлечения этого широкого понятия для исследования и уяснения сути имущественных прав [12, с. 20].

Поэтому предлагается использовать самую распространенную трактовку имущества как вещи или совокупности вещей. Но из этого следует вывод, что имущественные права - это права на вещи или вещные права. Однако, этот путь является заведомо ошибочным, так как сущность имущественных прав далеко не исчерпывается только правами вещными. Кроме того, именно обязательственные права и получают все большее распространение как объекты гражданского оборота. Может быть, более удачной будет попытка анализа сути рассматриваемого явления через исследование предмета гражданского права. Порошков В., отмечает, что в цивилистике уже давно существует понятие



имущественных прав как прав на вещи, но только не с точки зрения объектов гражданских прав, а с точки зрения содержания гражданских правоотношений [12, с. 21]. ГК РМ в ч. (1) ст. 2 определяет, что гражданское законодательство регулирует, прежде всего, имущественные отношения. Поэтому для выявления сущности имущественных прав как объектов гражданских прав предлагается обратиться к исследованию характера отношений, в которых используются данные объекты.

Традиционно считается, что предмет гражданского права представляет собой общественные отношения, урегулированные нормами гражданского права. Опять же традиционно, исходя из ст. 2 ГК РМ, эти отношения можно разбить на две большие группы - имущественные и неимущественные. Вторая группа не является предметом данного исследования, поэтому останется вне нашего внимания. По поводу имущественных отношений заметим, что это общественные отношения, возникающие по поводу имущества (которые подразделяются на отношения собственности и иные вещные отношения, а также обязательственные отношения). Поэтому, выяснив вопрос о сущности имущества, в основном можно решить вопрос о сущности возникающих в связи с ним отношений. Этот путь является интенсивным, поскольку позволяет выйти за рамки исследуемого феномена и сосредоточиться на другом, хотя и близком явлении [13, с. 17].

Таким образом, мы опять пришли к категории имущества. Значит, категория «**имущество**» является отправной точкой в исследовании природы и сущности имущественных прав.

Если обратиться к работам классиков русской цивилистики и не только, то можно увидеть, что имущество в дореволюционном праве понималось довольно

широко. В частности, Д. И. Мейер, рассуждая об объекте права, указывал, что «объектом права технически называется то, что подлежит господству лица как субъекта права. Предметами, подлежащими господству лица, являются лица, вещи и чужие действия (действия других лиц), так что все права по их объекту представляются или правами на лица, или правами на вещи, или правами на чужие действия. Но права на лица чужды имущественного характера, гражданское же право имеет дело только с имущественными правами, так что правам на лица нет, собственно, места в гражданском праве. И нам приходится поэтому остановиться на двучленном разделении объекта права, т. е. принять, что объектами гражданского права представляются вещи и чужие действия. Оба эти предмета подходят под понятие имущества, так что, можно сказать, имущество представляется объектом гражданского права» [14, с. 139]. При этом ученый указывал, что не все вещи и не все имущественные права являются объектами. Таковыми являются только те, которые представляют собою какую-либо ценность, имущественный интерес, сводятся к оценке на деньги.

Другой - не менее знаменитый исследователь, Г. Ф. Шершеневич, рассматривал имущество в юридическом и в экономическом смысле. В экономическом смысле к имуществу он относил вещи (т. е. предметы материального мира) и действия других лиц (которые выражались в передаче вещи, в личных услугах, в приложении своей рабочей силы). В то же время юридическое понимание имущества, по мнению автора, не совпадало с экономическим, так как с юридической точки зрения под имуществом понимается *совокупность имущественных отношений, в которых находятся лица*. При этом акцентировалось внимание на том, что отношения являют-

ся имущественными постольку, поскольку могут быть оценены в деньгах, что и выступило критерием их отграничения от отношений личных. Что же касается состава имущественных отношений, здесь выделялся актив и пассив имущества. В актив включались вещи, принадлежащие лицу на каком-либо вещном праве, а также права на чужие действия. К пассиву относились вещи, принадлежащие другим лицам, но временно находившиеся в его обладании, а также обязательства лица [15, с. 94]. Безусловно, в России на тот момент времени центральное место в составе имущества занимали вещи, хотя и сейчас нельзя не отметить того, что вещи, вещные права - это центральные категории гражданского права.

Поэтому довольно актуальной выглядит следующая фраза русского классика: «Наше законодательство не выдерживает строгой терминологии и употребляет слово имущество вместо вещь, а вместо имущества говорит о собственности или об имении» [15, с. 95]. Таким образом, отличительной чертой имущества, имущественных отношений в то время, говоря современным языком, была возможность стоимостной оценки блага, оценки его в деньгах.

Классики румынской цивилистики также рассматривали имущество в юридическом и в экономическом смысле. Так, по мнению автора George Plastara (в 1903) [16], поддержанного К. Хаманжиу, И. Росетти-Бэлэнеску, Ал. Бэйкояну, К. Бырсан, М. Тэицэ, М. М. Пивничеру, для определения понятия имущество указывали, что следует исходить исключительно из того, что «имущество это совокупность субъективных прав и обязанностей, взятые как одно целое, как юридическая универсальность, принадлежащая субъекту права», т. е. без рассмотрения каждого права либо обязанности в отдельности [17, с. 522].



Современное понятие об имуществе также является собирательным.

Так, **И. Мическу** в значения термина «имущество» выделяет актив и пассив имущества субъекта, подлежащего оценки его в деньгах. [18, с. 216]. **С. А. Степанов** выделяет четыре значения термина «имущество»: *во-первых*, актив и пассив имущества - это наиболее полная и широкая трактовка этого понятия; *во-вторых*, это совокупность вещей и имущественных прав (и обязательственные, и вещные, составляющие полный актив имущества); *в-третьих*, вещи и вещные права (неполный актив имущества), *в-четвертых*, исключительно вещи (вещный актив имущества) - самое распространенное употребление термина «имущество» [19, с. 77–78].

**Т. Ионашку и К. Стэтеску**, проведя анализ категории «имущество», приводят три значения этого термина: *во-первых*, это совокупность всех принадлежащих лицу вещей, либо прав, либо прав и обязанностей, либо часть совокупности прав и обязанностей. *Во-вторых*, имущество - это единичная вещь. *В-третьих*, имущество представляет собой меновую ценность. В связи с этим он полагает, что под имущественными правами в гражданском праве, в основном, понимают права, связанные с имуществом; ценные права, а также оборотные права, причем каждое из последующих прав является видом предыдущих прав [20, с. 155; с. 481]. Данную позицию поддерживает и молдавский цивилист **Е. Кожокар** [21, с. 40–41].

Таким образом, для того, чтобы субъективное гражданское право квалифицировать как имущественное, необходимо выявить у него наличие двух признаков в совокупности - это *передаваемость и возможность денежной оценки*. Наличие первого признака предполагает способность имущественных прав отделиться от своего носителя,

что позволяет данным объектам свободно функционировать в гражданском обороте. Вторым признаком связан с тем, что имущественные права, как и все имущественные объекты, должны быть пригодны к возмездному обмену, в силу чего они должны обладать определенной ценностью. Отсутствие первого признака влечет признание таких прав не пригодными к обороту, отсутствие второго признака исключает такие права из сферы гражданского оборота, т. е. такие права вообще либо не обладают ценностью, либо эти права представляют собой ценность, но не имущественную. «Имущественное право может быть объектом гражданского права только тогда, когда оно перестает выполнять функцию эквивалента товара как экономическая категория, т. е. приобретает способность существовать отдельно от него и, соответственно, представляет самостоятельную имущественную ценность» [22, с. 13].

На основании вышеизложенного можно сделать следующие **выводы и предложения**:

1. Имущественное право как объект гражданского оборота не должно трактоваться как мера возможного поведения управомоченного лица, так как данное определение применяется для характеристики субъективного права как элемента правоотношения, точнее для указания на содержание правоотношения. Как объект гражданского оборота имущественное право представляет собой принадлежащее управомоченному лицу благо идеального (нематериального) характера, выступающее, преимущественно, как право требования кредитора к должнику, которое может быть реализовано третьим лицам. При этом необходимо учитывать, что это понятие применяется для обозначения обязательственных прав. Вещные права выступают только как элемент содержания правоотношения, поскольку не могут

выступать в обороте самостоятельно, а следуют за вещью.

2. Необходимыми признаками имущественных прав как объектов выступают передаваемость и возможность денежной оценки.

3. Имущественные права являются разновидностью имущества, наряду с вещами, деньгами, ценными бумагами и иным имуществом. При этом имущественные права - это самостоятельный объект оборота, который не пересекается с вещами и не является разновидностью вещей.

4. И наконец, в связи с этим, полагаем, что назрела необходимость для того, чтобы молдавский законодатель в ст. 285 ГК дополнил частью третьей, в которой дал определение понятия имущественных прав, либо выявил, что подразумевается конкретно под имущественными правами.

## Литература

1. Алексеев С. С. *Общая теория права*. В 2 т. Т. 2. М., 1982, с. 114, 119.
2. Чеговадзе Л. *К вопросу о механизме перехода права (требования)*. В: *Хозяйство и право*, 2002, № 6.
3. Власова А. С. Структура субъективного гражданского права.
4. Ровный В. В. *Проблемы объекта в гражданском праве*. Иркутск, 1998.
5. Белов В. *Сингулярное правопреемство в обязательстве*. М., 2007.
6. Скловский К. *Механизм перехода права и последствия цессии*. В: *Хозяйство и право*, 2002, № 2.
7. Саватье Р. *Теория обязательств*. М., Прогресс, 1972. [http://stratonomik.ru/seruch/savat'e\\_r](http://stratonomik.ru/seruch/savat'e_r)
8. Гумаров И. *Понятие вещи в современном гражданском праве России*. В: *Хозяйство и право*, 2000, № 3.
9. Федоренко Н., Лапач Л. *Особенности оборота имущественных прав*. В: *Хозяйство и право*, 2001, № 11.



10. Мурзин Д. В. *Ценные бумаги - бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг*. М., 1998.

11. Новицкий И. Б. *Основы римского гражданского права*. М., 1960.

12. Порошков В. *Специфика имущественных прав*. В: Рос. Юстиция, 2000, № 5.

13. Ровный В. В. *Проблемы единства российского частного права*. Иркутск, 1999.

14. Мейер Д. И. *Русское гражданское право*. (в 2-х ч., часть 1). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902 г. М.: Статут, 1997.

15. Шершеневич Г. Ф. *Учебник русского гражданского права* (по изданию 1907 г.). М.: СПАРК, 1995.

16. Plastara G. *La notion juridique du patrimoine*, these, Paris, 1903.

17. Bîrsan C., M. Găiță, M. M. Pivniceru. *Drept civil. Drepturile reale*. Iași: Institutul European, 1997. C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu. *Tratat de drept civil roman*. Vol. I. București: All Beck, 1998.

18. Micescu I. *Curs de drept civil*, București: All Beck, 2000.

19. Степанов С. А. *Имущественные комплексы в российском гражданском праве*. М., 2002.

20. Ionașcu Tr., *Tratat de drept civil*. Vol. I., București: Ed-ra Academiei RSR, 1967. C. Stănescu. *Drept civil. Persoana fizică. Persoana juridică. Drepturile reale*. București: Ed-ra Didactica, 1970.

21. Cojocari E., Cojocari V. *Drept civil. Drepturi reale*. Bălți: Inst. Nistean de Economie și Drept, 2003.

22. Федоренко Н., Лапач Л. *Особенности оборота имущественных прав*. В: Хозяйство и право, 2001, № 11.

## УКРЕПЛЕНИЕ СИСТЕМЫ СТРАХОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В РЕСПУБЛИКЕ МОЛДОВА И ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

Ю. ФРУНЗЭ,

конференциар кафедры частного права Славянского университета, научный сотрудник Института юридических и политических исследований АНМ

### SUMMARY

The article analyzed the experience of professional liability insurance for lawyers, as well as a system of professional liability insurance in the world. The author comes to the conclusion that the European version of the compulsory insurance of professional responsibility and looks more worthy, but the us, where the Institute is voluntary-looks more democratic. Accordingly, with respect to the Republic of Moldova, taking into account the level of economic welfare of the population, at the current stage must adhere to the system of voluntary insurance of professional civil liability - representatives of related judicial professions (lawyers, notaries, mediators, court bailiffs, judicial experts, administering the insolvency process, translators).

**Keywords:** justice sector reform strategy, professional civil liability insurance for lawyers, insurance, voluntary insurance, compulsory insurance.

\*\*\*

В статье проанализирован зарубежный опыт страхования профессиональной гражданской ответственности адвокатов, а также системы страхования профессиональной ответственности в мировой практике. Автор статьи приходит к выводу, что европейский вариант обязательного страхования профессиональной ответственности выглядит более достойно, но американский, где этот институт является добровольным - выглядит демократичнее. Исходя из этого, применительно к Республике Молдова, учитывая уровень экономического благосостояния населения, на сегодняшнем этапе должна придерживаться системы добровольной формы страхования профессиональной гражданской ответственности как адвокатов, так и других представителей смежных с судебной системой профессий (нотариусы, медиаторы, судебные исполнители, судебные эксперты, управляющие процессом несостоятельности, переводчики).

**Ключевые слова:** стратегия реформы сектора юстиции, страхование профессиональной гражданской ответственности адвокатов, системы страхования, добровольное страхование, обязательное страхование.

**Постановка проблемы.** В Молдове вот уже второй год идет работа по реализации плана действий Стратегии реформы сектора юстиции на 2011-2016 годы. В качестве конкретного мероприятия, проводимого в 2013 году, установлено проведение исследования в отношении системы страхования профессиональной гражданской ответственности смежных с су-

дебной системой профессий. В сообществе представителей свободных профессий за этот год было поднято множество противоречивых проблем, связанным с этим сравнительно новым для Республики Молдова институтом. И противоречивость таких проблем, прежде всего, исходит от отсутствия у молдавского законодателя точного определения формы страхования профес-



сиональной гражданской ответственности представителей этих профессий.

**Актуальность темы.** Потребности в регламентации вопросов страхования профессиональной имущественной ответственности адвокатов на уровне законодательства столь очевидны, что в настоящее время возникают противоречивые ситуации, когда различные адвокаты самостоятельно пытаются определить оптимальные варианты их поведения в подобных ситуациях. Для изыскания возможностей развития молдавского законодательства в области страхования профессиональной ответственности адвокатов необходимо использовать правоприменительный и законодательный зарубежный опыт. Вышесказанное свидетельствует о необходимости всестороннего научного изучения проблем осуществления страхования профессиональной имущественной ответственности адвокатов как института молдавского гражданского права. Недостаточная теоретическая изученность и практическая значимость данного вида отношений определили и впоследствии подтвердили выбор темы исследования и ее актуальность.

**Целью статьи** является теоретическое исследование зарубежного опыта страхования профессиональной имущественной ответственности адвокатов и определения наиболее оптимального для Республики Молдова.

**Изложение основных положений.** 25 ноября 2011 года Парламент Республики Молдова принял закон об утверждении Стратегии реформы сектора юстиции на 2011-2016 годы [1]. В качестве предмета данного стратегического документа выступают главные проблемы сектора юстиции Республики Молдова, которые, в свою очередь, касаются семи основных сфер, в которых про-

водится реформа и названные пилонами по аналогии столпами, на которых зиждется любое строение. Пилоны Стратегии это: судебная система, уголовное правосудие, доступ к правосудию и исполнение судебных решений, неподкупность субъектов сектора юстиции, роль юстиции в экономическом развитии, соблюдение прав человека в секторе юстиции и, последний, хорошо согласованный, управляемый и ответственный сектор юстиции. Для каждого пилонa предусмотрено своя специфическая задача и стратегические направления. А для каждого стратегического направления предусмотрены свои специальные меры, которые, в свою очередь, предусматривают конкретные мероприятия, необходимые для выполнения. Все предусмотренные мероприятия и стратегия в целом предполагают шестилетний срок реализации. Постановлением № 6 от 16 февраля 2012 года законодательный орган РМ утвердил План действий по реализации вышеуказанной Стратегии [2].

Третий пилон Стратегии - доступ к правосудию и исполнение судебных решений, предусматривает в качестве специфической задачи - улучшение институциональной базы и процессов, обеспечивающих реальный доступ к правосудию: предоставление реальной юридической помощи, рассмотрение дел и исполнение судебных решений в разумные сроки, модернизацию статуса некоторых юридических профессий, смежных с системой правосудия. А стратегическое направление под номером 3.2 данного пилонa, именуемое укрепление институционального потенциала и повышение профессионального уровня представителей смежных с судебной системой профессий (адвокаты, нотариусы, медиаторы, судебные исполнители, судебные экс-

перты, управляющие процессом несостоятельности, переводчики), предусматривает специальную меру № 3.2.7. - укрепление системы страхования гражданской ответственности, которая устанавливает такие конкретные мероприятия, как: проведение исследования в отношении системы страхования профессиональной гражданской ответственности; разработка проектов новых нормативных актов или проектов изменения имеющихся нормативных актов, касающихся системы страхования профессиональной гражданской ответственности, и внедрение механизма мониторинга системы страхования профессиональной гражданской ответственности. В качестве ответственных учреждений для реализации вышеуказанных мероприятий определены Министерство юстиции и, соответственно, органы самоуправления смежных с судебной системой профессий, в том числе Союз адвокатов РМ. Предельный срок для реализации первого мероприятия - проведение исследования в отношении системы страхования профессиональной гражданской ответственности - установлен 2013 год.

Известно, что в наиболее полной мере обеспечению прав граждан и юридических лиц, обращающихся к адвокатам за оказанием юридической помощи, институт гражданской ответственности служит в сочетании с институтом страхования риска профессиональной ответственности адвоката.

Институт страхования ответственности адвоката не только гарантирует возмещение клиенту понесенных им убытков, но и служит цели смягчения для адвоката отрицательных последствий полной оплаты убытков: ведь по некоторым адвокатским делам размер убытков может быть столь значителен, что полное их



возмещение лично адвокатом поставит под угрозу возможность продолжения осуществления им своей профессиональной деятельности. Поэтому ограничение имущественной ответственности адвоката направлено именно на обеспечение сохранения адвокатской практики.

Закон РМ № 1260 об адвокатуре в ст. 61 впервые в истории молдавской адвокатуры закрепил право адвоката заключить в соответствии с законом договор страхования гражданской ответственности [3]. Подчеркиваем, право, но не обязанность. То есть, в Молдове страхование рисков профессиональной деятельности адвокатов носит рекомендательный характер и осуществляется по усмотрению каждого адвоката [4, с. 316]. В страховом праве это именуется *добровольное* страхование риска профессиональной имущественной ответственности.

И данное право дано адвокату с целью обеспечения компенсации материального ущерба, причиненного в процессе осуществления им адвокатской деятельности. В этой же статье указано, что минимальная страховая сумма на один год деятельности устанавливается Советом Союза адвокатов. Однако какие-либо правила о страховании риска профессиональной имущественной ответственности адвоката за нарушение условий договора (соглашения) об оказании юридической помощи, законом и другими нормативными актами до сих пор не определены. В этом плане не установлены страховые стандарты. Поэтому до сих пор страхование адвокатов в Молдове не практикуется, хотя некоторые адвокаты, в основном из категории «бизнес-адвокатов», в рекламных целях заявляют об обратном.

Для изыскания возможностей развития молдавского законода-

тельства в области страхования профессиональной ответственности адвокатов необходимо использовать правоприменительный и законодательный зарубежный опыт.

В этой связи представляется важным изучение зарубежного опыта страхования, ибо за редким исключением, континентально-европейским правовым системам в гораздо большей степени известно обязательное страхование профессиональной ответственности адвокатов. Это, конечно, обусловлено рядом таких обстоятельств, как рост благосостояния населения в странах Европейского союза, осознание гражданами своих прав, увеличение общей суммы платежеспособности и размеров ущерба, увеличение числа факторов, вызывающих ущерб, связанных с индустриализацией общества, развитием техники и технологий, рост случаев причинения вреда.

Вначале, отметим, что в мировой практике существуют различные системы страхования профессиональной ответственности, которые можно свести к четырем основным видам:

Во-первых, индивидуальное страхование конкретного адвоката в страховой компании (Германия, Финляндия, Нидерланды, Япония, Бразилия).

Во-вторых, самострахование, то есть посредством объединения адвокатов в общества взаимного страхования (Канада, Великобритания, ЮАР, Австралия).

В-третьих, коллективное страхование, когда в отношении со страховой компанией вступает адвокатская ассоциация (коллегия, BAR штата или округа), представляющая интересы всех своих членов при заключении договора страхования (Дания, Бельгия, Швеция, Израиль).

И, наконец, смешанная система, которая включает в себя

элементы нескольких из вышеперечисленных, например, когда наряду с участием в обществе взаимного страхования адвокат может дополнительно застраховать свой риск в какой-либо страховой компании [5].

Для государств континентальной Европы система обязательного страхования профессиональной ответственности является почти такой же привычной, как обязательное страхование ответственности автовладельцев.

Например, по законодательству **Германии** профессионалы, чья деятельность может нанести серьезный имущественный ущерб клиенту, в том числе и адвокаты, в обязательном порядке осуществляют страхование своей профессиональной ответственности. В Германии адвокаты несут ответственность за вред, причиненный по неосторожности другим лицам и, прежде всего, своим клиентам-доверителям при исполнении своих профессиональных обязанностей. При этом адвокат в принципе несет неограниченную ответственность, в том числе и своим личным имуществом [6, с. 47]. Однако, следует отметить, что германским законом неограниченную ответственность разрешается ограничивать по договору с клиентом, но все равно ее размер остается и в этом случае достаточно высоким (не менее минимальной страховой суммы). То есть, не запрещены и предварительные соглашения адвоката с клиентом об ограничении ответственности.

Здесь отметим, что законодательством других государств, в частности Франции и США, закрепляются и иные возможности лимитирования (снижения) сумм, подлежащих выплате адвокатом при возмещении причиненных им убытков, например, сочетание страхования адвокатом своей профессиональной от-



ветственности с созданием адвокатскими объединениями специальных фондов или ограничение ответственности адвоката в самом договоре об оказании юридической помощи.

Немецкие ученые объясняют ограничение имущественной ответственности адвоката необходимостью сохранения адвокатской практики. Особенно это касается ответственности адвоката при исполнении хозяйственно-правовых поручений, где полное возмещение убытков может быть экономически непереносимым для адвоката [7, с. 80].

В Германии страхование адвокатской ответственности практикуется уже немало лет, и по статистике немецких страховщиков адвокаты довольно часто опаздывают с подачей апелляционных и кассационных жалоб, допускают технические ошибки и т.д. Так что 20% ошибок подзащитные не прощают, обращаясь к страховым компаниям за возмещением ущерба [8].

Суды ФРГ постоянно уже сточают требования к уровню профессиональной добросовестности адвокатов, так что даже самое незначительное профессиональное упущение может влечь за собой взыскание с них значительных сумм в порядке возмещения причиненного вреда [6, с. 49]. При этом только Федеральный суд Германии ежегодно рассматривает более 100 дел по искам клиентов к адвокатам [9, с. 14].

Немецкими учёными уже в 60-е года 20-го века тщательно исследован адвокатский договор, включая условия гражданско-правовой ответственности адвоката перед клиентом, возможные убытки, признаки причинной связи и т.д. [10]. Неудивительно, что страхование ответственности адвокатов в Германии представляет собой хорошо отлаженный механизм по распределению

убытков от профессиональных ошибок между адвокатами, страховщиками и ... даже клиентами, многие из которых готовы сами оплатить страховку адвоката.

По договору страхования страховщик обязан незамедлительно уведомлять соответствующую адвокатскую палату о сроке начала и окончания либо о расторжении договора страхования, а равно о всяком изменении договора страхования, которое может отрицательно сказаться на необходимом по закону уровне страховой защиты. Адвокатская палата в целях содействия предъявлению требований о возмещении вреда сообщает третьим лицам по их требованию сведения об имени и адресе страховщика обязательной профессиональной ответственности адвоката, а также номер страхового полиса, поскольку у адвоката отсутствуют более веские требующие защиты интересы, препятствующие предоставлению таких сведений [6, с. 50].

Таким образом, следует отметить, что в системе страхования профессиональной ответственности адвокатов Германии предусматривается индивидуальное страхование адвокатов в частных страховых организациях. При этом имеется возможность ограничения ответственности по договору страхования.

Как особенность, следует выделить достаточно широкое определение круга событий, подпадающих под страховую случай.

Во **Франции**, Закон Французской Республики № 71-1130 от 31 декабря 1971 г. об организации адвокатской профессии предусматривает обязательное страхование его профессиональной гражданской ответственности.

А согласно требованиям ст.104 Декрета, организующего профессию адвоката, утвержденного Указом № 91-1197 от 27 ноя-

бря 1991 г. (далее - Декрет) [13], должны быть исключены из списка адвокаты, которые не соблюдают условия предоставления гарантии и страховые обязательства в соответствии со статьей 27 Закона от 31 декабря 1971 [13].

В соответствии с ст. ст. 205, 206 Декрета для адвокатов также предусматривается обязательное страхование его профессиональной гражданской ответственности. Причем договор страхования может быть заключен конкретным адвокатом, группой адвокатов или адвокатской организацией. Возможен и такой специфический вид страхования, как страхование риска утраты адвокатом ценностей, имущества и документов, принадлежащих (или причитающихся) клиенту и оказавшихся у адвоката в связи с исполнением профессиональных обязанностей (ст. 207, 208). При этом страховое возмещение выплачивается клиенту адвоката, если последний неплатежеспособен, о чем свидетельствует неисполнение адвокатом требования клиента о возврате ценностей или возмещении убытков в течение месяца со дня уведомления. В частности, в ст. 55 названного Декрета указано, что «любое лицо, уполномоченное в настоящей главе дать совет или представлять других (адвокат), и оплачивается как обычно, должно быть охвачено страхованием, приобретенным в индивидуальном порядке или коллективно, и обеспечить финансовые последствия профессиональной ответственности, которые он может понести за эту деятельность».

В Декрете установлен минимальный размер страховой суммы - 300 тыс.евро в год в расчете на одного адвоката. Договор страхования может быть заключен конкретным адвокатом, группой адвокатов или адвокатской организацией. Декретом предусмотрен и второй вид



страхования - риска утраты адвокатом ценностей, имущества и документов, принадлежащих (или причитающихся) клиенту и оказавшихся у адвоката в связи с исполнением профессиональных обязанностей (ст. 207, 208 Декрета). Применительно ко второму виду страхования Закон устанавливает порядок получения клиентом страхового возмещения. Оно выплачивается если адвокат неплатежеспособен, о чем свидетельствует неисполнение адвокатом требования клиента о возврате ценностей или возмещении убытков в течение месяца со дня уведомления [11].

Адвокаты Франции объединены в ассоциации (ордена). В каждом судебном регионе существует только одна ассоциация. Существует 181 региональный суд и, соответственно, столько же адвокатских ассоциаций. Ассоциации различны по своему количественному составу, так, в наименьшей насчитывается только 7 барристеров, тогда как в самой крупной - 11 тысяч барристеров. Каждая ассоциация остается независимой, самостоятельной организацией, вырабатывающей внутренний регламент своей деятельности и обладающей своим имуществом.

Во Франции профессиональная гражданская ответственность адвокатов условно делится на два вида: ответственность из так называемого «обязательства результата» и ответственность из «обязательства услуги» [12].

Страховая выплата пострадавшему производится только по решению суда. Каждый случай профессиональной ответственности адвоката является предметом судебного рассмотрения в специализированной палате апелляционного суда. Таким образом, система страхования адвокатов Франции предусматривает возможность выбора между коллегиальным и индивидуальным

страхованием адвокатов. Как особенность следует отметить, что вопрос о признании ошибки адвоката, т.е. о страховом случае, рассматривается специализированной судебной палатой.

В **Италии** спустя 80 лет устои адвокатского сообщества претерпели изменения. 5 лет велась бурная дискуссия по изменению многих устаревших норм в правовом секторе и внесению корректив в положения об адвокатской деятельности в Италии, регулируемых Королевским Декретом-Законом № 1578/1933. Так, 21 декабря 2012 года законопроект А.С. 3900-А (и Bis) был окончательно утвержден Сенатом Италии, и новый Закон № 247 от 31 декабря 2012 г. об адвокатуре и адвокатской деятельности в начале января был подписан Министром юстиции Паолой Северино и Президентом Республики Джорджо Наполитано. Опубликованный в Официальной газете № 15 от 18 января 2013 года, новый Закон об адвокатуре и адвокатской деятельности в Италии содержит 67 статей и вступил в силу 2 февраля 2013 года. Правда, некоторые внесенные изменения будут полностью введены только через несколько месяцев, а то и пару лет - после публикаций дополнительных указов. Данный закон предусматривает специализацию и обязательное страхование адвокатов. Так, **страхование** обязательно для адвоката, ассоциации адвокатов и адвокатской компании. Итальянские адвокаты обязательно должны уведомить клиента о наличии страховки. При этом возможно дисциплинарное взыскание за отсутствие полиса страхования гражданской ответственности (ст. 12 Закона). Условия и сумма обязательного страхового покрытия будут модифицированы Министерством юстиции каждые 5 лет. Но, пока эти параметры не установлены, и

нововведение ожидает дальнейших разъяснений и указов [14].

В **Румынии** также страхование обязательно для адвоката. Так, Законом № 51 от 7 июня 1995 года об организации и осуществлении адвокатской профессии [15] (ст. 42), адвокату вменяется обязанность страхование своей профессиональной ответственности на условиях, предусмотренные в Уставе адвокатской профессии. А ст. 106 Устава адвокатской профессии [15], в качестве условий предусматривает, что адвокат обязан страховать свой риск профессиональной ответственности на минимальную сумму в 6000 евро ежегодно. Для адвоката-стажера сумма предусмотрена в 3000 евро ежегодно. В этих целях, каждый адвокат, в т.ч. стажер обязаны ежегодно до 28 декабря представить в региональную/уездную коллегия адвокатов (*Barou*) удостоверенную им же копию сертификата-полиса о страховании своей профессиональной ответственности на следующий год. При этом, адвокатские формирования - профессиональные гражданские общества (объединенные адвокатские бюро) могут заключать общий договор страхования риска профессиональной ответственности, включающего всех адвокатов данного формирования, в т.ч. и технического персонала. Невыполнение данной обязанности влечет исключения адвоката из реестра (списка) адвокатов, имеющих права осуществлять деятельность на территории уезда и вообще по стране.

Также конкретизировано, что применительно к налогу на доходы физических лиц, средства, отчисляемые на страхование профессиональной ответственности, (оплаченные страховые взносы (премия)) являются обязательными профессиональными расходами в соответствии с



законом и не подлежат вычету, связанному с осуществлением профессиональной деятельности в соответствии с налоговым законодательством. Проще говоря, эти средства не уменьшают налоговую базу этих налогов.

На **Украине**, ни действующий Закон, ни проект закона «Об адвокатуре» не предполагают необходимости страхования профессиональной ответственности адвоката. Более того, последний не указывает на ее целесообразность, даже на основании договора, как в Молдове. Такой вид страхования обязателен только для частных нотариусов, которые, согласно статье 28 Закона Украины «О нотариате», обязаны заключить с органом страхования договор служебного страхования или внести на специальный счет в банковское учреждение страховой залог. Страховая сумма или страховой залог устанавливается в размере стократной минимальной заработной платы.

В **России** Федеральный Закон Российской Федерации «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» [16] (подпункт 6 п. 1 ст. 7; ст.19; подп. 3 п. 7 ст. 25), предусматривает страхование адвокатом риска своей профессиональной имущественной ответственности перед своим доверителем. До 1 января 2007 года такое страхование является добровольным, после - обязательным. В этой связи напомним, что средства, переводимые адвокатом на страхование профессиональной ответственности, отчисляются из получаемого вознаграждения. Это значит, что применительно к налогу на доходы физических лиц и единому социальному налогу средства, отчисляемые на страхование профессиональной ответственности, уменьшают налоговую базу этих налогов.

Отметим также, что в Европе *обязательное* страхование

адвокатом риска своей профессиональной имущественной ответственности предусмотрено законодательством об адвокатуре **Эстонии, Литве, Венгрии, Швеции, Швейцарии, Боснии и Герцеговине, Хорватии.**

Если законодательство континентальных европейских государств традиционно закрепляет институт обязательного страхования профессиональной ответственности адвоката, то для государств *англо-американской системы права* все не так однозначно.

**США** все еще в поиске компромисса - вводить страхование профессиональной ответственности адвоката в качестве обязательного (как, например, в штатах Иллинойс и Орегон) либо оставить страхование на усмотрение адвоката, обязав его предупредить клиента об отсутствии у него страховки, иными словами, разглашать свой страховой статус (*disclosure rule*). Таким образом, и безопасность клиента соблюдена (он предупрежден), и у адвоката есть выбор - приобрести страховку и надежность в глазах потенциальных клиентов либо сэкономить и тем самым, может быть, оттолкнуть клиентов с рискованными и дорогостоящими поручениями [17, с. 86].

Следует отметить, что все больше американских штатов (Аляска, Южная Дакота) закрепляют в этических кодексах правило, обязывающее юриста раскрывать свой страховой статус потенциальному клиенту, а также сообщать сведения о наличии страховки в профессиональные ассоциации.

Итак, в настоящее время в большинстве штатов США страхование профессиональной ответственности юриста пока является добровольным (за редким исключением - штаты Иллинойс, Орегон). Страховщики

разрабатывают страховые полисы с различными условиями выплаты страхового возмещения - с учетом того, насколько часто и в каком объеме адвокат привлекался к гражданско-правовой ответственности в прошлом. В некоторых американских штатах ассоциации адвокатов (*BAR*) создали собственные страховые компании, которые оказывают серьезную конкуренцию коммерческим страховым фирмам и тем самым влияют на размер страховых тарифов. Распространено также создание *BAR*-ами за счет членских взносов адвокатов специальных резервных фондов для выплаты компенсаций клиентам, пострадавшим от недобросовестной юридической практики.

В США расходы на страхование профессиональной ответственности адвокатов превышают все текущие расходы, пожалуй, кроме гонорара и платы за найм офисов. В последнее время возникает все большая вероятность подвергнуться опасности стать ответчиком за недобросовестную юридическую практику (*legal malpraxis*). [4, с.313]. Доведение до суда подобных дел чревато снижением прибыли или потерей оплачиваемых часов на собственную защиту - это сильный удар по самоуважению, деловым связям, репутации в адвокатском сообществе. Возмещение страховой суммы в этом случае вытекает из решения суда, т.е. право получить должное с юридической фирмы связано с удовлетворенным иском бывшего клиента. Наступление страхового случая (ошибка или упущение, которые привели к предоставлению юридических услуг ниже минимального стандарта профессионального уровня адвоката) определяется не допущенной ошибкой, а ее неблагоприятными последствиями. Промежуток времени, в те-



чение которого клиент узнал или должен был узнать об ошибке адвоката, определяется от одного года до четырех лет (в зависимости от законодательства штата). Иск против адвоката за недобросовестную юридическую практику требует доказать: адвокат что-то упустил, следствием чего стало причинение убытков истцу или упущенная возможность получить с ответчика. Чтобы получить материальное удовлетворение, клиент-доверитель должен доказать: наличие правовых отношений между клиентом и адвокатом; обязанности адвоката предоставить юридические услуги клиенту; нарушение этой обязанности; убытки клиента как прямой или косвенной результат небрежности адвоката. Закон требует показаний другого адвоката, желательно общепризнанного специалиста в данной отрасли права, которые подтверждали бы, что адвокат-ответчик не смог соблюсти минимальный стандарт оказания юридических услуг. Адвокаты могут не согласиться с мнением специалиста о том, что альтернативные действия ответчика привели бы к желаемому для клиента результату. Клиент должен доказать, что непосредственной причиной ущерба являлось упущение адвоката, что юридические действия сложились бы положительно, соверши адвокат другие действия. Сторона защиты будет утверждать, что плачевный итог в виде убытков наступил бы в любом случае.

Юридическая специализация оказывает влияние на размер и форму страхования (дороже заплатят адвокаты, практикующие в таких высоко-рискованных областях, как ценные бумаги, банковское право и недвижимость). Играют роль географическое положение и статистика исков в штате (страховая компания может отнести фирму к группе

с высоким риском, даже если она практикует в провинции, где деловая активность не столь высока из-за смешивания с фирмами, практикующими в больших городах и расположенными в одном и том же районе). Немаловажен и размер фирмы (некоторые страховые компании предлагают уменьшение страховой премии для фирм, имеющих много собственных адвокатов). Определяющим может стать мнение самой страховой компании, основанное на количестве возбужденных исков за год или конфликтных ситуаций, характер нарушения обязанностей (обычная невнимательность, халатность или преступное поведение), количество и характер дисциплинарных взысканий со стороны коллегии, личная заинтересованность в исходе дела и т.д. Безусловными обстоятельствами, настораживающими страховую компанию, являются: - два и более исков за последний год; - три и более исков в течение последних десяти лет (в зависимости от размеров фирмы); - большая сумма иска; - отсутствие страховки за последние пять лет.

В отличие от американского и континентально-европейского, **английское законодательство** в принципе не допускает имущественной ответственности барристера (адвоката) за действия в судебном процессе, опасаясь пересмотра судебных решений под предлогом небрежной работы барристера.

*В заключении*, подытоживая изложенное, отметим следующие **выводы**:

1. Анализируя практику системы страхования профессиональной гражданской ответственности адвокатов в зарубежных странах можно выявить, что европейский вариант *обязательно* страхования профессиональной ответственности выглядит

более достойно, но американский, где этот институт является *добровольным* - выглядит демократичнее.

2. На сегодняшнем этапе своего социального развития и учитывая уровень экономического благосостояния и т.п., Республика Молдова справедливо должна придерживаться системы добровольной формы страхования профессиональной гражданской ответственности как адвокатов, так и других представителей смежных с судебной системой профессий (нотариусы, медиаторы, судебные исполнители, судебные эксперты, управляющие процессом несостоятельности, переводчики).

3. Ответственные учреждения (Министерство юстиции и органы самоуправления смежных с судебной системой профессий) по реализации мероприятий Стратегии реформы сектора юстиции на 2011-2016 годы, связанные с усовершенствованием института страхования профессиональной гражданской ответственности, должны акцентировать свое внимание на разработку и определении четких и конкретных правил и стандартов этого института.

## Литература

1. Закон №. 231 об утверждении Стратегии реформы сектора юстиции на 2011-2016 годы. Опубликовано: 06.01.2012 в Monitorul Oficial №. 1-6, статья 6.
2. Постановление №. 6 от 16.02.2012 об утверждении Плана действий по реализации Стратегии реформы сектора юстиции на 2011-2016 годы. Опубликовано: 05.06.2012 в Monitorul Oficial №. 109-112, статья 371. Дата вступления в силу: 16.02.2012
3. Закон №. 1260 от 19.07.2002 об адвокатуре. Повторно опубликован: 04.09.2010 в Monitorul Oficial №. 159, статья 582, на основании ч. (7) ст. V. Закона № 102 от 28.05.2010 г. В: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2010 г., №135-137, ст. 476.
4. Frunză Iurie. *Organizarea profesiei de avocat in Republica Moldova*. Chișinău, 2011.



5. Стрэнг Р. *Практика страхования профессиональной ответственности адвокатов в США*. Вестник адвокатской палаты Иркутской области №10, 2006.

6. *Научно-практический комментарий к Федеральному закону от 31 мая 2002 г. N 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»* (под общ. ред. докт. юрид. наук., проф. А.Г. Кучерены). М.: «Деловой двор», 2009.

7. Кратенко М. *Страхование профессиональной ответственности адвоката*. В: Право и экономика, № 10 от 30.10.2004.

8. Скуратов А. Н. *Страхование для адвоката?* В: Воронежский адвокат, №5, 2009.

9. Никифоров И., Рогожин С. *Страхование профессиональной деятельности адвокатов в Европейском Союзе и Германии*. В: Адвокат (газета) 2004, №8(157).

10. Rudiger Boergen. *Die vertrauliche Haftung des Rechtsanwalts*. Berlin, 1968.

11. Кратенко М. В. *Страхование профессиональной ответственности адвоката*. В: Право и экономика, 2004, N 10.

12. Наумов Д. В. Автореф. дис.: *Гражданско-правовое регулирование обязательного страхования профессиональной имущественной ответственности адвокатов*. [ВолГУ]. Волгоград, 2011, на электронном ресурсе <http://lib.volsu.ru/>. Дата обращения 01.10.13.

13. Закон Французской Республики № 71-1130 от 31 декабря 1971 г. об организации адвокатской профессии и Декрет, утвержденного Указом № 91-1197 от 27 ноября 1991 г., на электронном ресурсе [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Дата обращения 02.10.13.

14. Итальянский Королевский Декрет-Закон № 1578/1933 и Закон № 247 от 31 декабря 2012 г. об адвокатуре и адвокатской деятельности, на электронном ресурсе [www.studiodolegalegrasso.net/ru](http://www.studiodolegalegrasso.net/ru). Дата обращения 03.10.13.

15. *Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.113 din 6 martie 2001. Statutul profesiei de avocat. Textul actului publicat în M.Of. nr. 284/31 mai 2001, на электронном ресурсе [www.avocatul.ro](http://www.avocatul.ro). Дата обращения 02.10.13.*

16. Федеральный Закон Российской Федерации «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», на электронном ресурсе Ошибка! Недопустимый объект гиперссылки. обращения 05.10.13

17. Кратенко М. В., Шевцова И. Г. *Перспективы страхования профессиональной ответственности адвоката в России*. В: Услуги: проблемы правового регулирования и судебной практики: сб. науч.-практ. ст. М., Волтерс Клувер, 2007.

## ОСОБЕННОСТИ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ, СОВЕРШАЕМЫХ В СФЕРЕ КОМПЬЮТЕРНОЙ ИНФОРМАЦИИ И СОТОВОЙ СВЯЗИ

О. МУСИЕНКО,

кандидат юридических наук, доцент кафедры криминалистики Национального юридического университета им. Ярослава Мудрого (Украина)

### SUMMARY

The paper discusses various approaches to understanding the forensic characteristics of the crimes committed in the area of computer information and mobile communication. The analysis of the elements of criminal characteristic and installed their features.

**Keywords:** forensic characterization, computer information, cellular communications, computer, internet, hacker, server, virtual tracks.

\*\*\*

В работе рассматриваются различные подходы к пониманию криминалистической характеристики преступлений, совершаемых в сфере компьютерной информации и сотовой связи. Проведен анализ элементов криминалистической характеристики и установлены их особенности.

**Ключевые слова:** криминалистическая характеристика, компьютерная информация, сотовая связь, компьютер, интернет, хакер, сервер, виртуальные следы.

**Постановка проблемы.** С развитием компьютерных технологий и средств сотовой связи появились новые виды преступлений, объектом преступного посягательства которых являются информация и права на нее, безопасность пользования средствами сотовой связи. Возникает острая необходимость правовой защиты такого рода информации от преступного посягательства, что послужило поводом для разработки новых средств по выявлению, расследованию и предупреждению преступлений, совершаемых с использованием компьютерной техники и средств сотовой связи.

**Актуальность темы.** Проблема криминалистической характеристики посвятили работы многие ученые – криминалисты: Р.С. Белкин, И.А. Возгрин, И.Ф. Герасимов, А.Н. Васильев, Л.Я. Драпкин, В.Ф. Ермолович, А.Н. Колесниченко, В.А. Образцов,

Л.Д. Самыгин, В.Г. Танасевич, Н.П. Яблоков и др.

Вместе с тем, отмечая значительный вклад этих и других ученых, которые изучали отдельные аспекты криминалистической характеристики конкретных видов преступлений, данная проблема далеко не исчерпана и требует дальнейших научных исследований. В настоящее время среди авторов нет единого мнения, какие элементы необходимо включать в содержание криминалистической характеристики преступлений, которые совершаются в сфере компьютерной информации и сотовой связи. Отсутствует единый подход к определению понятия «компьютерная информация». Именно проблемам криминалистической характеристики данного вида преступлений, как одного из элементов методики расследования преступлений, посвящена эта статья, в чем и



заклучается ее актуальность и новизна.

**Цель статьи** – выявление особенностей криминалистической характеристики преступлений, которые совершаются в сфере компьютерной информации и сотовой связи, а также установить особенности компьютерной информации и информации, которая сосредоточена в средствах сотовой связи.

**Изложение основного материала исследования.** Криминалистическая характеристика имеет большое значение в методике расследования преступлений. Проблемам криминалистической характеристике посвящено много работ, однако до сих пор не существует единого определения криминалистической характеристики. Так, Н.П. Яблоков, Л.Д. Самыгин считают, что криминалистическая характеристика – это система описания криминалистически значимых признаков вида, группы и отдельного преступления, проявляющихся в особенностях способа, механизма и обстановки его совершения, дающая представление о преступлении, личности его субъекта и иных обстоятельствах, об определенной преступной деятельности и имеющая своим назначением обеспечение успешного решения задач раскрытия, расследования и предупреждения преступлений [1, с. 34].

И.Ф. Герасимов определяет криминалистическую характеристику как совокупность сведений, знаний об отдельном виде или группе преступлений, полученных в результате специальных исследований, являющуюся важным структурным элементом методики расследования, обуславливающую методические рекомендации и в конечном счете способствующую раскрытию, расследованию и предупреждению преступлений [2, с. 7].

Как справедливо отмечает В.Ф. Ермолович, криминалистическая характеристика – это система криминалистически значимой информации о преступлении, разрабатываемая и используемая для повышения эффективности выявления, раскрытия, расследования и предупреждения преступлений [3, с. 278]. Как видно из этих определений, именно криминалистическая характеристика позволяет разработать и эффективно использовать методику расследования любого преступления, в том числе и в сфере компьютерной информации и сотовой связи.

Проблеме криминалистической характеристики преступлений в сфере компьютерной информации посвящен ряд работ, при этом у различных авторов ее понятие незначительно отличается. Е.Н. Быстряков, А.Н. Иванов, В.А. Климов понимают под криминалистической характеристикой систему обобщенных данных о типичных элементах компьютерных преступлений и закономерных связях между ними, значимых для решения задач, стоящих перед органами следствия и дознания [4, с. 7]. Ю.В. Гаврилин определяет криминалистическую характеристику преступлений в сфере компьютерной информации как систему обобщенных данных о типичных следах, способе совершения и механизме преступления, личности преступника и других существенных чертах, свойствах и особенностях преступления и сопутствующих ему обстоятельствах, способствующую оптимизации расследования и практическому применению средств, приемов и методов криминалистики в раскрытии и расследовании данного преступления [5, с. 56].

Анализируя данные определения, можно сделать вывод, что криминалистическая харак-

теристика преступлений в сфере компьютерной информации и сотовой связи – это система информации о криминалистически значимых, взаимосвязанных признаках этого преступления, служащую целям наиболее эффективного выявления, раскрытия, расследования и предупреждения этих преступлений.

Криминалистическая характеристика является одним из важных и основных теоретических и практических источников получения криминалистически значимой информации о различных видах преступлений [6, с. 26]. В качестве обобщающего понятия информации в ее познавательной сущности в криминалистике выделена криминалистически значимая информация, представляющая собой информацию, могущую выступать в качестве доказательств по уголовному делу или способствующая получению таковой, а также любая иная информация, имеющая значение для достижения установленных законом конечных целей деятельности по раскрытию и расследованию преступлений [7, с. 237]. С точки зрения процесса расследования преступлений важно отметить, что информация, в том числе и криминалистически значимая, обладает рядом свойств, ее можно: создавать, передавать, хранить и обрабатывать. Так, событие преступления сопровождается созданием информации – формируется следовая картина, участники расследования ее воспринимают, передают друг другу, определенным образом сохраняют и интерпретируют.

Поскольку криминалистически значимая информация обрабатывается в сфере раскрытия, расследования и предупреждения преступлений криминалистическими средствами [8, с. 22], в криминалистике появилось такое понятие, как информационные системы криминалистического



содержания. По мнению В.А. Козинкина, средства сотовой связи являются целостной информационной системой, выступающей в качестве потенциального источника криминалистически значимой информации [9, с. 13]. Сущность информационных свойств средств сотовой связи как источника получения информации, в том числе и криминалистически значимой, вытекает из анализа понятий «средства связи», «сеть связи», принципов построения и функционирования вышеуказанных сетей.

Характеризуя информацию, обнаруживаемую в средствах сотовой связи, следует отметить, что она может носить характер как потенциально, так и актуально криминалистически значимой информации. Так любая информация, возникающая в ходе эксплуатации пользовательского оборудования непосредственно в нем самом и в операционно-информационных системах и центрах коммутации оператора сотовой связи, выступает в качестве потенциальной, а характер актуальной она приобретает тогда, когда устанавливается ее прямая причинно-следственная связь с событием преступления. При этом, формой существования этой информации является информационный объект – файл, который обладает фиксированной структурой и определенными параметрами, поддерживаемыми операционной системой.

Таким образом, знание криминалистической характеристики позволяет определить направление и средства расследования, а также выдвинуть обоснованные версии о произошедшем, установить отсутствующие факты. В систему элементов криминалистической характеристики практически все юристы включают сведения о мотивах и целях преступления, способах совершения и сокрытия преступле-

ния, личности преступника, личности потерпевшего и предмете посягательства, взаимосвязи с другими преступлениями, типичных обстоятельствах совершения преступления [10, с. 8]. Следует заметить, что большое значение имеет не только наличие тех или иных элементов, но и существующие между ними взаимосвязи.

При расследовании преступлений в сфере компьютерной информации и сотовой связи предметом посягательства является компьютерная информация. В настоящее время нет единого мнения, что необходимо понимать под компьютерной информацией. Первым понятие компьютерной информации сформулировал И.З. Карась, который определил ее как информацию, которая циркулирует в вычислительной среде, зафиксированную на физическом носителе в форме, доступной для понимания ЭВМ, или передается телекоммуникационными каналами [11, с. 40]. С криминалистической точки зрения это понятие исследовал В.В. Крылов и пришел к выводу, что как предмет преступного посягательства компьютерная информация – это сведения, знания или набор команд (программ), предназначенных для использования в ЭВМ или управления ею [12, с. 35].

Е.Р. Россинская считает, что компьютерная информация в процессе доказывания – это фактические данные, обработанные компьютерной системой, и (или) те, которые передаются по телекоммуникационным каналам, доступные для восприятия, и на основе которых в определенном законом порядке устанавливаются обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения уголовного или гражданского дела [13, с. 30].

В Уголовном кодексе Украины компьютерная информация

определяется, как текстовая, графическая или любая другая информация (данные), которая существует в электронном виде, сохраняется на соответствующих носителях и которые можно создавать, изменять или использовать при помощи ЭВМ [14].

В криминалистической характеристике преступлений важное значение имеет обстановка совершения преступления. Элементы обстановки совершения преступления оставляют различного рода следы вовне, которые могут быть выявлены и изучены при расследовании. Обстановка совершения преступления в сфере компьютерной информации и сотовой связи имеет свою специфику. Такие преступления совершаются в определенной среде – в сфере деятельности ЭВМ. Особенностью подобных преступлений является то, что на них не влияют природно-климатические факторы [15, с. 113], то есть они могут совершаться в любом месте, где функционирует ЭВМ.

Особенность совершения деяния и сложность данного преступления состоит в том, что общественно опасное деяние может совершаться на территории одного государства, а последствия наступают на территории другого. К тому же с учетом устройства сети Интернет следы преступления могут находиться на сервере провайдера, который физически находится на территории третьей страны. На успех раскрытия таких преступлений большое влияние оказывает степень взаимного сотрудничества государств.

Немаловажным моментом также является неидентичность законодательства разных стран в области борьбы с преступлениями в сфере высоких технологий и Интернета. Европейский союз уже достаточно давно разрабатывает различные методы



сотрудничества и общие законы для стран-участниц, так как Интернет есть во всех странах и многие преступления совершаются иностранными гражданами, находящимися в иных государствах, где ответственность за такие преступления не предусмотрена.

В нашей стране подписано соглашение «О сотрудничестве государств – участников Содружества Независимых Государств в борьбе с преступлениями в сфере компьютерной информации». В соответствии с этим соглашением стороны будут сотрудничать в обеспечении предупреждения, выявления, пресечения, раскрытия и расследования преступлений в сфере компьютерной информации.

Преступления, совершаемые в сфере компьютерных технологий и сотовой связи – преступления в сфере высоких технологий. Следовательно, этим в первую очередь определяется характеристика личности человека, совершающего данное преступление. Совершить подобное преступление под силу далеко не каждому человеку, несмотря на массовую компьютеризацию страны.

Криминалистические сведения о личности подозреваемого в преступлении человека включают в себя сведения о социальном статусе личности, о социальной функции в обществе, о нравственно-психологической характеристике, а также особенностях поведения во время совершения преступления. Проблемам личности преступника, совершающего преступления в сфере компьютерной информации, посвятили свои работы многие криминалисты. В настоящее время в литературе, как-либо связанной с компьютерами, часто встречается иностранное слово «хакер», трактуемое в разных работах по-разному. Профессия лиц, совершающих дан-

ное преступление, как правило, связана с использованием или настройкой компьютеров и программного обеспечения к ним. По мнению В. Г. Проскурина, хакер, осуществляющий неправомерный доступ к компьютерной информации, может выступать в одной из следующих ролей: постороннее лицо, использующее глобальную сеть; сотрудник организации, не имеющей легального доступа к системе; пользователь, обладающий минимальными полномочиями; администратор системы; разработчик системы [16].

Увлечение лиц, совершающих данные преступления, связаны с ПК. Они проводят много времени за компьютером, работая с программным обеспечением, модифицируя и изменяя его, создают новые утилиты, часто бывают в сети Интернет. Н. Н. Ахтырская предлагает дополнить психологический портрет преступника исследованием характеристики ума, индивидуальность которого проявляется в широте, глубине, самостоятельности, критичности, быстроте и гибкости [17, с. 99]. Компьютерные преступники – это уже вполне сформировавшиеся личности, обладающие высокими профессиональными и устойчивыми преступными навыками, а также определенным жизненным опытом. Совершаемые ими деяния носят осознанный корыстный характер, при этом, как правило, предпринимаются меры по противодействию раскрытию преступления. Преступления, которые носят серийный, многоэпизодный характер, обязательно сопровождаются действиями по сокрытию. Это обычно высококвалифицированные специалисты с высшим математическим, инженерно-техническим или экономическим образованием, входящие в организованные преступные группы и сообщества, прекрас-

но оснащенные технически (нередко специальной оперативной техникой). Особую опасность с точки зрения совершения преступлений в сфере компьютерной информации представляют профессионалы в области новых информационных технологий. На долю этой группы приходится большинство особо опасных должностных преступлений, совершаемых с использованием средств компьютерной техники, присвоений денежных средств в особо крупных размерах, мошенничества и проч.

Информация об особенностях личности потерпевшего позволяет выяснить ряд вопросов, касающихся различных обстоятельств совершения преступления. В современной литературе высказывается мнение, что потерпевшим от преступления в сфере компьютерной информации чаще всего является юридическое лицо [18, с. 33]. Однако с каждым годом количество людей, использующих ЭВМ в частной жизни, увеличивается и доступ в сеть Интернет в настоящее время общедоступен. Изучение уголовных дел показывает, что наиболее часто потерпевшими от преступлений в сфере компьютерной информации являются кредитно-финансовые учреждения (72%), частные лица (14%), интернет-провайдеры (5%), общественные организации и государственные учреждения (8%).

Немаловажное значение в криминалистической характеристике преступления имеет мотив. При расследовании мотив преступления может указать направление поиска, и в связи с этим его выяснение необходимо для раскрытия преступления. Мотивы преступлений в сфере компьютерной информации изучаются многими авторами. Так, В.Б. Вехов [19, с. 41], В.А. Мазуров [20, с. 117] выделяют следующие виды мотивов: 1) ко-



рыстные соображения; 2) политические мотивы; 3) исследовательский интерес; 4) хулиганские побуждения и озорство; 5) месть. Е. Н. Быстряков, А. Н. Иванов и В. А. Климов предлагают дополнительно выделить следующий мотив: дезорганизация работы учреждения, предприятия или системы с целью устранения конкурента, стремления скрыть другое преступление [4, с. 33].

В.А. Мещеряков выделяет иные приоритетные мотивы: 1) месть; 2) достижение материальной выгоды, в том числе за счет продажи полученной информации; 3) хулиганство и любопытство; 4) профессиональное самозатверждение [21, с. 110].

Важнейшим и определяющим элементом криминалистической характеристики любого преступления является способ его совершения. Анализ конкретных преступлений, совершенных с использованием компьютерной техники, позволяет выделить несколько десятков способов их совершения, которые постоянно совершенствуются и модифицируются. Подобное многообразие обусловлено как сложностью аппаратного и программного обеспечения ЭВМ, так и многообразием осуществляемых информационных операций, связанных с движением материальных ценностей, финансовых и денежных средств, научно-технических разработок, «ноу-хау» и т. д.

На сегодняшний день в криминалистике нет единой классификации способов совершения преступлений в сфере компьютерной информации. Одна из классификаций предложена А. Н. Родионовым и А. В. Кузнецовым. Согласно ей, способы совершения компьютерных преступлений можно подразделить: 1) на «изъятие средств компьютерной техники; 2) неправомерный доступ к компьютерной информации: преступления, совершенные в отношении

компьютерной информации, находящейся в глобальных компьютерных сетях; преступления, совершенные в отношении компьютерной информации, находящейся в ЭВМ, не являющихся компьютером в классическом понимании этого слова (пейджер, сотовый телефон, кассовый аппарат и т.п.); 3) изготовление или распространение вредоносных программ (вирусы, программы – взломщики и т.п.); 4) перехват информации: электромагнитный; непосредственный; 5) нарушение авторских прав (компьютерное пиратство); 6) комплексные методы [22, с. 37].

Зарубежными специалистами разработаны различные классификации способов совершения компьютерных преступлений. Ниже приведены названия способов совершения подобных преступлений, соответствующих кодификатору Генерального Секретариата Интерпола. В 1991 году данный кодификатор был интегрирован в автоматизированную систему поиска и в настоящее время доступен НЦБ более чем 100 стран. Все коды, характеризующие компьютерные преступления, имеют идентификатор, начинающийся с буквы Q. Для характеристики преступления могут использоваться до пяти кодов, расположенных в порядке убывания значимости совершенного: **QA** - несанкционированный доступ и перехват; **QAH** – компьютерный абордаж; **QAI** – перехват; **QAT** - кража времени; **QAZ** - прочие виды несанкционированного доступа и перехвата; **QD** - изменение компьютерных данных; **QUL** - логическая бомба; **QDT** - троянский конь; **QDV** - компьютерный вирус; **QDW** - компьютерный червь; **QDZ** - прочие виды изменения данных; **QF** - компьютерное мошенничество; **QFC** - мошенничество с банкоматами; **QFF** - компьютерная подделка; **QFG** - мошенни-

чество с игровыми автоматами; **QFM** - манипуляции с программами ввода-вывода; **QFP** - мошенничества с платежными средствами; **QFT** - телефонное мошенничество; **QFZ** - прочие компьютерные мошенничества; **QR** - незаконное копирование; **QRG** - компьютерные игры; **QRS** - прочее программное обеспечение; **QRT** - топография полупроводниковых изделий; **QRZ** - прочее незаконное копирование; **QS** - компьютерный саботаж; **QSH** - с аппаратным обеспечением; **QSS** - с программным обеспечением; **QSZ** - прочие виды саботажа; **QZ** - прочие компьютерные преступления; **QZB** - с использованием компьютерных досок объявлений; **QZE** - хищение информации, составляющей коммерческую тайну; **QZS** - передача информации конфиденциального характера; **QZZ** - прочие компьютерные преступления [23].

В расследовании преступлений важное место занимают следы. Следы преступления применяются для обозначения всех самых разнообразных материальных изменений, которые обязаны своим происхождением тем или иным действиям преступника. Говоря о следах в сфере компьютерной информации, интересным представляется мнение В.А. Мещерякова, который выделяет следы в сфере компьютерной информации в отдельную группу так называемых «виртуальных следов», что обусловлено специфическими свойствами, присущими только таким следам. По его мнению, виртуальный след – это любое криминалистически значимое изменение состояния автоматизированной информационной системы, связанное с событием преступления и зафиксированное в виде компьютерной информации на материальном носителе, в том числе на электромагнитном поле [21, с. 73].



Некоторые авторы не согласны с выделением следов в сфере компьютерной информации в отдельную группу виртуальных следов, так как они считают, что в такой группе следов, как и в любой другой, существуют воздействующие объекты, объекты, передающие воздействие, воспринимающие объекты. И все эти предметы, процессы, следы могут быть только материальными и никакими иными, и даже идеальные следы, находящиеся в памяти, материальны, поскольку уничтожение мозга повлечет уничтожение таких следов [24, с. 129].

Следы средств компьютерной техники – очень широкое понятие, и вследствие этого не представляется возможным отнести их к одной группе следов (материальных, идеальных или виртуальных). Следы средств компьютерной техники бывают весьма разнообразны: распечатка текста, графического рисунка или схемы, компакт-диск с информацией, виртуальный образ, информация в радиоволне, в инфракрасном луче, мысленный образ изображения, увиденного очевидцем на дисплее ЭВМ, и пр.

Таким образом, следы средств компьютерной техники – это любые изменения среды, обусловленные работой таких средств и возникшие в результате совершения в этой среде преступления.

**Выводы.** Проведенное нами исследование позволяет сделать вывод о том, что криминалистическая характеристика преступлений, которые совершаются в сфере компьютерной информации и сотовой связи, содержит такие элементы, как: способ совершения, обстановку совершения преступления, личность преступника и личность жертвы, а также следы. При этом, поскольку данный вид преступления совершается в сфере высоких технологий, то и перечисленные

элементы имеют свою специфику, которая характерна для преступлений, которые совершаются в сфере компьютерной информации и сотовой связи.

### Литература

1. Яблоков Н. П., Самыгин Л. Д. *Информационные основы расследования и криминалистическая характеристика преступлений*. В: Криминалистика. М.: БЕК, 1995, с. 44.
2. Герасимов И. Ф., Цыпленко-ва Е. В. *Общие положения методики расследования преступлений*. В: Криминалистика. М.: Высшая школа, 1994, с. 333.
3. Ермолович В. Ф. *Криминалистическая характеристика преступлений*. Минск: Амалфея, 2001.
4. Быстряков Е. Н., Иванов А. Н., Климов В. А. *Расследование компьютерных преступлений*. Учеб. пособие. Под ред. В. И. Комиссарова. Саратов: СГАП, 2000.
5. *Преступления в сфере компьютерной информации: квалификация и доказывание*. Учеб. Пособие. Под ред. Ю. В. Гаврилина. М.: ЮИ МВД России, 2003.
6. Яблоков Н. П. *Криминалистическая характеристика преступлений – важный элемент криминалистической теории и практики*. В: Актуальные проблемы криминалистики на современном этапе. Материалы Всероссийской научно-практической конференции (г. Краснодар, 23-24 мая 2002 г.). Краснодар, 2002.
7. Белкин Р. С. *Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики*. М.: Норма, 2001.
8. Салтевский М. В. *Собирание криминалистической информации техническими средствами на предварительном следствии*. Учебное пособие. Киев, 1980.
9. Козинкин В. А. *Использование в расследовании преступлений информации, обнаруживаемой в средствах сотовых систем подвижной связи*. Монография. М.: Изд-во Юрлитинформ, 2010.
10. Менжега М. М. *Методика расследования создания и использования вредоносных программ для ЭВМ*. М.: Юрлитинформ, 2010.
11. Карась И. З. *Экономический и правовой режим информационных ресурсов*. В: Право и информатика. Под ред. Е. А. Суханова. М.: Изд-во МГУ, 1990.
12. Крылов В. В. *Информационные компьютерные преступления*. М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1997.
13. Россинская Е. Р., Усов А. И. *Судебная компьютерно-техническая экспертиза*. М.: Право и Закон, 2001.
14. *Кримінальний кодекс України*. В: Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, №25-26, ст.131.
15. Шурухнов Н. Г. *Расследование неправомерного доступа к компьютерной информации*. М.: Щит-М, 1999.
16. Проскурин В. Г. *Автоматизированная банковская система глазами хакера*. [электронный ресурс]. Центр исследования проблем компьютерной преступности. <http://www.crime-research.ru>.
17. Ахтырская Н. Н. *Проблемы ювенольной психологии лиц, совершающих преступления в сфере информационных технологий*. В: Современное состояние и перспективы развития новых направлений судебных экспертиз в России и за рубежом. Материалы междунар. науч.- практ. конференции. Калининград, 23-24 апреля 2003 г., с. 98-99.
18. Быстряков Е. Н., Иванов А. Н., Климов В. А. *Расследование компьютерных преступлений*. Саратов: СГАП, 2000.
19. Вехов В. Б. *Компьютерные преступления: Способы совершения и раскрытия*. Под ред. акад. Б. П. Смагоринского. М.: Право и закон, 1996.
20. Мазуров В. А. *Компьютерные преступления: классификация и способы противодействия*. Учеб.- практ. пособие. М.: Палестина, Логос, 2002.
21. Мещеряков В. А. *Преступления в сфере компьютерной информации: правовой и криминалистический анализ*. Воронеж, 2001.
22. Родионов А. Н., Кузнецов А. В. *Расследование преступлений в области высоких технологий*. Вестник МВД России, 1999, № 6.
23. *Классификация компьютерных преступлений по кодификатору Генерального Секретариата Интерпола* [Электрон. ресурс]. Доступно из URL: <http://www.cyberpol.ru/cybercrime.shtml>.
24. Черкасов В. Н., Нехорошев А. Б. «Виртуальные следы» в «кибернетическом пространстве». В: Судебная экспертиза: Межвуз. сб. науч. ст. Вып. 2-й. Саратов: СЮИ МВД России, 2003, с. 127-130.



## ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ПОДЛЕЖАЩИЕ ДОКАЗЫВАНИЮ ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ НАРУШЕНИЙ ПРАВИЛ БЕЗОПАСНОСТИ ВО ВРЕМЯ ВЫПОЛНЕНИЯ РАБОТ С ПОВЫШЕННОЙ ОПАСНОСТЬЮ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ

К. СПАСЕНКО,

аспирант кафедры криминалистики Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

### SUMMARY

The article analyzes the main theoretical aspects of the construction of the circumstances, which must be proven, as an element of methods of investigation of violations of safety rules, when working with increased risk. The circumstances, which must be proven, in the investigation of violations of safety rules, when working with increased risk, are described on the basis of generalization of materials forensic investigative practice.

**Key words:** criminalistics, forensic technique, the circumstances, which must be proven, violations of safety rules, when working with increased risk.

\*\*\*

В статье проанализированы теоретические аспекты формирования обстоятельств, подлежащих доказыванию, как элемента методики расследования нарушений правил безопасности во время выполнения работ с повышенной опасностью. На основании обобщения материалов судебно-следственной практики охарактеризованы обстоятельства, подлежащие доказыванию при расследовании нарушений правил безопасности во время выполнения работ с повышенной опасностью.

**Ключевые слова:** криминалистика; криминалистическая методика; обстоятельства, подлежащие доказыванию; нарушения правил безопасности во время выполнения работ с повышенной опасностью.

**Постановка проблемы.** Согласно действующему уголовному процессуальному законодательству Украины задачами уголовного судопроизводства являются защита личности, общества и государства от уголовных правонарушений, охрана прав, свобод и законных интересов участников уголовного судопроизводства, а также обеспечение быстрого, полного и беспристрастного расследования и судебного разбирательства с тем, чтобы каждый, кто совершил уголовное преступление, был привлечен к ответственности в меру своей вины [1]. В связи с этим рекомендации криминалистической методики расследования преступных нарушений правил безопасности во время выполнения работ с повышенной опасностью (далее – правила безопасности) должны быть направлены на формирование надлежащей доказательной базы с целью обоснованно-

го привлечения лиц, виновных в совершении преступных нарушений. Реализация указанного назначения криминалистической методики возможна за счет выделения и включения в состав элементов ее структуры максимально исчерпывающего перечня обстоятельств, подлежащих доказыванию при расследовании определенной категории преступлений [2, с. 12].

**Актуальность темы исследования** обусловлена существенным увеличением количества преступных нарушений правил безопасности во время выполнения работ с повышенной опасностью, а также отсутствием в современной научной литературе исследований, посвященных обозначенной проблематике.

**Состояние исследования.** Весомый вклад в разработку проблемы структуры криминалистической методики, в том числе и определению обстоятельств,

подлежащих доказыванию, внесли такие ученые-криминалисты, как Т. В. Аверьянова, Р. С. Белкин, И. А. Возгрин, В. А. Журавель, Г. А. Матусовский, М. В. Салтевский, В. В. Тищенко, В. Ю. Шепитько и др. Кроме того, вопросами обстоятельств, подлежащих доказыванию при расследовании нарушений правил безопасности в ходе выполнения различных видов работ, занимались В. А. Образцов, Н. П. Яблоков, И. А. Кучерков, М. С. Брайнин и др.

**Целью и задачей статьи** является формирование обстоятельств, подлежащих доказыванию при расследовании нарушений правил безопасности во время выполнения работ с повышенной опасностью.

**Изложение основного материала.** Особенностью современного этапа создания отдельных криминалистических методик является наличие проблемы относительно соотноше-



ния криминалистической характеристики и обстоятельств, подлежащих доказыванию. Так, некоторые ученые высказывают мнение о том, что обстоятельства следует рассматривать как элемент криминалистической характеристики преступления [3, с. 546]. Более убедительной представляется позиция тех ученых, которые утверждают, что криминалистическая характеристика и обстоятельства, подлежащие выяснению – это разные по содержанию и функциональной направленности самостоятельные структурные элементы методики расследования отдельных видов преступлений, которые не конкурируют друг с другом и предназначены для решения разноплановых задач расследования [4, с. 183].

Неоднозначно рассматривается вопрос о рациональности включения обстоятельств, подлежащих выяснению, в структуру отдельных методик расследования. В частности, И. А. Возгрин отвергает необходимость включения в структуру типовой методики расследования преступления обстоятельства, подлежащие выяснению, отмечая, что в нее входит только: криминалистическая характеристика преступления; программа (алгоритм) расследования преступления; описание особенностей подготовки и проведения наиболее характерных для расследования данного вида преступления следственных (розыскных) действий; описание особенностей подготовки и проведения действий для предупреждения преступной деятельности [5, с. 205]. Аналогичной точки зрения придерживается и А. Н. Васильев, который к общим положениям методики расследования преступлений не включает указанные обстоятельства [6, с. 34]. В этой связи, более целесообразным следует считать традиционный

подход, согласно которому обстоятельства рассматриваются как неотъемлемый составной элемент структуры частной криминалистической методики наряду с криминалистической характеристикой, особенностями начала уголовного производства, типичными следственными ситуациями, построением версий и планированием расследования, тактикой проведения отдельных следственных (розыскных) действий, профилактическими действиями следователя [7, с. 15].

В настоящее время общепринятыми следует признать взгляды относительно того, что процедура формирования обстоятельств, подлежащих доказыванию, обусловлена тремя факторами: предметом доказывания (ст. 91 УПК Украины), уголовно-правовой и криминалистическими характеристиками определенной категории преступлений. При этом предмет доказывания, как абстрактная информационная модель, отражена в нормах действующего УПК Украины и является определяющей, базовой для всех преступных деяний без исключения [4, с. 176], а именно:

- событие преступления (время, место, способ и другие обстоятельства совершения преступления);

- виновность обвиняемого в совершении преступления, форма вины, мотив и цель совершения преступления;

- вид и размер вреда, причиненного преступлением, а также размер процессуальных издержек;

- обстоятельства, влияющие на степень тяжести совершенного преступления, характеризующие личность обвиняемого, отягчающие или смягчающие наказание, исключющие уголовную ответственность или являющиеся основанием закрытия уголовного производства;

- обстоятельства, являющиеся основанием для освобождения от уголовной ответственности или наказания [1].

Анализируя специфику обстоятельств, подлежащих доказыванию при расследовании нарушений правил безопасности, следует обратить внимание на фундаментальное исследование, проведенное Н. П. Яблоковым, который указывает на необходимость установления обстоятельств в зависимости от конкретного элемента состава преступления (субъекта, объекта, объективной или субъективной стороны). Так, к обстоятельствам, подлежащим выяснению в отношении объективной стороны преступления, по его мнению, следует отнести:

- 1) какие правила техники безопасности, промышленной санитарии или иные правила охраны труда (общие или отраслевые) были нарушены;

- 2) каким образом нарушены (путем действия или бездействия) и в чем конкретно проявилось действие (бездействие);

- 3) какова степень общественной опасности преступного поведения (особенно при нескольких правонарушениях);

- 4) где (завод, цех, шахта, строительство, сельскохозяйственная ферма и т.д.), когда (дата, время), при выполнении какой производственной операции, на каком станке, агрегате, механизме, при использовании какого инструмента, в какой производственной обстановке имело место происшествие;

- 5) какое техническое состояние и его обеспеченность предохранительными устройствами;

- 6) насколько безопасным был технический режим этой работы;

- 7) механизм происшествия (взрыв, падение с высоты, отравление, действие электрического тока и т.п.);



8) какие последствия наступили или могли наступить;

9) и т.д. [8, с. 77].

Интересной представляется точка зрения, что для определения полного представления о всех фактических обстоятельствах происшествия и его причин следователю, прокурору необходимо собрать с учетом реального способа нарушения правил техники безопасности и кроме этого, в первую очередь, следует установить:

- какое задание выполнял потерпевший в тот момент, когда произошел травматический случай; кто, когда и в какой форме дал ему это задание;

- был ли подготовлен работник для выполнения задания и были ли необходимые условия для его выполнения;

- когда именно потерпевший приступил к выполнению данного задания и как происходила работа [9, с. 39-40].

Указанные выше подходы имеют важное как теоретическое, так и практическое значение для расследования преступлений, однако они носят ограниченную направленность, не отличаются комплексностью и не охватывают все особенности расследования нарушений правил безопасности, как самостоятельного состава преступления, предусмотренного ст. 272 УК Украины. Поэтому, считаем целесообразным, обстоятельству, подлежащие доказыванию при расследовании нарушений правил безопасности, конкретизировать с учетом уголовно-правовой и криминалистической специфики преступления.

Таким образом, при расследовании преступных нарушений правил безопасности, по каждому уголовному производству должны быть доказаны следующие обстоятельства:

1. Способ (форма) нарушения правил безопасности во время

выполнения работ с повышенной опасностью:

- отрасль производства, в которой произошло нарушение правил;

- характер работ, выполнявшихся (подземные работы на шахтах, высотные работы и т.п.);

- характер нарушения правил безопасности (действие или бездействие), количество нарушений и характер их комбинаций;

- какие конкретно нарушения правил безопасности были совершены (в форме действия или бездействия);

- способ сокрытия преступления (уничтожение материальных носителей, изменение обстановки места нарушения правил безопасности).

2. Обстановка, время, место нарушения правил безопасности:

- форма собственности предприятия, на котором произошло нарушение, его организационно-правовая форма, вид деятельности предприятия, степень самостоятельности предприятия;

- наличие негативных факторов, в виде шума, загазованности и т.п., общая обстановка на предприятии (по уровню соблюдения техники безопасности);

- место совершения каждого нарушения, в том числе фактическое место совершения нарушения (информационного и физического), выполнения работ (шахта, цех, строительная площадка) и место наступления опасных последствий. Кроме того, следует выяснять место сокрытия преступления;

- время осуществления каждого нарушения правил безопасности и период, в течение которого осуществлялись такого рода нарушения, время наступления последствий, режим работы предприятия, время выполнения действий по сокрытию преступления;

- на каком технологическом этапе совершено нарушение;

- документооборот, порядок его оформления и соответствие требованиям действующего законодательства.

3. Личность преступника:

- характеристика личности преступника согласно диспозиции ст. 272 УК Украины (специальный субъект), количество виновных лиц;

- возраст, пол, уровень образования, профессиональные, деловые и моральные качества личности, мотивы;

- должность, которую занимает лицо, его профессиональный стаж;

- было ли лицо ответственным за соблюдение соответствующих правил безопасности, или специально уполномоченное; наличие документов, подтверждающих возложение обязанности соблюдения правил безопасности;

- проходило ли виновное лицо вводный инструктаж и повышение квалификации по технике безопасности, а также наличие документов, подтверждающие сказанное.

4. Личность потерпевшего:

- правовой статус потерпевшего (работник предприятия, на котором произошло нарушение правил безопасности; занимаемая должность работника; входило ли выполнение работ с повышенной опасностью в круг обязанностей потерпевшего);

- возраст, пол, уровень образования, профессиональные, деловые и моральные качества лиц, отношение к выполняемой работе;

- находился ли пострадавший в состоянии алкогольного опьянения или в состоянии, вызванном употреблением наркотических или других одурманивающих веществ;

- выполнял ли потерпевший работы с повышенной опасно-



стью или же был случайным очевидцем события;

– виктимологические особенности поведения потерпевшего, например, опосредованное участие потерпевшего в процессе нарушения правил безопасности (неправомерное или правомерное поведение);

– проходил ли пострадавший специальное обучение и ежегодную проверку знаний по вопросам охраны труда;

– влияние негативных обстоятельств на поведение потерпевшего.

5. Последствия нарушения правил безопасности:

– вид и характер последствий;

– степень тяжести телесных повреждений (при наличии пострадавших);

– размер причиненного материального ущерба;

6. Обстоятельства, влияющие на степень тяжести совершенного преступления:

– деяние, повлекшее гибель людей или иные тяжкие последствия.

7. Обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого:

– черты характера, склонность к употреблению спиртных напитков, наркотических или других одурманивающих веществ;

– образ жизни, отношение к выполняемым обязанностям.

8. Обстоятельства, отягчающие наказание (исчерпывающий перечень установлен ст. 67 УК Украины).

9. Обстоятельства, смягчающие наказание:

– обстоятельства, определенные ч. 1 ст. 66 УК Украины;

– положительная характеристика с места работы;

– совершение преступления впервые;

– наличие на иждивении детей-инвалидов и др.

10. Обстоятельства, исклю-

чающие уголовную ответственность или являющиеся основанием закрытия уголовного производства (ст. ст. 36-43 УК Украины).

11. Обстоятельства, являющиеся основанием для освобождения от уголовной ответственности или наказания (ст. ст. 44-49 и 74-79 УК Украины).

**Выводы.** Учитывая изложенное, можно констатировать, что обстоятельства, которые подлежат доказыванию при расследовании нарушений правил безопасности, являются синтетической информационной моделью, выступают обязательным элементом криминалистической методики расследования нарушений правил безопасности и рассматриваются как своеобразный ориентир для определения направлений деятельности следователя в ходе осуществления конкретного уголовного производства. Обозначенная проблематика требует дальнейшего, более углубленного изучения.

## Литература

1. *Кримінальний процесуальний кодекс*. Закон України від 13.04.2012 р. № 4654- VI. В: Офіц. вісник України, 2012, № 37, ст. 1370.

2. Журавель В. А. *Обставини, що підлягають з'ясуванню, у структурі криміналістичної методики*. В: Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. Х.: Право, 2010. Вип. 10, с. 12-20.

3. Криминалистика. Учебник. Под ред. Н. П. Яблокова. 3-е изд. перераб. и доп. М.: Юрист, 2005, 781с.

4. Журавель В. А. *Криміналістичні методики: сучасні наукові концепції*. Моногр. Націон. акад. прав. наук України, Інститут вивчення проблем злочинності. Х.: Апостіль, 2012, 304 с.

5. Возгрин И. А. *Криминалистическая методика расследова-*

*ния преступлений*. М.: Высшая шк., 1983, 215 с.

6. Васильев А. Н. *Проблемы методики расследования отдельных видов преступлений*. М.: Моск. гос. ун-т., 1978, 72 с.

7. Колесниченко А. Н. *Структура и содержание методики расследования отдельных видов преступлений*. В: Советская криминалистика: методика расследования отдельных видов преступлений. К.: Высшая школа, 1998, с. 15.

8. *Расследование и предупреждение преступных нарушений правил охраны труда и техники безопасности*. Н. П. Яблоков, С. А. Квелидзе. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1971, 180 с.

9. Брайнин М. С. *Расследование преступных нарушений правил техники безопасности*. М. С. Брайнин, Э. Д. Куранова, Н. П. Косоплечев. М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1958, 257 с.



## ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ: ПРАВООТНОШЕНИЯ ПРИ УЧАСТИИ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ

Ю. ДЕРБАКОВА,

соискатель кафедры гражданского права Национального университета  
«Одесская юридическая академия»

### SUMMARY

In the article it is suggested to consider the legal relationship of property with participation of minor. Property is examined as an object of right of ownership which needs to be examined in those scopes, what property as object of civil laws, as a right of ownership is the variety of civil law. In text of the article going near defence of rights is also analysed minor, in particular, rights on habitation, which must be universal and to provide their maximal defence.

Keywords: right of ownership, minor, property, legal capacity, defence of rights.

\* \* \*

В статье предлагается рассмотреть правоотношение собственности при участии несовершеннолетних. Имущество рассматривается как объект права собственности который нужно рассматривать в тех же границах, что и имущество как объект гражданских прав, поскольку право собственности является разновидностью гражданского права. В тексте статьи также анализируется подход к защите прав несовершеннолетних, в частности, права на жилье, который должен быть универсальным и обеспечивать их максимальную защиту.

**Ключевые слова:** право собственности, несовершеннолетние, имущество, правоспособность, защита прав.

Среди всех правовых возможностей в содержании правоспособности граждан прежде всего названная возможность иметь имущество на праве собственности. Именно право собственности на имущество составляет ту базу, которая позволяет гражданам активно принимать участие в разнообразных гражданских правоотношениях.

Малолетние граждане могут иметь в собственности жилой дом, квартиру, автомобиль, гараж, земельный участок, сбережение в банке, ценные бумаги, например акции и другое имущество, полученное ими в основном в подарок или как наследство. Несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет, кроме перечисленных объектов собственности, могут иметь прибыль от собственной трудовой и предпринимательской деятельности; вещи, купленные на собственные средства; сбережение в банке, положенные на собственное имя и т.д.

Необходимо отметить, что имущество как объект права

собственности следует рассматривать в тех же границах, что и имущество как объект гражданских прав, так как право собственности является разновидностью гражданского права. К имуществу относятся вещи, включая деньги и ценные бумаги, имущественные права и другое имущество. Таким образом, ограничивать права собственности несовершеннолетних только лишь сферой вещных объектов (вещей) будет неправильным. В собственности ребенка могут оказаться акции (в бездокументной форме - это не что другое, как комплекс прав, в том числе и имущественных), части в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, комплекс имущества, предназначенный для ведения предпринимательской деятельности и т.п.

Возможность иметь имущество на праве собственности несовершеннолетнего подтверждается не только возможными основаниями его приобретения, которые позволяют логически определить потенциального собственника, но и прямым за-

креплением в законодательстве отмеченной правовой возможности. Ребенок имеет право собственности на доходы, полученные им, имущество, полученное в дар или в порядке наследования, а также на какое-нибудь другое имущество, приобретенное на средства ребенка. Более того, установлен отдельный режим имущества детей и родителей (лиц, которые их заменяют). При этом дети и родители, которые проживают вместе, могут владеть и пользоваться имуществом друг друга по взаимному согласию, Гражданский кодекс также закрепляет определенный режим собственности несовершеннолетних, устанавливая контроль за ним со стороны ООиП, с тем, чтобы оградить права собственности детей от посягательств других лиц и недобросовестных родителей (лиц, которые их заменяют). ГК Украины сурово запрещает родителям, опекунам, попечителям заключать соглашения с подопечным. Таким образом, данное положение исключает возможность передачи



несовершеннолетним своего имущества в пользование родителями. В то же время СК Украины такое соглашение разрешено. Ведь невозможно допустить, что пользование родителями по согласию с ребенком его имуществом является каким-то внедоговорным внутрисемейным имущественным обращением. Уже сам факт взаимного согласия родителей и ребенка по пользованию имуществом друг друга есть не что другое, как соглашение, то есть двустороннее соглашение.

Таким образом, ст. 177 СК Украины следует изменить, позволив осуществление соглашений между несовершеннолетним и его родителями (лицами, которые их заменяют), если такие операции осуществляются в интересах ребенка, в его интересах и для обеспечения его прав. Такое изменение норм позволит решить проблему, связанную с управлением транспортным средством, собственником которого является ребенок. В данной ситуации вполне уместным будет управление автомобилем родителями несовершеннолетнего до возникновения у самого ребенка права вождения.

Право собственности является сложным по своему содержанию, в нем тесно переплетаются несколько прав владельца, что объясняют не только статическую (нахождение имущества в собственности, владение им), но и динамическую природу права (осуществление прав владельца). Основные элементы права собственности: владение, пользование и распоряжение, обоснованные еще в римском праве, остаются принципиальной основой современного законодательства. Рассматривая право собственности несовершеннолетних, остановлюсь на тех правах, которые легально закреплены в действующем за-

конодательстве - это владение, пользование и распоряжение. Право владения означает возможность фактического владения вещью, содержания ее в своей власти; право пользования вещью и извлечение из нее полезных свойств - это возможность эксплуатации вещи и получения ее плодов и доходов; право распоряжения - это возможность по своему усмотрению совершать действия, определять юридическую судьбу вещи: продавать, закладывать та др. Право распоряжения включает и право уничтожения вещи, а также отказ от права собственности на нее. Таким образом, право собственности в позитивном смысле требует его осуществления, Р.О. Халфина отмечала, что для осуществления отмеченных прав достаточно одной правоспособности [3, с. 38]. Е.А. Чефранова предлагает дифференцированный подход к реализации права собственности несовершеннолетнего. По мнению Е.А. Чефрановой, «если владения, пользования и распоряжения (например, при потреблении), выражаются в фактических действиях несовершеннолетнего собственника, присмотр родителей, опекуна и попечителя не носит правового характера (характера представительства), поскольку институт представительства направлен на защиту юридических прав и интересов детей. Таким образом, когда действия несовершеннолетнего имеют не юридический характер, то он независимо от возраста, а значит от объема дееспособности, осуществляет пользование собственностью самостоятельно» [4, с. 102], «Если для осуществления любого из прав собственности, а не только права распоряжения, нужно совершение действий, которые носят юридический характер, представительство интересов

несовершеннолетних собственников становится неминуемым. В последнем случае речь идет уже о совершении юридически значимых действий, которые требуют определенных объемов дееспособности.» [4, с. 102].

Согласно ст. 30 ЦК Украины под гражданской дееспособностью понимается способность лица своими действиями добывать для себя гражданские права и создавать для себя гражданские обязанности.

Основное отличие гражданской дееспособности от гражданской правоспособности заключается в том, что правоспособное лицо, которое не имеет дееспособности, также может приобретать гражданские права и обязанности, но не своими действиями, а с помощью своих законных представителей: родителей, усыновителей, опекунов. Следовательно, правоспособное лицо может быть и недееспособным, но недееспособное лицо всегда правоспособно. Наличие у лица дееспособности означает способность разумно желать определенных следствий своего действия, полностью осознавать свои действия и руководить ими. Поэтому дееспособность лица зависит от его возраста и состояния психики. Для наличия правоспособности эти факторы не имеют значения. Для дееспособности необходимо, чтобы лицо имело нормальную и достаточно зрелую психику.

Оказывается, что реализация правомочий собственника несовершеннолетнего его фактическими действиями может иметь место только тогда, когда это прямо предусмотрено законом. Таким образом, чтобы иметь имущество на правах собственности, ребенку не нужна дееспособность, однако для осуществления такого права дееспособность имеет значение. Тем более, что право



собственности это не только благо, но и груз. Особенности участия несовершеннолетних в правоотношениях собственности обусловлены особенностями правосубъектности детей. В отношении собственности эти особенности сказываются больше всего. Распоряжение имуществом, которое находится в праве собственности ребенка, в основном происходит с помощью заключения соглашений, режим которых относительно несовершеннолетних регулируется ГК и СК Украины. При этом механизм обеспечения права собственности несовершеннолетних заключается в управлении имуществом несовершеннолетних, которое осуществляют родственники (лица, которые их заменяют) несовершеннолетнего. При осуществлении родителями прав по управлению имуществом ребенка на них распространяются правила, установленные гражданским законодательством относительно распоряжения имуществом подопечного. Таким образом, во-первых, можно утверждать, что правоспособность управления законодателем включена в содержание права собственности, во-вторых, такое правомочие является надстройкой трех базовых правомочий собственника (владение, пользование, распоряжение) и представляет собой правоспособность по их осуществлению, в-третьих, такая правоспособность может быть реализована самим собственником или передана им по договору доверительного управления или в силу закона. Суть правоспособности управления может быть раскрыта с помощью механизма действий родителей (лиц, которые их заменяют) из реализации правоспособности несовершеннолетних, а также договора доверительного управления имуществом. Доверитель-

ный управляющий осуществляет правомочия собственника относительно имущества, переданного в доверительное управление, то есть правомочия владения, пользование и распоряжение. Аналогичным образом действуют родители, лица, что их заменяют, относительно имущества несовершеннолетнего. При этом они могут сами определить, как владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом несовершеннолетнего, а также совместно с ребенком, учитывая объем его дееспособности. При этом, чем ребенок более взрослый, тем механизм управления его собственностью становится более сложным, в нем принимают участие сам ребенок, который достиг 14 лет, родители, давая согласие на осуществление соглашений, ООиП, контролируя распоряжение имуществом несовершеннолетнего.

Кроме того, относительно недвижимого и ценного движимого имущества несовершеннолетнего, который остался без заботы родителей, правомочие управления может быть передано другому лицу с помощью доверительного управления при сохранении контроля со стороны ООиП. В этом случае договор доверительного управления заключает ООиП. Относительно несовершеннолетних, которые достигли возраста 14 лет, это правило является специальным и представляет собой определенное ограничение их права собственности. Ведь сами дети в силу отсутствия у них полной дееспособности могут необдуманно и неумно распорядиться своим имуществом, а несовершеннолетние, которые достигли 14 лет, могут оказаться неспособными эффективно руководить им. Как ограничение права собственности подопечного предлагает рассматривать согласие «законного представите-

ля» на соглашение несовершеннолетнего А.Б. Бабаев [5, с. 67].

При этом автор отмечает, что у родителей (лиц, которые их заменяют), отсутствует право собственности на имущество подопечного, тем не менее, предоставление согласия (отказ в предоставлении согласия) есть ограничение права собственности несовершеннолетнего.

В связи с этим актуальной в данный период развития отраслевого законодательства (гражданского и жилищного) является проблема эффективности указанного ограничения и достижения его целей.

Однако из ситуации «реституция-виндикация» абсолютно выпадают несовершеннолетние субъекты гражданского права, оставившись при этом с их максимальной добросовестностью совсем беззащитными. В вопросах защиты прав несовершеннолетних судебная практика развивается не в их пользу.

В соответствии с ГК Украины все соглашения малолетнего от его имени (за незначительным исключением) осуществляются законными представителями ребенка. Таким образом, воля ребенка заполняется волей его законного представителя и выражается как волеизъявление. Формально воля ребенка приравнивается к воле законного представителя, и в случае совершения соглашения от имени малолетнего (например, по продаже квартиры) можно считать, что соглашение заключено собственником (ребенком), а, следовательно, главное условие для предъявления виндикационного иска в отмеченном случае отсутствует. В то же время законный представитель, выражая волю ребенка, может действовать только в его интересах. Правильным и наиболее подходящим для решения вопроса о наличии или отсутствии основа-



ний для виндикации использования категории интереса, а не воли (фактически соглашение малолетнего всегда происходит без его воли - «полноценной воли»). Относительно несовершеннолетнего, который достиг 14 лет, и заключает соглашение, возникает ситуация, при которой действует ребенок своей волей, однако с нарушением закона, не получая согласие своих родителей, или нарушение допускается родителями, не получают на операцию продажи квартиры разрешение ООиП при наличии однако воли самого ребенка. При этом страдают интересы несовершеннолетнего и нарушаются его права.

Неодинаковая защита одних и тех же прав детей означает отступление от принципа равенства субъектов гражданского права. Аналогичная ситуация возникает в случае, когда имуществом несовершеннолетнего в возрасте от 14 до 18 лет в нарушение ст. 177 ЦК Украины распорядились его родители, усыновители (попечитель), не имея на то никакого законного права, поскольку все соглашения должен осуществлять несовершеннолетней. В данной ситуации можно говорить о выбытии имущества из владения ребенка, как не по его воле, так и по воле несовершеннолетнего, когда ребенок соглашается на совершение от его имени соглашения родителями (лицами, что их заменяют). Выходит, что возможность истребования имущества у добросовестного приобретателя будет зависеть от того, как выбыло имущество из владения несовершеннолетнего, без его воли или нет, в то время как указанное обстоятельство вообще не должно иметь правового значения. Интересам несовершеннолетнего следует предоставлять приоритет в защите перед интересом добросо-

вестного приобретателя в связи с тем, что дети не имеют полной воли ни для осуществления своих прав, ни для защиты от злоупотреблений со стороны других лиц. Аналогичная проблема возникает и тогда, когда продажа квартиры осуществляет несовершеннолетний, который достиг возраста 14 лет, при согласии родителей, но без разрешения ООиП. Из приведенных примеров, очевидно, что конституционно-правовое толкование применения ГК Украины не может иметь абсолютного значения, поскольку не учитывает все возможные ситуации, а наоборот способно на практике привести к еще большему притеснению прав и до того уже бесправных детей. Виндикационный иск не обеспечивает подавляющей защиты интересов несовершеннолетних, осложняя механизм защиты, ставя защиту интересов недееспособных, не в полной мере дееспособных лиц в зависимость от добросовестности других лиц. В случае защиты интересов ребенка путем виндикации, когда преимущество остается за добросовестным приобретателем, несовершеннолетний не получает денежной компенсации за потерянное жилье (в виде платы за его отчуждение), т. к. соглашения осуществляются мимо несовершеннолетних; кроме того, на практике не применяется механизм определения реальной цены соглашения, отличной от цены, согласованной сторонами; отечественная правовая действительность показывает, что успех судебного производства не означает успех исполнительного осуществления (поэтому ребенок вряд ли получит какую-то компенсацию за потерянное жилье). Кроме того, реституционное требование в случае продажи жилищного помещения без возвращения объ-

екта в натуре, лишено всяческого смысла, так как возмещение стоимости квартиры в деньгах поглощается ценой, оплаченной покупателем при приобретении квартиры. В итоге последствия недействительности сделки отсутствуют. Приоритет права добросовестного приобретателя над правом ребенка не будет способствовать решению и еще одной неотложной проблемы: беспризорностью несовершеннолетних, в то время, как детство находится под защитой государства.

Подход к защите прав несовершеннолетних, и, прежде всего, права, на жилье должен быть универсальным и обеспечивать их максимальную защиту. Такой подход должен применяться в качестве системы норм, независимо от того, нарушены ли права в результате действий самих детей или других лиц, является несовершеннолетний собственником, членом семьи собственника или членом семьи нанимателя жилищного помещения. Отмеченные вопросы должны найти быстрое решение в нормах ГК Украины. Кроме того, ст. 177 СК Украины призвана обеспечивать защиту права собственности несовершеннолетних не только на жилищные помещения, но и на другое имущество, что находится в их собственности, а также имущественные права (например, засвидетельствованные акциями; части в уставных капиталах коммерческих организаций и т. п.).

Поэтому отмеченная норма должна быть стабилизирована. При том ее действие необходимо уточнить, нужно разрешение ООиП, без которого попечитель не может давать согласие на соглашения, которые уменьшают имущество несовершеннолетнего. Эта норма не охватывает и не учитывает ситуации, когда никакого согласия попечитель не дает на сделку ребенка (у ре-



бенка вообще нет намерения ее осуществлять), а действует самостоятельно вопреки правам и интересам несовершеннолетнего (то есть незаконно). Формальный подход к отмеченной проблеме является игнорированием ГК Украины. Приоритет на защиту прав детей (как вообще недееспособных и ограниченно дееспособных лиц), а не добросовестных приобретателей позволил бы решить проблему определения самого принципа добросовестности Гражданского права и его критериев (признаков), переместив акцент с презумпции добросовестности на презумпцию недобросовестности в отношениях с участием лиц, которые не полностью дееспособны. Для применения принципа добросовестности практикой должны быть произведены определенные критерии (возможно путем судебного толкования). В другом случае добросовестность остается абстрактным понятием, абсолютно неопровержимым (независимо от того, добросовестный или недобросовестный продавец, покупатель всегда добросовестный, если не доказано другое). Это крайне неблагоприятно отражается и будет продолжать отражаться на практике взаимодействию участников оборота. Например, если лицо, чье право нарушено, но которое с учетом толкования Конституционного Суда лишено защиты этого права, является таким же или более добросовестным лицом, чем добросовестный приобретатель по соглашению с неуполномо-

ченным отчуждателем, кто из них (добросовестный владелец или добросовестный приобретатель) и чью добросовестность должен опровергать. Ведь презумпция добросовестности в равной степени распространяется на всех субъектов права, что нуждаются в защите. И, наконец, несовершеннолетние - это особые субъекты права, не наделенные полностью сформированной волей и способностью полноценно осуществлять свои права и защищать их, поэтому вряд ли для защиты прав отмеченной категории субъектов может иметь значение фигура добросовестного приобретателя и факт выбытия имущества из владения собственника без его воли. Главным в вопросе защиты нарушенного права ребенка должно быть противоречие соглашения интересам ребенка [199, с. 209] и нормам закона, специально направленным на обеспечение его прав. Поэтому какие-нибудь соглашения, что противоречат интересам несовершеннолетнего и законом, который предусматривает специальные гарантии и механизмы защиты его прав должны быть незначительными с применением максимального института защиты (двусторонняя реституция с 10-летним сроком исковой давности, как было предусмотрено раньше). Данный срок исковой давности является вполне оправданным, поскольку позволит несовершеннолетним ограждать свои права, когда они смогут совершать самостоятельные действия, повзрослев.

## Литература

1. *Цивільний кодекс України*. Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. В: Відомості Верховної Ради України, 2003.
2. *Сімейний кодекс України*. Закон України від 10.01.2002 № 2947-III. В: Відомості Верховної Ради України, 2002.
3. Халфина Р. О. *Право личной собственности*. В: Наука, 1964, №1, с. 38.
4. Чефранова Е. А. *Имущественные отношения в российской семье*. М. 1997, 336 с.
5. Бабаев А. Б. *Имущество недееспособных и частично дееспособных лиц и проблема доверительного управления им*. В: Государство и право, 2003, №5, с. 64-71.