„JURNALUL JURIDIC NAȚIONAL:
TEORIE ȘI PRACTICĂ” S.R.L.
Publicație științifico-practică de drept

„НАЦИОНАЛЬНЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ:
ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА” О.О.О.
Научно-практическое правовое издание

„NATIONAL LAW JOURNAL:
THEORY AND PRACTICE” L.L.C.
Scientific and practical Publication in law

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

ISSN 2345-1130

Revistă inclusă în Registrul Național al revistelor științifice de profil prin hotărîrea comună nr. 270 din 31.10.2013 a Consiliului Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică și a Consiliului Suprem pentru Acreditare și Atestare al AȘM.

Categoria C

Журнал включен в Национальный реестр профильных научных журналов совместным решением № 270 от 31.10.2013 Высшего совета по науке и технологическому развитию и Высшего Совета по аккредитации и аттестации Академии наук Молдовы.

The magazine included in the national register of scientific magazines profile of joint decision nr. 270 of 31.10.2013 of the Supreme Council for Science and Technological Development and the Supreme Council for Accreditation and Attestation of Academy of Sciences of Moldova.

Fondatori:
Instituția Privată de Învățămînt
Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată
Întreprinderea cu capital străin «*Demsta*» S.R.L.

Se editează din martie 2013

Nr. 4(20) 2016

Redactor-șef L. Arsene

Redactor științific O. Bejan, doctor în drept

Colegiul de redacție:

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

Adresa redacției: Casa Presei, et. 5, of. 512,
str. Puşkin 22, mun. Chişinău, MD-2012, Republica Moldova
Tel.: 022-233790
E-mail: jurnaljuridic@mail.ru
Pagina Web: jurnaljuridic.md

SUMAR

Юрий ГЕОРГИЕВСКИЙ. Публичное управление территориальной общиной в Украине: конституционно-правовые проблемы реформирования 4
Александра КОЛОГОЙДА. О правовой природе и субъектном составе акционерных правоотношений 11
Костянтин ЗУБЕНКО. Введення в цивільний оборот рухомих речей, на які поширено правовий режим нерухомості 17
Ю. ЗДОРОВ. Ответственность за нарушение законодательства, регулирующего организацию и проведение азартных игр 23
Zinaida LUPAȘCU. Dezvoltarea strategiei comune a uniunii europene pentru Europa de Sud-Est în domeniul activității vamale 30
Оксана КАСПРУК. К вопросу об отдельных аспектах правового регулирования международных транспортных коридоров 35
Романа ХОБОР. Международно-правовой опыт регулирования имущественных отношений супругов по брачному договору (на примере законодательства ФРГ и США) 41
André NORMANDEAU. Poliţia de proximitate în America de Nord (1990-2015) – un succes, dar nu o panacee 47
Octavian BEJAN. Unele formule aplicabile în prognozarea criminologică prin metoda extrapolării 50
Marin MEGHEREA. Semne generale şi comune infracţiunilor care afectează regimul frontierei de stat a Republicii Moldova 55
Юлія КЕРНЯКЕВИЧ-ТАНАСІЙЧУК. Система принципів кримінально-виконавчої політики України 60
Сергій ПАСЛАВСЬКИЙ. Умови та порядок укладення угоди про визнання винуватості у провадженні щодо особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності національного антикорупційного бюро України. 68
Сергей ХАРИТОНОВ. Воинские преступления по уголовному законодательству Украины. (признаки и система) 75
Adrian LEBEDINSCHI, Viorel SAVVA. Obiectul juridic al infracţiunii de insolvabilitate fictivă 80
Юрій МИРОШНИЧЕНКО. Щодо концепції конвенційної істини в кримінальному процесі 88
Larisa BUGA. Unii factori care contribuie la formarea concepţiei politicii penale 92
Олена МІЛІЄНКО. Проголошення судових рішень як складова принципу гласності і відкритості адміністративного судочинства 96

Culegere şi paginare computerizată. Bun de tipar 04.08.2016. Formatul 60x84-$^{1}/_{8}$. Tipar ofset.
Coli tipar conv. 11,75. Imprimat la „Tipocart Print” SRL, mun. Chişinău. Tirajul 300 ex.

Dreptul constituțional și dreptul municipal

ПУБЛИЧНОЕ УПРАВЛЕНИЕ ТЕРРИТОРИАЛЬНОЙ ОБЩИНОЙ В УКРАИНЕ: КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕФОРМИРОВАНИЯ

Юрий ГЕОРГИЕВСКИЙ,
кандидат юридических наук, доцент,
начальник Главного управления юстиции в Харьковской области

SUMMARY

The article analyzes the peculiarities of public administration in connection with the reform of decentralization in Ukraine. The features of the constitutional decentralization in Ukraine are examined. In this connection there took into account: the place and role of state Executive bodies and bodies of local self-government in system of public authorities, as well as the established in public administration science the conceptual number " purposes – objectives – functions – competence". Considerable attention is paid to the analysis of the sources regarding the public authorities decentralization in the foreign States. The provisions on the role of local authorities in the management of the territorial community, as well as proposals for the improvement of constitutional legislation of Ukraine are formulated.

Key words: local self-government bodies, Executive authorities, local authorities functions, decentralization.

РЕЗЮМЕ

В статье анализируются особенности публичного управления в связи с проведением реформы децентрализации в Украине. Исследуются особенности проведения конституционной децентрализации в Украине. При этом учитывается: место и роль органов государственной исполнительной власти и органов местного самоуправления в системе органов публичной власти, а также устоявшийся в науке государственного управления понятийный ряд «цели – задачи – функции – компетенция». Значительное внимание уделяется анализу источников относительно децентрализации публичной власти в иностанных государствах. Формулируются положения относительно роли органов местного самоуправления в управлении территориальной общиной, а также предложения по совершенствованию конституционного законодательства Украины.

Ключевые слова. Органы местного самоуправления, органы исполнительной власти, функции органов местного самоуправления, децентрализация.

Введение. По европейской традиции к органам публичной администрации относятся органы исполнительной власти и органы местного самоуправления. В отечественной административно-правовой науке получило обоснование положение о том, что «реализация исполнительной власти обеспечивается определенным организационно-правовым механизмом, который в юридической науке принято рассматривать как сочетание некоторой совокупности субъектов (статика), процесса их деятельности (динамика), и нормативно-правовой регламентации (правовой ресурс), что обеспечивает надлежащую юридическую основу как существования, так и функционирования данных субъектов» [1, с. 4].

В Украине согласно статье 132 Конституции Украины [2], территориальное устройство Украины основывается на принципах сочетания централизации и децентрализации в осуществлении государственной власти.

Это привело к чрезмерной централизации власти, возникновению конституционных конфликтов, отсутствию возможности у органов местного самоуправления должным образом осуществлять публичную власть на своей территории. Как видим, общая централизация оборачивается весомыми затратами, которые обусловлены одновременно такими факторами как неэффективная система распределения ресурсов (потребители не обеспечены тем, в чем нуждаются и за что готовы платить) и отрицательным эффектом масштаба (рост затрат на единицу продукции связано с ростом количества людей, получивших услугу).

Целью статьи является проведение анализа, определения конституционно-правовых проблем реформирования публичного управления территориальной общиной в Украине и разработка предложений по реформированию местного самоуправления в Украине.

Анализ последних исследований. В специальной литературе рассмотрение проблем реформирования публичного управления территориальной общиной в Украине в той или иной степени осуществлялось в трудах представителей отече-

ственных наук административного и конституционного права, наук государственного управления, прежде всего в трудах М.А. Баймуратова, Ю.П Битяка, В.К. Колпакова, В. Кравченко, А.Г. Крусян, А.А. Селиванова, А.Ф. Фрицкого, В.М. Шаповала и других исследователей.

Вместе с тем имеющиеся исследования посвящены отдельным аспектам рассматриваемой проблемы, что является причиной необходимости комплексного системного исследования конституционно-правовых проблем реформирования публичного управления территориальной общиной в Украине.

Изложение основного материала. В отечественной практике определения и распределения компетенции между органами исполнительной власти используется функциональный, отраслевой и программно-целевой принципы. В Академическом курсе «Административное право» «функциональный принцип имеет место когда орган направлен на выполнение одной или нескольких функций государственного управления; отраслевой принцип – когда орган осуществляет руководство одним или несколькими отраслями государственного управления; программно-целевой – когда орган создан для целенаправленного решения конкретной проблемы (программы) важного общественного значения» [3].

В 2014 году Кабинет Министров Украины распоряжением от 01.04.2014 г. № 333-р одобрил Концепцию реформирования местного самоуправления и территориальной организации власти в Украине, объектом регулирования которой является: местное самоуправление, которое урегулировано как разделом XI Конституции Украины от 28.06.1996 года, так и Законом Украины от 21 мая 1997 года № 280/97-ВР «О местном самоуправлении» [4]; территориальная организация власти.

Следует обратить внимание, что текст Концепции реформирования местного самоуправления и территориальной организации власти в Украине, одобренной Распоряжением Кабинета Министров Украины от 01.04.2014 г. № 333-р, не содержит ни одного положения относительно ликвидации государственных администраций и создания взамен государственных представительств. Поэтому изменения в Конституцию Украины относительно реализации реформы местного самоуправления и курса Правительства на децентрализацию власти в Украине не могут использовать Концепцию реформирования местного самоуправления и территориальной организации власти в Украине в качестве первоисточника. Тем более, что распоряжение Кабинета Министров Украины являются актами Кабинета Министров Украины по организационно-распорядительным и другим текущим вопросам, а акты по нормативным вопросам издаются в форме постановлений.

Следствием принятия законопроекта о внесении изменений в Конституцию Украины станет ослабление местных органов исполнительной власти, после передачи части их полномочий исполнительным подразделениям органов местного самоуправления. Можно надеяться, что двойное подчинение (подотчетность и подконтрольность) местных органов исполнительной власти останется и после предлагаемой реформы, для которой требуется внесение изменений в Конституцию Украины от 28.06.1996 года и принятие пакетов законов. Ведь если ликвидировать местные государственные администрации, то может исчезнуть законодательно определенная подотчетность и подчиненность районных местных органов исполнительной власти областным, а областных – Кабинету Министров Украины, что может привести к дезинтеграции системы исполнительной вертикали государственного управления и потере управляемости страной. Одним из результатов изменений станет то, что областные или районные советы смогут увольнять председателей исполкомов простым большинством голосов вместо двух третей.

Современная теория муниципального права рассматривает местное самоуправление и местное управление сквозь призму понятий «децентрализация» и «деконцентрация» государственной власти. Различие в них заключается в том, что децентрализация – это передача центром отдельных властных полномочий местным органам власти, а деконцентрация – это предоставление полномочий чиновникам, назначенным центральной властью, или разделение власти одного уровня.

Концептуально децентрализации должна предшествовать деконцентрация, по результату которой территориальные органы министерств и других центральных органов исполнительной власти должны стать структурными подразделениями местных органов исполнительной власти. Принцип деконцентрации является одним из механизмов разграничения полномочий между органами государственной власти и органами местного самоуправления.

А.Ф. Фрицкий считает, что «деконцентрация – это передача полномочий служащим, назначаемым центральной властью, а также дробление властей определенного уровня. Децентрализация состоит в передаче центром отдельных властных полномочий местным органам» [5, с. 473].

Деконцентрации присущи особые механизмы участия регионов и территорий в выборе оптимальных решений. К конкретным механизмам, которые обеспечивают деконцентрацію, относятся: региональные демонстрационные программы (waivers); долевое финансирование, длк-гранты и тому подобное.

Сущностью демонстрационных программ является то, что ответственность за определение методов и механизмов реализации государственной политики на определенных условиях передается административным единицам. К таким условиям относятся: конкурсный отбор заявок на проведение региональных демонстрационных программ; конкретный ограниченный срок их действия (от 3 до 5 лет); отсутствие дополнительных требований к финансированию, которое было выделено правительством для решения поставленных задач; мониторинг реализации и широкомасштабная оценка результатов региональных демонстрационных программ.

При этом за общегосударственными органами власти сохраняется ответственность за разработку целей проведения региональных демонстрационных программ, выдачу разрешения на их проведение, контроль и оценку результатов. Если демонстрационная программа признается успешной, это может быть основанием для внесения изменений в законодательство.

Обоснование необходимости децентрализации носит двоякий характер. Во-первых, как отмечает французский ученый Ж. Ведель, «децентрализация, передавая непосредственно в руки именно заинтересованных лиц управление делами, имеет достоинства демократического характера». Во-вторых, «децентрализованное управление, если только для этого обеспечены необходимые средства и условия, является менее сложным и более практичным, чем централизованное управление» [6, с. 397].

По нашему мнению, закрепление принципа децентрализации выступает как форма организации публичного управления, при которой наряду с государством существуют другие юридические лица публичного права, которые выполняют часть управленческих задач. Именно децентрализация влечет за собой передачу компетенции от центра на места и тем самым способствует наделению местных органов значительными властными полномочиями по управлению в пределах собственных и делегированных полномочий. Для эффективной децентрализации нужно наделить территориальные общины четко определенной компетенцией и адекватными средствами решения вопросов, которые входят в данную компетенцию, предоставление им возможности формировать свои органы управления, ограничение контроля за деятельностью органов местного самоуправления со стороны центральной власти.

Необходимость совершенствования системы распределения компетенции и полномочий между органами государственной власти и органами местного самоуправления обусловлена рядом факторов, в частности: низкой эффективностью государственного управления, европейской интеграцией Украины и потребностью профессионального, научного подхода к обеспечению эффективности всей публичной администрации. Европейская интеграция Украины требует от государства закрепления системы распределения сфер компетенции и полномочий различных уровней административно-территориального деления согласно нормативно-правовой базе Европейского Союза и Совета Европы.

Вместе с тем следует отметить, что в отечественной юридической науке четко не определены критерии разграничения компетенции и полномочий органов государственного управления и местного самоуправления. Поэтому актуальным является дальнейшая разработка и определение оптимальной для Украины в современных условиях конституционной модели разделения сфер компетенции и полномочий между представительством государственной власти в лице местных органов исполнительной власти и органами местного самоуправления, ее анализ на основе норм украинского законодательства и формирование предложений по его совершенствованию.

Конституция Украины закрепляет основные принципы организации местного самоуправления, его роль в системе народовластия, способ его законодательного регулирования. Тем не менее, последние события в Украине убеждают, что без проведения конституционной реформы местного самоуправления и передачи его органам со значительными полномочиями не может быть воплощен принцип осуществления власти народом на местах.

Метод системного анализа позволяет определить Украину как сложную систему, имеющую функциональную структуру, каждый уровень которой решает не только общие, но и особые задачи, действуя в относительно автономном режиме. Автономия предполагает децентрализацию функций этой системы, однако выбор формы, способа, меры децентрализации определяется многими социальными факторами. Децентрализация проводится в разнообразных организационно-правовых

формах в зависимости от интересов тех или иных социальных групп с учетом уровня политического, экономического, культурного развития, национальных особенностей, исторических традиций и других объективных и субъективных факторов. Различают функциональную и территориальную децентрализацию. Функциональная децентрализация осуществляется в связи с перераспределением функций между структурными единицами аппарата управления одного уровня. Территориальная децентрализация предусматривает, что государственные органы высшего уровня передают часть своих функций органам управления нижестоящего уровня (регионального или местного). Наиболее последовательной и развитой формой территориальной децентрализации современного государства является местное самоуправление. Именно эта форма децентрализации закреплена Конституцией Украины. В современных международных документах признается, что включение демократических принципов в процесс управления следует рассматривать как основной принцип принятия решений на местном уровне.

Следует отметить Проект рекомендаций о децентрализации и усилении роли местных властей, подготовленный группой экспертов, которая была организована в соответствии с резолюцией 19/12 Управляющего Совета ООН по поддержке и развитию поселений, и который после обсуждения на сессии Всемирного Форума по проблематике развития городов, который проведен в июне 2006 года в Ванкувере, был издан Секретариатом ООН под названием Ванкуверский проект [7]. Этот документ не является международным договором, но поддерживает приоритетные направления демократического развития местной власти. В проекте отмечается, что местные органы власти должны учитывать, что общество состоит из различных составляющих, и всегда нужно проверять, все ли они вовлечены в прогрессивное развитие своих округов или районов. Органы местной власти должны устанавливать и развивать сотрудничество со всеми представителями гражданского общества, особенно с негосударственными организациями и организациями, созданными членами территориальной общины.

Проект определяет, что в связи с усилением гражданского вовлечения в процесс управления местные органы власти должны внедрять новые формы и способы участия в нем граждан. Например, использование общественных советов местных территориальных единиц, использование интернет-технологий в осуществлении демократии, участие граждан в формировании местных бюджетов, гражданские инициативы в проведении референдума, насколько они могут быть применены в конкретных условиях.

Министерством регионального развития, строительства и жилищно-коммунального хозяйства Украины подготовлены предложения относительно изменений в Основной Закон (Конституцию) Украины. Предложения подготовлены относительно реализации реформы местного самоуправления, Концепция которой была одобрена Кабинетом Министров Украины 1 апреля 2014 г.

Предложения относительно изменений к Основному закону, подготовленные Министерством регионального развития, строительства и жилищно-коммунального хозяйства на основе: а) положений Европейской Хартии местного самоуправления; б) предложений отечественных экспертов (наработки Конституционной ассамблеи, Конституционной комиссии парламента, групп экспертов в области конституционного права и местного самоуправления); в) с учетом позиции польских экспертов, которые имеют успешный опыт внедрения реформы местного самоуправления [8].

Одной из задач конституционной реформы согласно Концепции реформирования местного самоуправления и территориальной организации власти в Украине [9] является достижение оптимального распределения полномочий между органами местного самоуправления и органами исполнительной власти. Доступность и надлежащее качество публичных услуг, как отмечается в Концепции, обеспечивается путем оптимального распределения полномочий между органами местного самоуправления и органами исполнительной власти на различных уровнях административно-территориального устройства по принципам субсидиарности и децентрализации.

Следует отметить, что децентрализация власти неделимая от идеи ее единства. И в этом отношении Конституция Украины соответствует доктрине децентрализации. Децентрализованные субъекты власти, в том числе органы местного самоуправления, осуществляют управление. Децентрализация предусматривает передачу ряда государственных полномочий местным органам, которые не связаны отношениями субординации с государственными структурами. Но при этом должны существовать пределы независимости осуществления таких полномочий.

Согласно Конституции Украины, органы местного самоуправления не являются органами государственной власти, что предполагает автономность местного самоуправления от органов государ-

ственной власти в структурно-организационном смысле. Но будучи выведенными Конституцией Украины из системы органов государственной власти в структурно-организационном плане, органы местного самоуправления остаются в содержательно-функциональном значении в системе государственно-властных отношений. Организационно отделенные от государственной власти, органы местного самоуправления связаны с ней в различных сферах деятельности. Именно создание и функции органов местного самоуправления определяются актами органов государственной власти. Они действуют в соответствии с единой государственной политики – экономической, социальной и др., могут наделяться соответствующими государственными полномочиями, участвовать в реализации государственных программ.

Законодательство большинства государств современного мира в той или иной форме разделяет полномочия органов публичной администрации на обязательные и факультативные (добровольные). К обязательным входят, как правило, жизненно важные для местных коллективов вопросы, которым придается общегосударственное значение: поддержание общественного порядка и безопасности; организация дошкольного, начального, а иногда и среднего образования населения (включая содержание школьных помещений, детских садов, специализированных учреждений для детей-инвалидов), территориальное планирование, управление землепользованием, противопожарная охрана, водоснабжение, канализация, сброс сточных вод, утилизация коммунальных отходов, контроль за загрязнением окружающей среды, охрана здоровья, эксплуатация санитарных учреждений, обеспечение населения электричеством, газом и теплом, освещение и уборка улиц, регулирование дорожного движения, содержание дорог, коммунальных кладбищ, организация ритуальных услуг, развитие торговли и рынков и т.п. Объем обязательных полномочий, предусмотренных законом, может зависеть от количества населения соответствующей территориальной единицы. Законодательство Венесуэлы, например, предусматривает, что в каждом городском районе с населением более 1 тысячи жителей должны существовать такие службы: питьевой воды, освещения улиц и домов, городских дорог, общественных туалетов, службы образования и медицинской помощи. В городских районах с населением более 5 тысяч жителей, кроме того, должны функционировать служба канализации, пожарная часть и др.[10, с. 95].

Аналогичный подход используется в Испании в Законе об основах местных порядков 1985 года.

Государство, как правило, устанавливает минимальные стандарты обязательных услуг, следит за их исполнением, гарантируя тем самым определенную защиту населения в случае неэффективности действий или бездействия местной власти. При невыполнении местными органами своих обязательных полномочий возможны такие меры воздействия на них: с местной власти могут быть взысканы убытки, вызванные таким неисполнением; они могут быть лишены правительственных субсидий; соответствующие функции могут быть осуществлены властью вышестоящего уровня управления или переданы соответствующим специализированным организациям; в некоторых случаях возможен роспуск местного совета [11, с. 39].

Факультативные полномочия реализуются местными органами по своему усмотрению, в зависимости от финансовых возможностей. К ним чаще всего относятся различные виды обслуживания населения и организации его досуга: коммунальное жилищное строительство, ремонт домов, создание муниципальных коммунально-бытовых предприятий, организация коммунального общественного транспорта, поддержка и обслуживание социально незащищенных слоев населения, назначение из муниципальных средств доплат к пенсиям и пособиям, организация массовых мероприятий, развитие художественной самодеятельности, обеспечение работы спортивных площадок, бассейнов, театров, библиотек, обустройство прилегающих к ним территорий и т.п. Стандарты факультативных услуг, как правило, не устанавливаются сверху, а разрабатываются непосредственно на местах.

Следует указать, что конституционное законодательство ряда стран (Австрия, ФРГ, Финляндия, Чехия, Япония) выделяет и так называемую «делегированное» (порученную) компетенцию местных органов, близкую по функциональному назначению к обязательным полномочий, то есть компетенцию, которая передается им вышестоящей властью.

Общая тенденция для большинства стран современного мира заключается в сокращении коммунальных дел и расширении обязательных и порученных. Такая ситуация отражает интеграцию местных органов в государственный механизм, их приспособление к решению прежде всего задач общегосударственного значения. Концепция реформирования местного самоуправления и территориальной организации власти в Украине пред-

усматривает, что органам местного самоуправления базового уровня предоставляются полномочия в соответствии с их кадровым, финансовым, инфраструктурным потенциалом и ресурсами на новой территориальной основе.

Основными полномочиями органов местного самоуправления базового уровня является обеспечение: местного экономического развития; развития местной инфраструктуры, информационных сетей, объектов социального и культурного назначения; планирование развития территории общины; решение вопросов застройки территории (отвод земельных участков, предоставления разрешений на строительство, принятие в эксплуатацию зданий); благоустройства территории; предоставление жилищно-коммунальных услуг (централизованного водо-, теплоснабжения и водоотведения, вывоза и утилизации отходов, содержания домов и сооружений, придомовых территорий коммунальной собственности); организации пассажирских перевозок на территории общины; содержания улиц и дорог в населенных пунктах; общественной безопасности; тушение пожаров; управления учреждениями среднего, дошкольного и внешкольного образования; предоставления услуг скорой медицинской помощи, первичной охраны здоровья, профилактики болезней; развития культуры и физической культуры (содержания и организации работы домов культуры, клубов, библиотек, стадионов, спортивных площадок); оказания социальной помощи через территориальные центры предоставления административных услуг через центры предоставления таких услуг.

Полномочия передаются государством органам местного самоуправления, действующим на том уровне административно-территориального устройства, на котором возможно и целесообразно их осуществлять, учитывая кадровый, финансовый, инфраструктурный потенциал и ресурсы, необходимые для реализации полномочий на таком уровне.

Для оптимального распределения полномочий между органами местного самоуправления и органами исполнительной власти на различных уровнях административно-территориального устройства необходимо обеспечить: совершенствование системы привлечения общественности к разработке управленческих решений и контроля за их реализацией; определение достаточной налоговой базы, что позволит обеспечить выполнение органами местного самоуправления собственных полномочий с учетом объективных критериев финансирования делегированных государством полномочий; образование на каждом административно-территориальном уровне представительных органов местного самоуправления с собственными исполнительными органами; эффективный государственный контроль за соблюдением органами местного самоуправления требований Конституции и законов Украины [12].

Согласно ст. 140 Конституции Украины, «местное самоуправление является правом территориальной громады - жителей села или добровольного объединения в сельскую громаду жителей нескольких сел, поселка и города - самостоятельно решать вопросы местного значения в пределах Конституции и законов Украины» [13], однако самостоятельность не является абсолютной. Указанный выше Ванкуверський проект содержит рекомендации по контролю за работой органов местного самоуправления со стороны органов государственной власти, который применяется строго в соответствии с установленными процедурами и только в тех случаях, которые определены в Конституции или законе. Надзор должен сводиться к проверке правомерности уже совершенных действий местных органов власти и учитывать принцип автономности этих органов.

Согласно Проекта Закона Украины «О внесении изменений в Конституцию Украины (относительно децентрализации власти)» [14], статью 117 Конституции Украины предлагается изложить в следующей редакции: «Председатели государственных представительств на соответствующей территории: 1) осуществляют надзор за соответствием актов органов местного самоуправления Конституции и законам Украины; 2) координируют и направляют работу государственных инспекций на местном уровне; 3) координируют работу территориальных органов центральных органов исполнительной власти; 4) координируют деятельность всех территориальных органов центральных органов исполнительной власти и органов местного самоуправления в условиях чрезвычайного и военного положения; 5) осуществляют другие полномочия, определенные Конституцией и законами Украины».

Выводы. По нашему мнению, ответственность за вмешательство в дела местного самоуправления должна лежать на центральных и региональных органах власти, но оценка правильности такого вмешательства, возможность пересмотра принятого решения должна осуществляться независимыми институтами, такими как суд. Это одна из гарантий самостоятельности местного самоуправления, соблюдение или несоблюдение которой показывает, насколько является реальным

местное самоуправление в государстве как особая децентрализованная форма демократической власти.

Исходя из вышеизложенного, по нашему мнению, пункт 1 в статье 117 проекта Закона Закона Украины «О внесении изменений в Конституцию Украины (относительно децентрализации власти)» следует изъять [15]. На данном этапе государственного строительства в Украине важно создать такую систему управления в целом, которая была бы максимально эффективной в соответствующих условиях, чтобы каждый уровень публичной власти носил политическую и административную ответственность за результаты работы, направленной на развитие территорий, обеспечение надлежащего благополучия членов территориальной общины.

Список використаних джерел

1. Проблеми удосконалення організаційно-правового механізму реалізації виконавчої влади в Україні: наук. доповідь / [ред. В. Б. Авер‘янов]. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2006. – 48 с.

2. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. // Відомості Верховної Ради України від 23.07.1996 р., № 30, стаття 141.

3. Адміністративне право України. Академічний курс: підруч.: у 2 т. / [В.Б.Авер‘янов (голов. редкол) [та ін.]. – К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. – 2004. –

Том 1: Загальна частина. – 2007. – 208 с.

4. Закон України від 21 травня 1997 року № 280/97-ВР «Про місцеве самоврядування в Україні» [Електронний ресурс]. – Режим доступу до док.: www.rada.gov.ua.

5. Фрицький О.Ф. Конституційне право України: підруч. / Фрицький О.Ф. – 3-є вид., перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 512 с.

6. Ведель Ж. Административное право Франции. Пер. с фр. / Ведель Ж. – М.: Прогресс, 1973. – 512 с.

7. Ванкуверський проект. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до док.: http://www.citieslocalgovernments.org/gold/gold_report.asp.

8. Роз‘яснення щодо змін до Конституції України на реалізацію Реформи місцевого самоврядування та курсу Уряду на децентралізацію влади в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.minregion.gov.ua/koncepciya-reformuvannya-miscevogo-samovryaduvannya-ta-teritorialnoyi-organizaciyi-vladi-v-ukrayini-333230/rozyasnennya-schodo-zmin-do-konstituciyi-ukrayini-na-realizaciyu-reformi-miscevogo-samovryaduvannya-ta-kursu-uryadu-na-decentral-449374/.

9. Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу до док.: http://www.minregion.gov.ua/koncepciya-reformuvannya-miscevogo-samovryaduvannya-ta-teritorialnoyi-organizaciyi-vladi-v-ukrayini-333230/rozporyadzhennya-kabinetu-ministriv-ukrayini-vid-01-04-2014-r--n-333-r-pro-shvalennya-koncepciyi-reformuvannya-miscevogo-samovry-669451/.

10. Штанина М.А. Административное право в странах Латинской Америки / Штанина М.А. – М., 1994. – С. 95-96.

11. Черкасов А.И. Местное управление в конституционном механизме стран современного мира / Черкасов А.И. – М.: Юрлитинформ, 2014. – 192 с.

12. Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу до док.: http://www.minregion.gov.ua/koncepciya-reformuvannya-miscevogo-samovryaduvannya-ta-teritorialnoyi-organizaciyi-vladi-v-ukrayini-333230/rozporyadzhennya-kabinetu-ministriv-ukrayini-vid-01-04-2014-r--n-333-r-pro-shvalennya-koncepciyi-reformuvannya-miscevogo-samovry-669451/.

13. Конституція України від 28 червня 1996 р. (із. зм. і доп.) // Відомості Верховної Ради України від 23.07.1996 1996 р., № 30, стаття 141.

14. Проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)». – Режим доступу до док.: http://www.minregion.gov.ua/koncepciya-reformuvannya-miscevogo-samovryaduvannya-ta-teritorialnoyi-organizaciyi-vladi-v-ukrayini-333230/porivnyalna-tablicya-do-proektu-zakonu-ukrayini-pro-vnesennya-zmin-do-konstituciyi-ukrayini-schodo-decentralizaciyi-vladi-619673/.

15. Георгієвський Ю.В. Вдосконалення системами розподілу компетенції й повноважень органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування я к центральна проблема територіальної організації влади в Україні / Ю.В. Георгієвський // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2014. – Випуск 28. – Т. 1. – С. 65–67.

Dreptul civil și procedura

О ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ И СУБЪЕКТНОМ СОСТАВЕ АКЦИОНЕРНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Александра КОЛОГОЙДА,
доктор юридических наук, доцент, доцент кафедры хозяйственного права Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

SUMMARY

Last years the research of the persons managing joint stock company has become urgency. The legal nature of the relationship between the joint stock company, its management bodies and officials is examined in the article. The concept and subjects of the corporate relations are defined. The Ukrainian corporate law, which regulates the status of management bodies and the officials of legal entities is analyzed. An expansion of the joint-stock companies' corporate relations subjects circle is proposed.

Keywords: corporate relations, joint stock companies, the legal person management body.

АННОТАЦИЯ

В последние годы исследование правового статуса лиц органов управления акционерного общества стало актуальным. В статье исследована правовая природа отношений между акционерным обществом, его органами управления и должностными лицами. Определено понятие и субъектный состав корпоративных отношений. Проанализировано законодательство Украины, которое регламентирует статус органов управления и должностных лиц юридических лиц. Предложено расширение круга субъектов корпоративных отношений в акционерных обществах.

Ключевые слова: корпоративные отношения, акционерные общества, орган управления юридического лица.

Постановка проблемы и состояние исследования. Вопрос о статусе органа управления, прежде всего исполнительного, и характере взаимоотношений органа управления и должностных лиц с юридическим лицом остается одним из самых дискуссионных в юридической науке. Эти вопросы становились предметом неоднократных исследований таких учених как: Б. Блек, А. В. Габов, О. М. Винник, И. И. Гришина, В. В. Долинская, Ю. М. Жорнокуй, Е. Р. Кибенко, В. М. Кравчук, Д. В. Ломакин, И. В. Лукач, Р. А. Майданик, А. Е. Молотников, И. В. Спасибо-Фатеева и др. В этих работах высказаны различные позиции о круге участников корпоративных отношений и правовой природе отношений между акционерным обществом, его органами управления и должностными лицами.

Актуальность темы исследования. Принятие Закона Украины от 7.04.2015 г. «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины о защите прав инвесторов» [1], Закона Украины от 14.10.2014 г. «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины об установлении конечных выгодополучателей юридических лиц и публичных деятелей» [2], обобщение Высшим хозяйственным судом Украины судебной практики в корпоративных спорах [3] и разработка правовой позиции Конституционного и Верховного Суда Украины о корпоративной правовой природе отношений между обществом и лицами, которым доверено полномочия по управлению им, обусловливает проведение нового исследования правовой природы отношений между акционерным обществом, органами управления и лицами, осуществляющими управление акционерным обществом**.**

Целью исследования является анализ правового статуса органа управления юридического лица, понятия, содержания и состава участников корпоративных отношений, правовой природы отношений между акционерным обществом, его органами управления и должностными лицами.

Метод, методология исследования. Методологической основой исследования стали общенаучные (диалектический, аналогии, анализа и синтеза) и специальные методы исследования (сравнительно-правовой, лингвистический, историко-правовой, формально-логический, системно-структурный и др.).

Изложение основного материала. Согласно ч. 1 ст. 92 Гражданского кодекса Украины [4] (далее - ГК Украины) юридическое лицо приобретает гражданские права и обязанности и осуществляет их через свои органы, действующие в соответствии с учредительными документами и законом. Ч. 5 ст. 63 Хозяйственного кодекса Украины [5] (далее - ХК Украины) определяет, что корпоративное предприятие действует на основе совместного управления учредителями (участ-

никами) делами предприятия, на основе корпоративных прав, в том числе через органы, создаваемые ими, участия учредителей (участников) в распределении доходов и рисков предприятия. Согласно ч. 1 ст. 89 ХК Украины управление деятельностью хозяйственного общества осуществляют его органы и должностные лица.

В п. 1 ст. 10 Директивы 2009/101/ЕС [6] установлено: «Общество принимает на себя обязанности перед третьими лицами через действия своих органов, даже если эти действия не входят в предмет его деятельности, кроме случаев, когда эти действия представляют собой превышение полномочий, которые предоставлены или могут быть предоставлены этим органам законом».

Таким образом, правосубъектность юридического лица реализуется через его органы (органическая теория). Для сторонников органической теории, основанной Отто фон Гирке, юридическое лицо обладает не только право- , но также и дееспособностью, реализуемой в обороте через действия его органов. Эта точка зрения доминирует в цивилистике течение многих последних лет [7, С. 240; 8, С. 279 – 285; 9 и др.]. Например, Бушева С. Г. считает орган и представителя юридического лица различными, самостоятельными институтами, обосновывая это тем, что при совершении юридически значимых действий представитель действует в качестве автономного субъекта права, самостоятельно совершая сделки от имени представляемого. Однако орган действует как само юридическое лицо, реализуя дееспособность юридического лица. В противном случае, статус органа во внутренней деятельности компании нивелируется [10, С. 34]. С. А. Зинченко указывает, что «физическое лицо, реализующее полномочия хозяйственного общества, выступает в качестве должностного лица, т.е. его органа. И действие такого органа означает непосредственное действие самого хозяйственного общества» [11, С. 17].

Можна привести распространенную в гражданско-правовой литературе точку зрения, что органы юридического лица – это юридическая фикция, механизм образования и выражения воли юридического лица путём закрепления за органами определенных полномочий [12, С. 294]; правовой конструкцией, созданной с целью предоставления возможности сформировать и выразить волю корпорации, отстаивать ее интересы, а через них и интересы участников [13, с. 259].

С. Д. Могилевский определяет орган хозяйственного общества (юридического лица) как неотъемлемую часть хозяйственного общества (юридического лица), представленную либо одним, либо несколькими физическими лицами, образуемую в соответствии с порядком, установленным законом и учредительными документами, обладающую определенными полномочиями, которая посредством принятия различных по видам специальных правовых актов, определенных законодательством, формирует и(или) реализует волю хозяйственного общества [14, С. 6].

Полномочия органа юридического лица - это совокупность установленных законом или иным правовым актом прав, которые позволяют этим органам осуществлять определенные действия по решению вопросов ее внутренней организации [14, с. 11].

В. М. Кравчук указывает, что органы юридических лиц не имеют гражданской правосубъектности, но закон предоставляет им определенные права и предусматривает определенные обязанности в сфере корпоративного управления. Внешне действия таких органов считаются действиями самого этого юридического лица, но во внутренних правоотношениях каждый орган имеет свой правовой статус [15, с. 13]. В. В. Долинская и В. М. Кравчук отмечают, что между обществом и его органами не существует гражданских отношений представительства, это отношения внутренние, корпоративные [16, с. 498; 15, с. 104], которые существенно отличаются от правовых связей, предусмотренных гл. 17 ГК Украины.

Кроме органической теории выделяют представительную теорию, которая заключается в том, что органы юридического лица действуют от его имени. Для сторонников представительской теории, основанной Савиньи, Х. Вольф, В. Флуме, юридическое лицо, будучи фикцией, подобно недееспособному, нуждается в представителе, действия которого создают для юридического лица права и обязанности [17, С. 41]. Она зафиксирована в части 3 ст. 92 ГК Украины, которая предусматривает, что орган или лицо, которое в соответствии с учредительными документами юридического лица или закона выступает от его имени, обязано действовать в интересах юридического лица, добросовестно и разумно и не превышать своих полномочий.

Г. В. Цепов, считает, что теория органа, которая господствовала в советский период, не позволяет разрешать корпоративные конфликты. По этой причине от многих положений органической теории следует отказаться. Утверждается, что представительство заключается в представлении чужих интересов, а не в реализации воли представляемого. Поэтому действия лица, исполняющего функции единоличного органа, необходимо оценивать как особый вид представительства [18, С. 90 - 91].

В. К. Андреев отмечает, что конструкция гражданско-правового представительства как способа приобретения гражданских прав и возложения гражданских обязанностей на само юридическое лицо посредством действий его органов неизбежна ввиду того, что юридическое лицо как организация неспособно само совершать сделки. В этих случаях представительство выступает не как правоотношение, а как юридико-технический прием приобретения гражданских прав юридическим лицом и возложения на него гражданских обязанностей [19, С. 16].

Н. В. Козлова лиц, осуществляющих полномочия органов юридического лица, предлагает рассматривать в качестве корпоративных представителей, когда во внутренних отношениях такие физические лица – самостоятельные субъекты, проявляющие собственную волю, а во внешних отношениях – составные части юридического лица, выражающие его волю вовне и действующих от его имени без доверенности [20, С. 375].

Статус представителя лицу, осуществляющему функции единоличного исполнительного органа юридического лица, предлагает предоставить И. А. Турбина. Она указывает, что представительство на стороне директора относится к некому особому, третьему виду – организационного представительства, не относимому ни к законному, ни к добровольному. Такой подход позволяет объединить в себе преимущества представительской и органической теории и применять меры гражданско-правовой ответственности к единоличному исполнительному органу как представителю [17, С. 18, 51].

Органами юридического лица являются лицо или группа лиц, которые образуют и / или выражают ее волеизъявления в целом или определенном направлении [21, с. 468].

Орган (единоличный исполнительный орган) и лица (члены органов юридического лица) осуществляют обязанности, которые связаны с выступлением от имени юридического лица в гражданском обороте. Специфика данных обязанностей наделяет органы управления (в первую очередь, единоличного исполнительного органа хозяйственного общества) «представительской» функцией. Это позволяет распространять на членов органов управления статус законного представителя и меры гражданско-правовой ответственности. Ответственность за причиненные обществу убытки могут нести исключительно физические лица — члены органов управления, которые осуществляют функции органа управления юридического лица, либо управляющая организация (или управляющий), осуществляющая полномочия единоличного исполнительного органа на основании соответствующего договора.

Согласно ч. 4 ст. 92 ГК Украины, если члены органа юридического лица и другие лица, которые в соответствии с законом или учредительными документами выступают от имени юридического лица, нарушают свои обязанности относительно представительства, они несут солидарную ответственность за убытки, причиненные ими юридическому лицу. Таким образом, в ГК Украины использована органическая теория - для органов юридического лица, и представительская теория для единоличного исполнительного органа, членов органов юридического лица и других лиц, которые в соответствии с законом или учредительными документами выступают от имени юридического лица.

Следует согласиться с точкой зрения Ю. М. Жорнокуя, который определяет, что органы акционерного общества образуют систему (целостность, единство), подчинены единой цели, взаимодействуют и влияют друг на друга. Например, исполнительный орган АО, имея определенную самостоятельность, по общему правилу выполняет волю других органов - общего собрания акционеров и наблюдательного совета, подотчетен им и организует выполнение их решений (ч. 2 ст. 58 Закона Украины «Об акционерных обществах» [22]). Только генеральный директор (директор) представляет общество в отношениях с другими физическими и юридическими лицами (именно его действиями общество приобретает права и обязанности) [23, С. 102].

В то же время следует обратить внимание на ч. 2 ст. 3 Закона «Об акционерных обществах», которая предусматривает, что к обществу и его органам не могут применяться какие-либо санкции, ограничивающие их права, в случае совершения акционерами противоправных действий, кроме случаев, определенных законом. Это положение, во-первых, отражает одну из основных признаков корпорации - обособленность имущества корпорации от имущества его участников (акционеров), а во-вторых, признает орган АО самостоятельным субъектом ответственности.

По моему мнению, органы юридического лица (кроме единоличного исполнительного органа) нельзя признать субъектами корпоративных отношений потому, что они: 1) не имеют собственной правосубъектности (ст. 92 ГК Украины, ч. 5 ст. 63 ХК Украины); 2) вступают в правоотношения (выражают волю) от имени, в интересах и за счет субъектов корпоративных правоотношений (АО или акционеров) 3) приобретают права и обязанности

в лице должностных лиц органов управления юридического лица или других лиц, которые в соответствии с законом или учредительными документами выступают от имени юридического лица; 4) не имеют обособленного имущества и права собственности на имущество, принадлежащих корпорации; 5) не несут ответственности за свои действия (действия членов органов управления).

Между органом управления и хозяйственным обществом (корпорацией) возникают отношения корпоративного управления, которые являются разновидностью внутрихозяйственных управленческих, а не корпоративных отношений. Так, С. Д. Могилевский определяет корпоративное управление как разновидность социального управления - непрерывное и целенаправленное упорядочивающее воздействие на поведение людей, вовлеченных в сферу его деятельности (лица, уполномоченные на то законом и учредительными документами), в круг корпоративных интересов (участники, члены органов управления) или связанных трудовыми отношениями (работники и должностные лица), и которое реализуется через формируемые управленческие отношения субъекта и объекта корпоративного управления [14, С. 7]. Процесс корпоративного управления представляет собой деятельность органов хозяйственных обществ по выработке (подготовке и принятию) конкретного управленческого решения, его исполнению (реализации) и проверки исполнения [14, С. 30].

Сложнее с должностными лицами органов управления хозяйственного общества, в том числе АО. Члены органов юридического лица не являются самостоятельными участниками гражданских (ст. 2 ГК Украины) и хозяйственных (в 3 ХК Украины) отношений. Они действуют от его имени, в его интересах и за его счет. Такие лица наделены общей и специальной правосубъектностью и несут ответственность за убытки, причиненные АО (ч. 4 ст. 92 ГК Украины, ч. 2 ст. 63 Закона «Об акционерных обществах», ст. 89 ХК Украины).

Физические лица, которые составляют органы юридического лица, во внутренних, корпоративных отношениях являются самостоятельными субъектами, проявляют свою волю [20, с. 375]. Ю. М. Жорнокуй отмечает, что именно члены органов общества в пределах их полномочий формируют его интерес и волю. Сложившееся членами общества волеизъявление высшего органа порождает модель поведения, обязательную для исполнительного органа корпоративного юридического лица и для самих участников корпорации [24, с. 134–135; 25, с. 193].

Участники / акционеры, устанавливая в уставе АО полномочия членов органов, по сути, делегируют им часть своей власти над обществом, оставляя за собой лишь субъективные корпоративные права. Как только действия физического лица, являющегося членом органа общества, выходят за рамки полномочий органа, который она представляет, они уже не могут отождествляться с действиями самого органа и должны рассматриваться исключительно как действия самого физического лица. Возникает конфликт (противоречие) между волей и интересами юридического лица и физического лица, которое выполняет функции ее органа [23, С. 103 – 104, 107].

Одним из наиболее спорных вопросов является определение субъектного состава и правовой природы отношений между акционерным обществом и лицами, осуществляющими управление им.

Согласно ч. 3 ст. 167 ГК Украины под корпоративными отношениями подразумеваются отношения, которые возникают, изменяются и прекращаются относительно корпоративных прав. Исходя из такого определения, субъектами корпоративных отношений в акционерном обществе признаются только акционерное общество и акционеры. Такой подход распространен и в специальной литературе [26, С. 19; 27, С. 821; 28; 8, С. 279 – 280; 29, С. 47; 30, С. 8; 20, С.99].

Однако, в последние годы появилось немало исследований, авторы которых доказывают расширение круга участников корпоративных отношений. В круг субъектов корпоративных отношений кроме основных – акционерное общество и акционеры начинают включать также органы общества (А. М. Винник [31, С. 223], В В. Долинська [16, С. 82], Е. Р. Кибенко [32, С. 43], Н. В. Козлова [20, С. 114], И. В. Спасибо-Фатеева [33, С. 24 - 25]; филии та представительства (И. Б. Саракун [34, С. 34]), должностных лиц, в частности, председателя и членов исполнительного органа (А. Е. Молотников) [35, С. 7]. Так, Д. В. Ломакин обосновал в 1996 году в своей диссертации тезис об ошибочности рассмотрения субъектного состава акционерного правоотношения как простой модели обязательственного правоотношения: акционерное общество – акционер. Ученый признает субъектами акционерного правоотношения помимо акционеров и общества третьи лица, от деятельности которых зависит беспрепятственное осуществление акционерами своего членского права и которые должны воздерживаться от нарушения последнего; третьими лицами, в частности, могут выступать члены исполнительного органа акционерного общества [36, С. 6-7, 15].

И. И. Гришина выделяет внешних (АО и акцио-

неры) и внутренних участников корпоративных отношений, в последних из которых относит, в частности, должностных лиц АО, исполнительный орган АО [37, С. 259]. Поддерживаем позицию В. В. Долинской, Ю. М. Жорнокуя, которые отмечают, что физическое лицо, которое входит в состав органов акционерного общества, является самостоятельным субъектом права и субъектом корпоративного управления во внутренних (внутрикорпоративных) отношениях [38, С. 66] и проявляют свою волю, а во внешних отношениях между акционерным обществом и третьими лицами они рассматриваются как его составные части, которые выражают наружу его волю. Это не значит самостоятельности органа акционерного общества как отдельного субъекта [23, С. 7].

Ученые считают, что субъекты акционерных правоотношений являются специфическими. Ими (кроме традиционных физических и юридических лиц) выступают также и такие «лица», у которых их общеправовое качество отходит на второй план перед их специальной правосубъектностью (компетенцией) - лица, которые выполняют корпоративные функции (органы управления корпорации) [39, с. 53]. Ю. А. Тарасенко отмечает, что органы юридического лица вступают (в процессе осуществления своей деятельности) в определенные фактические (управленческие, организационные, технические) отношения между собой [40, с. 294].

И. В. Лукач обосновывает, что корпоративные отношения могут возникать не только в процессе возникновения, изменения и прекращения корпоративных прав, но и корпоративного управления. Это дает ученой основание включать в субъектов корпоративных отношений органы управления, должностных лиц органов управления, кредиторов и т.д. [41, с. 4, 14].

Поддерживая, в целом, точку зрения о включении отношений корпоративного управления в корпоративных отношений, предлагаю изложить ч. 3 ст. 167 ХК Украины в следующей новой редакции «Под корпоративными отношениями подразумеваются отношения, которые возникают, изменяются и прекращаются относительно корпоративных прав, в том числе связанные с реализацией права участника / акционера на участие в управлении корпорацией (непосредственно или через избранных в органы управления лиц)». Включение в круг субъектов корпоративных отношений органов управления, кредиторов и других лиц, не наделенных корпоративными правами, считаю ошибочным.

Вопрос правовой природы отношений между обществом и лицами, которым доверено полномочия по управлению обществом, был предметом рассмотрения Конституционным судом Украины. В п. 3.2 Решения Конституционного Суда Украины по делу N 1-2 / 2010 от 12 января 2010 года по конституционному обращению общества с ограниченной ответственностью «Международный финансово-правовой консалтинг» об официальном толковании части третьей статьи 99 Гражданского кодекса Украины [42] указано, что реализация участниками общества корпоративных прав на участие в его управлении путем принятия компетентным органом решений об избрании (назначении), отстранение, отзыв членов исполнительного органа этого объединения касается также наделения или лишения их полномочий на управление обществом. Такие решения уполномоченного на это органа должны рассматриваться не в рамках трудовых, а корпоративных правоотношений, возникающих между обществом и лицами, которым доверено полномочия по управлению им. Аналогичная правовая позиция содержится в постановлении Верховного Суда Украины от 26 января 2011 по делу № 6-48439св10, которым признано, что отношения, которые возникли между обществом и лицами, которым доверено полномочия по управлению им, являются корпоративными и не могут рассматриваться в плоскости трудового права.

Выводы. Таким образом, должностные лица органов управления хозяйственным обществом признаны участниками корпоративных отношений. Однако круг субъектов корпоративных отношений не ограничивается хозяйственным обществом, участниками / акционерами и должностными лицами органов хозяйственного общества, а также включает: 1) учредителей общества; 2) других лиц, которые имеют право давать обязательные для общества (должника) указания или имеют возможность иным образом определять его действия (например, председатель и члены ликвидационной комиссии, арбитражный управляющий (распорядитель имущества, управляющий санацией, ликвидатор), лица, входящие в нелегитимных органов управления, «бывшие» члены органов управления, «теневые» директора) 3) конечных бенефициарных собственников (контролеров) хозяйственного общества; 4) связанных с банком лиц. Дальнейшие исследования планируется посвятить видам (формам) корпоративной ответственности лиц, осуществляющих управление акционерным обществом.

Список использованной литературы

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів: Закон Україні від 7.04.2015 р. № 289-VIII // Відомості Верховної Ради. – 2015. - № 25. - Ст.188.

2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення кінцевих вигодоодержувачів юридичних осіб та публічних діячів: Закон України від 14.10.2014 р № 1701-VII // Відомості Верховної Ради. – 2014. - № 46. - Ст.2048.

3. Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин: Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 25.02.2016 р. № 4. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16.

4. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верхової Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

5. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // Відомості Верхової Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144.

6. Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent. Официальный сайт Европейского союза. [Електронний ресурс]. Режим доступу: URL: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32009L0101:EN:NOT.

7. Гражданское право : учебник. В 4 т. Т. 1. Общая часть / отв. ред. Е. А. Суханов. М. : Волтерс Клувер, 2004. – 720 с.

8. Ломакин Д. В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах / Д. В. Ломакин. – М. : Статут, 2008. – 511 с.

9. Могилевский С. Д. Правовые основы деятельности акционерных обществ : учеб.-практ. пособие. М. : Дело, 2004. – 672 с.

10. Бушева С. Г. Орган юридического лица: правовой статус и соотношение со смежными институтами / С. Г. Бушева // Законодательство. - 2005. - № 3. - С. 31 – 41.

11. Зинченко С. А. Единоличный исполнительный орган хозяйственного общества и реализация его функций и полномочий / С. А. Зинченко // Юрист. - 2012. - № 17. - С. 17 -21.

12. Корпоративное право. Актуальные проблемы теории и практики. Под общей редакцией профессора В. А. Белова. Москва: Юрайт, 2009. – 678 с.

13. Борисова В. И. Корпорация – организационно-правовая форма корпоративных отношений / В. И. Борисова // Альманах цивилистики : сб. ст. Вып. 1 / под ред. Р. А. Майданика. – К. : Всеукраинская ассоциация издателей «Правова єдність», 2008. – С. 249 – 269.

14. Могилевский С. Д. Органы управления хозяйственными обществами: правовой аспект : автореф. дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.03 / С. Д. Могилевский. – М., 2001. . -48 с.

15. Кравчук В. М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики / В. М. Кравчук. – К. : Істина, 2005. – 720 с.

16. Долинская В. В. Акционерное право: основные положения и тенденции : моногр. / В. В. Долинская. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 736 с.

17. Турбина И. А. Гражданско-правовая ответственность исполнительных органов хозяйственных обществ в РФ, ЕС и США. Дисс. … к.ю.н.: 12.00.03. – В., 2016. – 188 с.

18. Цепов Г. В. Понятие органа юридического лица по российскому законодательству / Г. В. Цепов // Правоведение. - 1998. - № 3. - С. 89 – 93.

19. Андреев В. К. Современное понимание юридического лица / В. К. Андреев // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. - № 6. - С. 12 - 18.

20. Козлова Н. В. Правосубъектность юридического лица / Н. В. Козлова. – М. : Статут, 2005. – 476 с.

21. Черепахин Б. Б. Органы и представители юридического лица // Черепахин Б. Б. Труды по гражданскому праву. – М. : Статут, 2001. – С. 443–468.

22. Про акціонерні товариства : Закон України від 17 вересня 2008 р. № 514-VI // Відомості Верхової Ради України. – 2008. – № 50–51. – Ст. 384.

23. Жорнокуй Ю М. Цивільно-правова природа корпоративних конфліктів в акціонерних товариствах / Ю. М. Жорнокуй. Дисс. … д.ю.н.: 12.00.03. Х., 2016. – 476 с.

24. Гражданское право : в 4 т. – Т. 1 : Общая часть : учеб. / отв. ред. Е. А. Суханов. – М., 2007. – 720 с.

25. Федосеев С. В. Ответственность членов совета директоров акционерных обществ / С. В. Федосеев // Корпоративное право : актуальные проблемы / под ред. Д. В. Ломакина. – М. : Инфотропик Медиа, 2015. – С. 193–216.

26. Каминка А. И. Акционерные компании: юридическое исследование. СПб, 1902. – Т.1. – 512 с.

27. Гражданское право : актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. – М. : Юрайт-Издат, 2008. – 993 с.

28. Кузнєцова Н. С. Поняття, ознаки і класифікація корпоративних спорів / Н. С. Кузнєцова // Правовий тиждень. – № 46. – 13.11.2007 р.

29. Майданик Р. А. Неимущественные оборотоспособные правоотношения как предмет гражданского права Украины / Р. А. Майданик // Альманах цивилистики : сб. ст. – Вып. 1 / под. ред. Р. А. Майданика. – К. : Правова єдність, 2008. – С. 32–59.

30. Щербина О. В. Правове становище акціонерів за законодавством України : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. В. Щербина; Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка. – К., 2000. – 15 с.

31. Вінник О. М. Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах : дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.04 / О. М. Вінник ; Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка. – К., 2004. – 631 с.

32. Кибенко Е. Р. Корпоративное право Украины. Учебное пособие / Е. Р. Кибенко. – Х. : Эспада, 2001. – 288 с.

33. Спасибо-Фатеева И. В. Акционерные общества: корпоративные правоотношения / И. В. Спасибо-Фатеева. – Х. : Право, 1998. – 256 с.

34. Саракун І. Б. Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правовий аспект) : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / І. Б. Саракун ; Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України. К., 2007. – 214 с.

35. Молотников А. Е. Отвественность в акционерных обществах / А .Е. Молотников. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 240 с.

36. Ломакин Д. В. Акционерное правоотношение: понятие, содержание, субъекты: автореферат дис. к.ю.н.: 12.00.03. – М., 1996.

37. Гришина І. І. Проблемні питання відповідальності виконавчого органу акціонерного товариства у внутрішніх корпоративних правовідносинах / І. І. Гришина // Право і безпеки. – 2012. - №4 (46). – С. 259 – 263.

38. Долинская В. В. Органы юридического лица: проблемы доктрины и современного законодательства (на примере акционерного общества) / В. В. Долинская // Законы России: опыт, анализ, практика. - 2014. - № 11. - С. 64 - 71.

39. Ломакин Д. В. Акционерное правоотношение / Д. В. Ломакин. – М. : Спарк, 1997. – 156 с.

40. Корпоративное право: Актуальные проблемы теории и практики / под. общ. ред. В. А. Белова. – М. : Юрайт, 2009. – 678 с.

41. Лукач І. В. Господарсько-правове регулювання корпоративних відносин в Україні: теоретичні проблеми : автореф. дис. … д.ю.н.: 12.00.04. К., 2016. – 35 с.

42. Рішення Конституційного Суду України від 12.01.2010 р. у справі № 1-рп/2010 за конституційним зверненням товариства з обмеженою відповідальністю «Міжнародний фінансово-правовий консалтинг» про офіційне тлумачення частини третьої статті 99 Цивільного кодексу України. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-10.

ВВЕДЕННЯ В ЦИВІЛЬНИЙ ОБОРОТ РУХОМИХ РЕЧЕЙ, НА ЯКІ ПОШИРЕНО ПРАВОВИЙ РЕЖИМ НЕРУХОМОСТІ

Костянтин ЗУБЕНКО,
здобувач кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

SUMMARY

Considering modern legal views on issue of legal nature of legal civil circulation and movable things attributed to immovables the author determines order of introduction such things in to civil legal circulation. Domestic and foreign law scientist's positions on content of civil circulation of things are analyzed. Meaning of registration movable things attributed to immovables for process of its introduction in to civil legal circulation is researched. The author violate an issue of comparison two processes: introduction in to civil legal circulation movable things attributed to immovable and immovable things by nature.

Keywords: civil circulation, immovable thing, movable thing, legal regime

РЕЗЮМЕ

Покладаючи в основу дослідження сучасні наукові позиції щодо правової природи цивільного обороту і рухомих речей, на які поширено правовий режим нерухомості, автор визначає порядок введення таких речей в цивільний оборот. Аналізуються погляди вітчизняних і зарубіжних вчених на зміст цивільного обороту речей, встановлюється значення реєстрації речей, на які поширено правовий режим нерухомості для порядку їх введення в цивільний оборот. В статті порушується питання порівняння порядку введення в цивільний оборот рухомих речей, на які поширено правовий режим нерухомості і нерухомих речей за природою.

Ключові слова: цивільний оборот, нерухомість, рухомі речі, правовий режим

Вступ. Незважаючи на те, що цивільний оборот неодноразового ставав предметом наукових досліджень, роздумів і дискусій не всі його грані мають однаково високий рівень наукової розробки, а окремі з них взагалі майже зберегли свою первинну недоторканість. Одним з малодосліджених питань сучасної цивілістики є введення в цивільний оборот рухомих речей, на які поширено правовий режим нерухомості. Науковий інтерес до нього підкріплюється двома обставинами. По-перше, сам процес введення в цивільний оборот об'єктів правовідносин є одним з тих аспектів цивільного обороту і пов'язаних з ним питань, що не потрапляли під пильне око науковців. В цій частині можна відмітити, хіба що дослідження Ю. В. Виниченко, які вирізняються своєї глибиною. По-друге, не відзначається дослідженістю питання рухомих речей, на які поширено правовий режим нерухомості. В цій частині існує явна нормативна невизначеність і неоднозначність, адже з положень законодавчих актів вбачається, що правовий режим нерухомості, який поширюється на рухомі речі, не є тотожним правовому режиму нерухомості, характерному для нерухомих речей за природою. З цього слідує і питання який спосіб введення в цивільний оборот властивий таким речам і чи є він тотожним способу введення в цивільний оборот нерухомості за природою? Відповідь на нього ми спробуємо дати в межах цього дослідження.

Правова категорія цивільного обороту і особливості правової природи рухомих речей, на які поширено правовий режим нерухомості, потрапили у фокус наукових досліджень таких вчених правників як: М. В. Бабенко, В. А. Бєлова, В. І. Борисової, Ю. В. Виниченко, Н. В. Вороніної, А. О. Гелич, С. В. Кривобок, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика, Н. В. Никитюк, З. В. Нікітіної, С. О. Сліпченко, І. В. Спасибо-Фатєєвої, О. В. Лунєвої, С. І. Хом'яченко, С. І. Шимон, О. М. Яриш, В. Л. Яроцького та ін.

Мета статті полягає у визначенні змісту цивільного обороту об'єктів правовідносин і способу введення в цивільний оборот рухомих речей, на які поширено правовий режим нерухомості.

Результати дослідження. Відповідь на питання порядку введення в цивільний оборот рухомих речей, на які поширено правовий режим нерухомості, лежить в площині розуміння самого цивільного обороту. Серед вчених правників зміст категорії цивільний оборот речей взагалі і, зокрема нерухомості, розглядається неоднозначно, а з позицій характеру діянь, що його складають, всі основні погляді з цього приводу можна поділити на два напрямки. Перший розкриває цивільний оборот речей з позицій переходу права власності, а другий у більш широкому розумінні – як перехід права власності, а також виникнення, перехід та припинення похідних речових прав. До представників першого напряму можна віднести В. А.

Бєлова, Н. В. Вороніну, А. О. Гелич, С. О. Сліпченко та ін. Розглядаючи зміст цивільного обороту, В. А. Бєлов покладає в основу його розуміння відчуження як акт розпорядження майном, що спричиняє зміну його власника [1, с. 74]. Ця теза знаходить підтримку і у А. О. Галич, яка формулює поняття цивільного обороту як відчуження об'єктів цивільних прав і їх перехід від однієї особи до іншої способами іншими, ніж відчуження [2, с. 179]. Аналогічну думку висловлює і С. О. Сліпченко, який розглядає відчуження як спосіб цивільного обороту за яким об'єкт стає чужим для відчужувача та своїм для набувача [3, с. 40].

Водночас, Н. В. Вороніна у своїх позиціях з цього приводу хоча і намагається витримувати категоричний тон дискусії, однак на прикладі її роздумів простежується певна суперечливість, яка має реальне підґрунтя. Вчена зазначає, що обмеженнями цивільної оборотоздатності є випадки, коли закон встановлює порядок, за якого певні види об'єктів цивільних прав можуть належати лише певним учасникам обороту або можуть включатись в обіг лише за спеціальним дозволом. Під час обмеження оборотоздатності придбання та відчуження відповідних категорій речей допускається лише в особливому порядку [4, с. 132]. Однак далі вчена зазначає, що оборотоздатність об'єктів цивільних прав означає допустимість здійснення правочинів й інших дій, спрямованих на їхню передачу в межах цивільно-правих відносин [4, с. 132], що можна трактувати як включення до змісту цивільного обороту й інших крім відчуження юридичних дій та подій. Яких саме не уточнюється.

Другий підхід розкривається науковими позиціями таких юристів як М. В. Бабенко, О. В. Лунєва, С. І. Хом'яченко та ін. Наприклад, М. В. Бабенко, аналізуючи думку О. Г. Ломідзе, зазначає, що вчений плутає момент виникнення здатності нерухомого майна бути об'єктом цивільного обігу (купівлі-продажу, міни, оренди та ін.) із моментом, коли на певний об'єкт матеріального світу починає поширюватись правовий режим регулювання нерухомості [5, с. 37], з чого можна зробити висновок, що М. В. Бабенко розглядає зміст цивільного обороту саме в ключі наведених правочинів, які не пов'язані виключно з відчуженням. Дещо вужчу, однак певною мірою схожу за змістом позицію висловлює і С. І. Хом'яченко який зазначає, що ринковий обіг земельних ділянок може відбуватись на основі двох видів цивільно-правових угод: договору купівлі-продажу земельних ділянок та договору оренди земельних ділянок [6, с. 227]. У свою чергу О. В. Лунєва, розглядаючи обмеження цивільної оборотоздатності речей, зазначає, що під ними слід розуміти такі об'єкти цивільних прав, які або не дозволяється передавати в приватну власність, якщо законом не передбачено іншого, або для цього потрібен спеціальний дозвіл; також вони не можуть бути предметами інших цивільно-правових правочинів, не пов'язаних з відчуженням [7, с. 203].

В літературі можна зустріти і нейтральні позиції з приводу цивільного обороту, наприклад, С. І. Шимон визначає цивільний оборот як цивільні правовідносин, які опосередковують рух, обертання майнових цінностей (об'єктів) в суспільстві, відображають динаміку майнових відносин і регулюються нормами зобов'язального права [8, с. 842].

Наразі на рівні літературних джерел спостерігається чітка тенденція до переваги першого підходу над другим, однак необхідно констатувати, що перший погляд має вразливі місця, які явно демонструються нормативною позицію, що відображає його крізь призму оборотоздатності. Положення вітчизняного законодавства не дають визначення цивільного обороту, однак дають змогу встановити його зміст посередництвом категорії «оборотоздатність».

Слід звернутись до ст. 178 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), яка встановлює, що *об'єкти цивільних прав можуть вільно відчужуватись або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування або іншим чином, якщо вони не вилучені з цивільного обороту, або не обмежені в обороті, або не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи* [9]. Це положення розкривається за допомогою протиставляння категорій «оборот» та «не оборот». Наведена стаття встановлює, що цивільною оборотоздатністю є здатність речі переходити між учасниками правовідносин в порядку відчуження або правонаступництва. Очевидно, що в обох випадках відбувається саме перехід права власності в традиційному його значенні, тобто його виникнення у однієї особи і припинення у іншої. Однак, з цього ж мало б слідувати і те, що у випадку, коли річ передається одним учасником цивільного обороту іншому на підставі, наприклад договору оренди, то це означає, що цивільного обороту такої речі немає. Як відмічає О. М. Яриш, при рухові речей від однієї особи до іншої не зажди відбувається відчуження речі від володільця, тобто річ не стає чужою для володільця та своєю для набувача при її переході, оскільки перехід речі не завжди кореспондується з передачею права власності в цілому, так і навпаки [10, с. 81]. Законодавець не

розкрив зміст слів «переходити … іншим чином» з чого може слідувати, що він розглядає оборотоздатність саме з позицій відчуження та переходу права власності.

В контексті оборотоздатності, в такому разі, взагалі складається патова ситуація. Обмеження оборотоздатності повинно означати обмеження здатності в переході права власності на певні речі, тобто існування спеціального порядку такого переходу. З цього слідує, що речі, які обмежені в цивільному обороті, наприклад зброя, можуть вільно переходити між учасниками правовідносин на праві оренди чи інших похідних речових правах, оскільки обмеження оборотоздатності стосуються здатності речей переходити на праві власності, однак не на похідних речових правах, які не складають зміст цивільного обороту. Зважаючи на це, речі, обмежені в цивільному обороті, не можуть вільно переходити між учасниками правовідносин на праві власності, однак відповідні суб'єкти можуть безперешкодно отримати їх в оренду, позичку, заставу тощо. Хоча навряд чи органи публічної влади кваліфікуватимуть такий вчинок як правомірний. Окреслене є яскравим прикладом того, що цивільний оборот в тому розумінні, як це викладено в положенні ЦК України, не може забезпечити досягнення мети правового регулювання, яку ставив законодавець. Тут потрібен більш комплексний підхід. Суперечливість закладено в законодавчу позицію з приводу цивільної оборотоздатності і мету правового регулювання. Вони не синхронізуються між собою. Маючи на меті обмежити перехід певних речей між учасниками цивільного обороту, законодавець невдало сконструював норму про оборотоздатність і не розкрив зміст слів «переходити … іншим чином». Тому, якщо розглядати оборотоздатність як здатність речі до обороту, а сам оборот як перехід права власності, то це неодмінно призводить до того, що обмежені в обороті речі не можуть вільно переходити між учасниками правовідносин на праві власності, однак можуть вільно переходити на підставі похідних речових прав.

Виходом з окресленої ситуації є чітке розмежування цивільного обороту як сфери правовідносин, цивільного обороту як переходу права власності на річ між учасниками майнових правовідносин, а також розмежування між собою оборотоздатності та відчужуваності як властивостей рухомих речей, на які поширено правовий режим нерухомості. Цивільний оборот як сфера правовідносин позначає сукупність юридичних фактів, що спричиняють виникнення, перехід, зміну та припинення речових прав на рухомі речі, на які поширено правовий режим нерухомості. Такі факти стосуються і права власності і похідних речових прав на нерухоме майно. В іншому випадку, якщо розглядати цивільну оборотоздатність виключно як здатність речі змінювати власників, то це означало б, що цілий пласт юридичних фактів, які обумовлюють виникнення, зміну, перехід та припинення похідних речових прав на відповідні речі перебувають поза цивільним оборотом. Однак для позначення можливості виникнення таких юридичних фактів, тобто для позначення здатності речі виступати предметом похідних речових прав необхідно ввести в категоріальний апарат цивілістики додатковий термін, що не є конструктивним.

Також слід звернути увагу на те, що в окремих випадках законодавцем обмежено здатність об'єкта змінювати власника, однак збережено здатність такого об'єкта виступати предметом похідних речових прав. У сфері нерухомого майна прикладом такої моделі правовідносин виступають надра. Кодексом України про надра визначено, що надра є виключною власністю Українського народу і надаються тільки у користування. Угоди або дії, які в прямій чи прихованій формі порушують право власності Українського народу на надра є недійними (ч. 1 ст. 4) [11]. Зважаючи на це, право власності на надра не може переходити від Українського народу в особі відповідних органів державної влади до фізичних чи юридичних осіб, які є учасниками цивільного обороту, однак такі особи можуть набувати похідні речові права на надра, що включають право користування. У зв'язку з цим виникає питання чи перебувають надра в цивільному обороті, або ж правочини з ними вчиняються поза цивільним оборотом? І чи обмежена цивільна оборотоздатність надр? Вважаємо, що такий стан речей не можна назвати обмеженням цивільної оборотоздатності надр, навіть незважаючи на те, що право користування надрами виникає внаслідок конкурсної процедури. Адже в такому разі обмеженими в цивільному обороті є і речі, щодо яких встановлена специфічна процедура переходу прав, зокрема всі нерухомі речі, права на які підлягають державній реєстрації, або державне майно, яке відчужується на конкурсній основі.

Зважаючи на наведене, очевидною є недосконалість нормативного підходу до оборотоздатності і, як наслідок, потреба у вдосконаленні законодавчих формулювань. Доцільним в такому разі є розгляд цивільного обороту у широкому і вузькому значеннях. В такому разі цивільний оборот речі (предмета правовідносин) в широкому розумінні означає як зміну власника, перехід

права власності, так і факти виникнення, переходу, зміни та припинення похідних речових прав на відповідні об'єкти правовідносин. У вузькому розумінні цивільний оборот можна розглядати лише як факт зміни власника об'єкта правовідносин. З таким змістом цивільний оборот речі в широкому розумінні є її пасивною участю в майнових правовідносинах в тому розумінні, що вона може бути предметом будь-яких або окремих цивільно-правових правочинів або щодо неї можуть мати місце інші юридичні факти, що обумовлюють виникнення, зміну, перехід або припинення прав, а у вузькому розумінні – участю в якості предмету правочину, що спричиняє перехід права власності.

Водночас, оборотоздатність рухомої речі, на яку поширено правовий режим нерухомості, означає здатність такої речі бути предметом правовідносин, таким з приводу якого можуть виникати, переходити, змінюватись і припинятись як право власності, так і похідні речові права. Водночас відчужуваність у речових правовідносинах пов'язана з цивільною оборотоздатністю речей лише у вузькому її розумінні. Вона позначає виключно здатність речі змінювати своїх власників, тобто бути предметом цивільного обороту у вузькому значенні, в той час як оборотоздатність в широкому значенні позначає здатність речі бути предметом правовідносин, що не обов'язково досягається відчужуваністю. Таким чином і введення речей, на які поширено правовий режим нерухомості, в цивільний оборот як сферу правовідносин не пов'язується лише з відчужуваністю. Очевидно, що в цивільному обороті можуть перебувати і невідчужувані речі, ті ж самі надра як об'єкт нерухомості.

Ю. В. Виниченко наголошує на проблемності питання моменту, починаючи з якого об'єкт можна вважати введеним в цивільний оборот, а по-суті якими є способи такого введення, тобто чи пов'язані вони з динамікою, тобто переходом прав або до них відносяться і дії з виготовлення, створення об'єктів [12, с. 94]. Варто погодитись з вченою, яка схиляється до другого варіанту внаслідок чого поділяє способи введення речей в цивільний оборот на дві групи: 1) фактичні дії, якими можуть вводитись в цивільний оборот тільки матеріальні речі; 2) юридичні дії, які переважно стосуються не стільки речей, скільки суб'єктивних прав [13, с. 101].

Основною умовою введення об'єкта в цивільний оборот, рівно як і умовою, що визначає його оборотоздатність є наявність суб'єкта, власне об'єкта і наявність між об'єктом і суб'єктом юридичного зв'язку, який визначає належність останньому розпорядчої здатності відносно об'єкта.

Загальною моделлю введення речі в цивільний оборот, у тому числі і рухомої речі, на яку поширено правовий режим нерухомості, є її створення і виникнення внаслідок цього права власності у особи, яка її створила або особи, на замовлення якої створена така річ. Однак, питання виникнення права власності на новостворену рухому річ, на яку поширено правовий режим нерухомості, пов'язується з її правовим режимом. Воно полягає у тому, чи відбувається введення такої речі в цивільний оборот з моменту її реєстрації аналогічно реєстрації права власності на нерухомі речі, або ж її введення в цивільний оборот відбувається посередництвом процедури, передбаченої для більшості рухомих речей, тобто звичайним фактичним створенням, яке спричиняє виникнення права власності.

Цікавим є те, що ч. 2 ст. 331 ЦК України має чіткий зміст, а тому в даному випадку не передбачається її застосування до рухомих речей, на які поширено правовий режим нерухомості, адже в ній ясно йдеться про житлові будинки, будівлі, споруди тощо [9], тобто про речі, що є нерухомими за природою. Більше того, з цього приводу Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» в ст. 1 визначив, що не поширює дію на рухомі речі, на які поширено правовий режим нерухомості [14].

Зі змісту ст. 181 ЦК України вбачається, що в якості кваліфікаційного критерію для поширення правового режиму нерухомості на рухомі речі законодавець обрав критерій реєстрації прав на відповідні речі. Однак, система реєстрації прав на морські судна, судна внутрішнього плавання, повітряні судна та космічні об'єкти в контексті цього положення виглядає недосконало, оскільки, по-перше, досить складно встановити об'єкт реєстрації в межах відповідних процедур, тобто чи реєструються речі, права на них або і те, і інше, а по-друге, в положення окремих нормативно-правових актів чітко встановлюють, що реєстрація об'єктів не підтверджує право власності на річ. Хоча деякі автори відстоюють думку, що реєстрація, наприклад морського судна, є юридичним актом визнання державою виникнення, обмеження, переходу або припинення прав на судно та єдиним доказом існування зареєстрованих прав [15, с. 157], це не підтверджується, ані положеннями нормативно-правових актів, ані структурою самих реєстрів, які хоча і містять відомості про власника, однак не підтверджують право власності або його обтяження.

З приводу порушеного питання Порядок ведення Державного суднового реєстру України, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 26 вересня 1997 року № 1069, хоча і встановлює потребу в подачі документів, що посвідчують право власності або право користування судном для реєстрації самого судна, однак не передбачає, що таке право виникає з моменту реєстрації [16]. Конвенція про реєстрацію об'єктів, що запускаються у космічний простір, від 14 січня 1975 року взагалі не врегульовує відносини власності на такі об'єкти [17], а п. 2.4. Розділу II Авіаційних правил України, Частина 47 «Правила реєстрації цивільних повітряних суден в Україні», затверджених наказом Міністерства інфраструктури України від 25 жовтня 2012 року № 636, зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 16 листопада 2012 року за № 1926/22238, визначено, що реєстрація повітряного судна у Державному реєстрі цивільних повітряних суден України не є свідченням права власності на повітряне судно будь-якої юридичної або фізичної особи [18].

В контексті морських суден М. В. Никитюк дуже доречно відмічає на підставі аналізу системи реєстрації таких суден, зокрема і в контексті Конвенції ООН з морського права 1982 року, що надання судну національності (права плавання під прапором держави) є «ключовим моментом» реєстрації судна. Інші процедури, зокрема і реєстрація права власності, має набагато менше значення [19, с. 422]. Сама ж реєстрація пов'язана з декількома моментами: виникнення у судна права плавання під прапором відповідної держави; дотримання законності та легітимності відчуження суден, дотримання заходів безпеки мореплавства, перевірка технічного стану судна [20, с. 84].

Складність цієї ситуації проявляється в двох аспектах. Перший пов'язується з тим, що відсутність системи реєстрації прав на відповідні речі, що будується за ясними критеріями, вносить деструктивний елемент в ч. 2 ст. 181 ЦК України. Віднесення речей, перелічених в ній, як таких, на які поширюється правовий режим нерухомості, слід здійснювати в силу прямої вказівки закону, однак не за критерієм реєстрації прав на них, оскільки наразі відсутній ефективний інструмент їх реєстрації. Це мало б означати, що до запровадження системи реєстрації прав на такі об'єкти на них не поширюється правовий режим нерухомості. За обґрунтованим твердженням С. В. Кривобок існує спеціальна реєстрація певних видів нерухомих об'єктів за законом як умова формування та технічного існування таких об'єктів, хоча це ніяк не узгоджується з положеннями ЦК України, які встановлюють державну реєстрацію прав на нерухомість за законом [21, с. 278]. Другий аспект полягає у тому, що чітко не визначено, коли виникає відповідна річ як нерухомість, тобто коли на неї поширюється відповідний правовий режим – до реєстрації такої речі або в момент її здійснення. Тут слід приймати до уваги, що саме в процесі реєстрації відповідна річ кваліфікується як така, що відноситься до певного типу, бо підзаконні акти містять виключення з переліку відповідних речей і не відносять їх до таких, що підлягають реєстрації. Наприклад, п. 2 розділу I Порядку ведення Державного суднового реєстру України передбачено, що його дія не поширюється, зокрема на військові кораблі та судна, катери, шлюпки та інші плавучі засоби, що належать будь-якому судну, веслові судна, що використовуються без двигуна, довжиною до 2,5 метра [16]. Проте, правочини з відповідними речами можуть вчинятись і до моменту їх реєстрації, наприклад, ті ж самі судна можуть створюватись за договором на замовлення або реєструватись лише після їх придбання. При цьому, зважаючи на те, що права на речі, на які поширюється правовий режим нерухомості, виникають без їх державної реєстрації немає і потреби у відкладенні моменту поширення на них правового режиму нерухомості, адже в такому разі існує певна подвійність обороту таких об'єктів. Наприклад, якщо власник морського судна подасть заяву про постійне виключення судна з Державного суднового реєстру України або Суднової книги України, то відповідна річ автоматично має вийти з-під режиму нерухомості і перебуватиме в цивільному обороті як звичайна рухома річ. Тому втрачається сам сенс поширення на відповідні речі правового режиму нерухомості, адже існуватиме механізм його уникнення. Необхідно на рівні законодавчих положень або заборонити оборот таких речей поза їх реєстрацією, тобто як рухомих, або поширювати на них правовий режим з моменту створення, а не реєстрації. Для прикладу, відомості про нерухомість за природою не можна виключити з реєстру за бажанням власника. Як правило, це можна зробити лише у випадку фізичного або юридичного припинення існування речі (знищення, поділ на декілька нерухомих речей тощо).

Висновки. Узагальнюючи вищевикладене слід констатувати існування потреби внесення чіткості на рівні окремого положення ЦК України в питання введення в цивільний оборот рухомих речей, на які поширено правовий режим нерухомості. Однак наразі формується висновок, що реєстрація речі безпосередньо не впливає на момент її виникнення як нерухомості, а здійснює такий вплив

опосередковано. Факт реєстрації підтверджує національну приналежність речі і кваліфікує річ, яка фактично вже перебуває в обороті. У зв'язку з цим, за відсутності системи реєстрації права власності на відповідні речі і в ключі змісту ч. 2 ст. 181 ЦК України на морські судна, судна внутрішнього плавання, повітряні судна та космічні об'єкти поширюється правовий режим нерухомості в момент їх створення, який не пов'язаний з моментом реєстрації таких речей. У зв'язку з чим введення таких речей в цивільний оборот здійснюється посередництвом їх створення без кваліфікації як таких, на які поширюється правовий режим нерухомості. Така кваліфікація проводиться в процесі правореалізації і правозастосування учасниками відповідних правовідносин.

Бібліографічні посилання

1. Белов В. А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий / В. А. Белов // Объекты гражданского оборота : сборник статей / отв. ред. М. А. Рожкова. – М. : Статут, 2007. – С. 6 – 77.

2. Гелич А. О. Співвідношення понять «об'єкт цивільного правовідношення» та «об'єкт цивільного правонаступництва» / А. О. Гелич // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 3. – С. 177 – 182.

3. Сліпченко С. О. Відчуження як елемент цивільного обороту та як правовий стан належності об'єктів / С. О. Сліпченко // Університетські наукові записки. – 2014. – № 4 (52). – С. 36 – 42.

4. Вороніна Н. В. До питання оборотоздатності об'єктів цивільних прав / Н. В. Вороніна // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». – 2014. – Вип. 6-1, Т. 1. – С. 131 – 133.

5. Бабенко М. В. Вирішення теоретичних засад цивільного обігу нерухомого майна / М. В. Бабенко // Вісник Академії праці і соціальних відносин Федерації професійних спілок України. Серія «Право та державне управління». – 2012. – Вип. 2 (6). – С. 35 – 40.

6. Хом'яченко С. І. Поняття та види обігу земельних ділянок / С. І. Хом'яченко // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 2. – С. 223 – 228.

7. Лунева Е. В. Соотношение изъятых, ограниченных и запрещенных в обороте объектов гражданских прав / Е. В. Лунева // Актуальные проблемы экономики и права. – 2014. – № 1. – С. 200 – 205.

8. Шимон С. І. Майнові права в системі об'єктів цивільних правовідносин та цивільного обороту [Електронний ресурс] / С. І. Шимон // Форум права. – 2011. – № 4. – С. 841 – 846. – Режим доступу до журн.: http://nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-4/11scitco.pdf

9. Цивільний кодекс України : станом на 22 липня 2016 року // Відомості Верховної Ради України – 2003. – №№ 40 – 44. – Ст.356. (із змінами).

10. Яриш О. Вплив критерію невідчужуваності на цивільну оборотоздатність інформації / О. Яриш // Юридична Україна. – 2014. – № 11. – С. 80 – 85.

11. Кодекс України про надра : станом на 22 липня 2016 року // Відом. Верхов. Ради України – 1994. – № 36. – Ст. 340 (із змінами).

12. Виниченко Ю. В. Понятие «оборот» в частном праве России и Украины / Ю. В. Виниченко // Ученые записки Таврического национального университета им. В. В. Вернадского. Серия «Юридические науки». – 2013. – Том 26 (65), № 2-2. – С. 90 – 97.

13. Виниченко Ю. В. Неправомерное введение объектов в гражданский оборот: проблема понимания / Ю. В. Виниченко // Юридические записки. – 2013. – № 1. – С. 96 – 104.

14. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 01 липня 2004 року № 1952–IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 51. – Ст. 553 (зі змінами).

15. Нікітіна З. В. Реєстрація суден як самостійний (особливий) вид адміністративних процедур / З. В. Нікітіна // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 2. – С. 155 – 160.

16. Про затвердження Порядку ведення Державного суднового реєстру України : постанова Кабінету Міністрів України від 26 вересня 1997 року № 1069 // Офіційний вісник України. – 1997. – № 40. – Ст. 24.

17. Конвенція про реєстрацію об'єктів, що запускаються у космічний простір від 14 січня 1975 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_253

18. Про затвердження Авіаційних правил України, Частина 47 «Правила реєстрації цивільних повітряних суден в Україні» : наказ Міністерства інфраструктури України від 25 жовтня 2012 року № 636, зареєстрований в Міністерстві юстиції України 16 листопада 2012 року за № 1926/22238 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 93. – Ст. 3814.

19. Никитюк М. В. Сущность и значение регистрации торговых судов / М. В. Никитюк // Актуальні проблеми політики. – 2009. – Вип. 37. – С. 419 – 423.

20. Кузнецов С. О. Реєстрація суден в альтернативних реєстрах: правовий аналіз / С. О. Кузнєцов, Т. В. Аверочкіна // Митна справа. – 2015. – № 4 (100). – С. 83 – 91.

21. Кривобок С. В. До проблем оборотоздатності підприємства як єдиного майнового комплексу / С. В. Кривобок // Право і безпека. – 2011. – № 2 (39). – С. 277 – 282.

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, РЕГУЛИРУЮЩЕГО ОРГАНИЗАЦИЮ И ПРОВЕДЕНИЕ АЗАРТНЫХ ИГР

Ю. ЗДОРОВ,
магистр права, докторант Европейского университета Молдовы

SUMMARY

Currently, much attention is paid to the improvement of the legislation governing the organization and conduct of gambling.

The author considers in view of the theoretical and practical aspects of the current legislation governing the organization and conduct of gambling.

In carrying out this work identifies conflicts and contradictions in the existing rules governing the organization and conduct of gambling.

Keywords: business, gambling, profit, budget, gambling, betting, lottery license, the declaration.

* * *

В настоящее время большое внимание уделяется совершенствованию законодательства, регулирующего организацию и проведение азартных игр.

Автор рассматривает с учётом теоретических и практических аспектов действующее законодательство, регулирующее организацию и проведение азартных игр.

При проведении этой работы выявляются коллизии и противоречия в действующих нормах, регулирующих организацию и проведение азартных игр.

Ключевые слова: бизнес, игорный бизнес, нажива, бюджет, азартные игры, пари, лотерея, лицензия, декларация.

Азартные игры появились в глубокой древности. Стремление к быстрому и легкому обогащению свойственно многим людям.

В буржуазном обществе азартные игры были узаконены, и игорный бизнес превратился в один из самых выгодных видов бизнеса.

В Республике Молдова азартные игры были узаконены в 1999 году.

Государство решило использовать стремление любителей легкой наживы в целях пополнения бюджета.

В настоящее время в Республике Молдова действует закон «Об азартных играх» № 285-XIV от 18.02.1999 года, вступивший в силу 20 мая 1999 года [1].

Данный закон не претерпел существенных изменений.

Актуальность темы обусловлена как недостаточным освещением данной темы, так и несовершенством законодательства, регулирующего азартные игры.

Игорный бизнес, в отличие от других видов бизнеса, носит двойственный характер. С одной стороны, игорный бизнес способствует пополнению государственного бюджета. С другой стороны, развитие игорного бизнеса породило такое отрицательное явление как появление большого количества так называемых «игроманов», которые не могут прекратить участвовать в азартных играх, пока не проиграют все своё имущество. Необходимо законодательное ограничение игорного бизнеса, который способствует пополнению государственного бюджета, с одной стороны, и в то же время отрицательно влияет на нравственность общества, поощряет любителей «легкого» обогащения.

Цель статьи – осветить законодательство, регулирующее азартные игры и пари в Республике Молдова, ответственность за нарушение этого законодательства и внести предложения по его совершенствованию.

Изложение основного материала. Основным нормативным актом, регулирующим азартные игры, пари и лотереи, является закон РМ «Об азартных играх» № 285-XIV от 18.02.1999 года.

Данный закон состоит из следующих 8 разделов:

1. Раздел I. Общие положения (ст. 1-18),
2. Раздел II. Игры случая (ст. 19-37), который состоит из 2 глав:

Глава 1. Казино. Игровые автоматы (ст. 19-25),

Глава 2. Лотерея (ст. 26-37),

3. Раздел III. Пари (ст. 38-44),
4. Раздел IV. Игры на ловкость (ст. 45),
5. Раздел IV^1 Азартные игры с использованием систем связи (ст. 45^1-45^5),
6. Раздел V. Выдача и аннулирование лицензии (ст. 46-51),
7. Раздел VI. Ответственность (ст. 52),
8. Раздел VII. Заключительные и переходные положения (ст. 53).

Азартные игры регулируются также Главой XXX Гражданского кодекса Республики Молдова (далее – ГК РМ от 06.06.2002 года) № 1107-XV [2].

В юридической литературе имеются следующие определения понятия «азартные игры».

«Азартные игры – систематически открытые или закрытые игры на деньги и другие ценности»,

«Азартные игры – все связанные с материальным интересом игры, где выигрыш частично или полно зависит от воли случая».

«Азартная игра – договор, в силу которого его участники обещают одному из них известный выигрыш, который зависит от степени ловкости участников, их комбинационных способностей либо в той или иной мере от случая» [3].

Вывод. Данные определения, по нашему мнению, не совсем верны.

Легальное определение понятия «азартные игры» дано в части (1) ст. 2 закона РМ «Об азартных играх». Согласно части (1) ст. 2 этого закона азартной игрой в понимании настоящего закона является проводимая в соответствии с правилами игра, участие в которой позволяет выигрывать деньги, иное имущество или имущественные права, а результат определяется действиями, полностью или частично основанными на случае.

Согласно части (2) ст. 2 закона РМ «Об азартных играх» в понимании настоящего закона не считаются азартными играми:

a) вещевые лотереи, имеющие нерегулярный, развлекательный характер и не предусматривающие прибыли для организаторов, в случае, если общая стоимость выпущенных лотерейных билетов не превышает 5000 леев, а максимальный размер выигрыша - трех минимальных заработных плат, установленных на день проведения розыгрыша;

b) игры, проводимые посредством машин, аппаратов, устройств и других средств, не предполагающих случайных элементов, с целью тестирования исключительно силы, ловкости, сноровки участников, если максимальный размер выигрыша не превышает двух минимальных заработных плат, установленных на день проведения игр;

c) организованные физическими и юридическими лицами игры, в которых призовой фонд формируется из собственной прибыли этих лиц в целях стимулирования основной деятельности или в рекламных целях и которые не предусматривают плату за участие в игре в какой-либо форме.

Согласно части (1) ст. 3 этого закона азартные игры делятся на:

a) игры случая, результат которых определяется действиями, полностью основанными на случае; при этом равномерно распределяющиеся случайные цифры и их комбинации, от которых зависит результат игры, определяются при помощи колоды карт, колеса рулетки, игральных костей, лотерейных билетов, игровых автоматов либо иным способом;

b) пари, результат которых определяется действиями, частично основанными на случае; при этом игрок делает ставку на реальность или нереальность какого-либо события, а организатор игры обязуется выплатить выигравшему сумму выигрыша;

c) игры на ловкость, результат которых частично зависит от физической ловкости игрока, при этом минимальный размер выигрыша не может быть меньше размера ставки.

Участниками азартных игр являются игрок и организатор.

Согласно части (1) ст. 5 закона РМ «Об азартных играх» игрок - лицо, оплатившее свое участие в игре и имеющее право на получение выигрыша, предусмотренного правилами игры.

Часть (2) ст. 5 этого закона запрещает участие в азартных играх (кроме лотерей и игр на ловкость) лиц, не достигших 18-летнего возраста.

Часть (1) ст. 255 Трудового кодекса Республики Молдова (далее – ТК РМ) № 154-XV от 28.03.2003 года запрещает приём лиц, не достигших возраста 18 лет на работы, которые могут причинить вред их здоровью и нравственности (азартные игры и др.) [4].

Предложение. Считаем целесообразным изменить часть (2) ст. 5 закона РМ «Об азартных играх», запретив участие в азартных играх лицам, не достигшим возраста 21 года. Аналогичное изменение следует внести и в часть (1) ст. 255 ТК РМ.

Согласно ст. 10 закона РМ «Об азартных играх» организатор азартных игр - юридическое лицо, являющееся резидентом Республики Молдова, имеющее соответствующую лицензию и осуществляющее деятельность по непосредственному проведению разрешенных азартных игр.

Организатором азартных игр может быть только юридическое лицо, являющееся резидентом Республики Молдова и имеющее соответствующую лицензию.

Легальное определение понятия «юридическое лицо» дано в части (1) ст. 55 ГК РМ № 1107-XV от 06.06.2002 года [5].

В соответствии с частью (1) ст. 55 ГК РМ юридическим лицом признается организация, которая имеет в собственности обособленное имущество и отвечает по своим обязательствам этим имуществом, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в судебной инстанции.

Более точное определение понятия «юридическое лицо» дано в Налоговом кодексе Республики Молдова (далее – НК РМ) № 1163-XIII от 24.04.1997 года [6].

Согласно пункту 4) ст. 5 НК РМ юридическое лицо – любое хозяйственное товарищество или общество, кооператив, предприятие, учреждение, фонд, ассоциация, включая созданные с участием иностранного лица, и другие организации, за исключением подразделений перечисленных организаций, не имеющих обособленного имущества, а также организационных форм со статусом физического лица согласно законодательству.

Легальное определение понятия «резидент Республики Молдова» дано в подпункте b) пункта 5) ст. 5 НК РМ, согласно которому резидентом является любое юридическое лицо или организационная форма со статусом физического лица, деятельность которых организуется или управляется в Республике Молдова либо основным местом осуществления деятельности которых является Республика Молдова.

Организатор азартных игр должен получить лицензию в соответствии со ст. 8 и 9 закона РМ «Об азартных играх».

Согласно части (1) ст. 8 этого закона лицензия на деятельность в области азартных игр (далее - лицензия) - документ, предоставляющий юридическому лицу, имеющему свидетельство о государственной регистрации, разрешение на деятельность по организации игр случая, пари или игр на ловкость по адресу, указанному в лицензии, при соблюдении правил игры и требований законодательства.

Согласно части (2) ст. 8 этого закона условия выдачи лицензии, а также срок ее действия устанавливаются Законом о регулировании предпринимательской деятельности путем лицензирования и настоящим законом.

Порядок выдачи и аннулирования лицензий на право осуществлять игорный бизнес установлен ст. 48-51 закона РМ «Об азартных играх».

Согласно ст. 9 закона РМ «Об азартных играх» лицензия выдается на срок до одного года юридическому лицу, осуществляющему любой вид деятельности в области азартных игр, при соблюдении следующих условий:

a) организационно-правовой формой является акционерное общество или общество с ограниченной ответственностью;

величина оплаченного уставного капитала на момент подачи декларации для получения лицензии составляет:

- 600 000 леев для казино;
- 250 000 леев для национальных лотерей;
- 200 000 леев для пари, залов игровых автоматов;
- 150 000 леев для региональных лотерей;
- 50 000 леев для игр на ловкость;
- 25 000 леев для игровых автоматов;

c) основным видом деятельности является организация азартных игр;

d) сопутствующие виды деятельности (зрелищно-развлекательные мероприятия, общественное питание, торговля спиртными, табачными изделиями и т.д.) организовываются только по месту осуществления основного вида деятельности;

e) в число акционеров, пайщиков, членов правления, а также лиц, непосредственной служебной обязанностью которых является проведение азартной игры или осуществление контроля за ней, не входят лица, ранее судимые за умышленные преступления либо входившие в состав юридического лица, которым организовывались азартные игры без соответствующей лицензии или лицензия которого аннулирована на основаниях, предусмотренных ст.48 закона РМ.

Согласно ст. 4 закона РМ «Об азартных играх» азартные игры, не соответствующие требованиям настоящего закона, являются запрещенными, и их проведение на территории Республики Молдова не допускается.

Предложение. Полагаем, что ст. 4 закона РМ «Об азартных играх» следует изменить, установив исчерпывающий перечень запрещенных азартных игр.

Нечёткая формулировка ст. 4 закона РМ «Об азартных играх»позволяет признать запрещенной любую азартную игру, не соответствующую требованиям этого закона, что создаёт благоприятные условия для злоупотреблений должностных лиц, контролирующих игорный бизнес.

Согласно части (1) ст. 6 закона РМ «Об азартных играх» азартные игры организовываются по правилам, утвержденным Министерством финансов и содержащим:

a) наименование организатора игры;

b) точное описание применяемой системы игры (подробные условия игры);

c) место, порядок и конечный срок выдачи выигрышей;

d) порядок и сроки разрешения претензий игроков;

e) иные сведения, определяемые соответствующими статьями настоящего закона.

Министерство финансов утверждает Правила проведения конкретных азартных игр, разработанные конкретными организаторами азартных игр.

Вывод. Таким образом, правила проведения одних и тех же азартных игр различными организаторами этих игр могут быть неодинаковыми.

Предложение. Полагаем, что правила проведения азартных игр должны быть одинаковыми. Поэтому ст. 6 закона РМ «Об азартных играх» следует дополнить частью (1^1), согласно которой примерные правила проведения азартных игр утверждаются Правительством РМ,

Согласно части (2) ст. 6 закона РМ «Об азартных играх» правила проведения азартных игр представляются в Лицензионную палату одновременно с декларацией для получения лицензии на деятельность в области азартных игр. Правила проведения азартных игр утверждаются на каждый срок действия лицензии отдельно (как при выдаче, так и при продлении лицензии). Изменения в них могут производиться только с письменного согласия Министерства финансов.

Предложение. Полагаем целесообразным отменить часть (3) ст. 6 закона РМ «Об азартных играх», дающую Министерству финансов РМ право устанавливать дополнительные условия к правилам проведения азартной игры или группы азартных игр.

Таким образом, Министерство финансов РМ имеет право по своему субъективному усмотрению в любое время без объяснения причин установить дополнительные условия к правилам проведения азартной игры или группы азартных игр.

При этом следует учесть, что подчиненные Министерству финансов РМ органы в соответствии со ст. 402 Кодекса о правонарушениях Республики Молдова (далее – КоП РМ) № 218-XVI от 24.10.2008 года уполномочены налагать административные наказания за нарушение законодательства об азартных играх, которые предусмотрены частями (1), (2), (4) статьи 277^1 этого кодекса [6].

Следовательно, Министерство финансов РМ «совмещает» законотворческую функцию – утверждает правила проведения азартных игр, с судебной функцией – применяет административные наказания за нарушение этих правил и дополнительных условий к этим правилам.

Предложение. Полагаем необходимым отменить часть (3) ст. 6 закона РМ «Об азартных играх».

Основные обязанности организатора азартных игр установлены ст.11 закона РМ «Об азартных играх».

Согласно части (1) ст. 11 этого закона организатор азартных игр обязан:

a) обеспечивать общественный порядок и безопасность игроков;

b) не допускать к игре лиц, не имеющих на основании настоящего закона права участвовать в данной игре, а также лиц, которые под влиянием алкоголя, наркотика или иного сильнодействующего вещества либо по иным причинам явно не могут отдавать себе отчета в своих действиях;

b^1) требовать предъявления удостоверяющего личность документа (паспорт, удостоверение личности, вид на жительство, проездной документ) или иного официального документа с фотографией с целью удостоверения в том, что лицо, желающее участвовать в азартных играх, достигло 18-летнего возраста. В случае отказа лица предъявить удостоверяющий личность документ или иной официальный документ с фотографией организатор обязан запретить ему доступ в игровой зал и не допускать его к азартным играм;

c) регистрировать в установленном порядке в месте, в котором организовываются азартные игры, все выдаваемые выигрыши, начиная с суммы 3000 леев;

d) выдавать игрокам выигрыши согласно правилам игры;

e) выдавать игрокам по их требованию справку по установленной форме о выдаче выигрыша;

f) разрешать претензии игроков в сроки и в порядке, предусмотренном правилами игры;

g) хранить в тайне размеры выигрышей или проигрышей игроков, предоставляя информацию о них только в предусмотренных законодательством случаях;

h) обеспечивать игрокам возможность непосредственного ознакомления с правилами игры;

i) вести ежедневный учет азартных игр по каждому игровому столу, игровому автомату и лотерее;

j) представлять документы, относящиеся к азартным играм, контролирующим органам;

k) выполнять иные обязанности, возложенные на него настоящим законом и иными нормативными актами.

Согласно части (2) ст. 11 этого закона организатору азартных игр запрещается:

a) заключать с лицами в возрасте до 18 лет и с лицами, ранее судимыми за умышленные престу-

пления, индивидуальный трудовой договор или договор подряда, содержанием которого является выполнение работы, непосредственно связанной с проведением азартной игры или осуществлением контроля за ней;

b) участвовать в азартной игре, проводимой им самим. Настоящее запрещение распространяется также на физических лиц, входящих в число акционеров, пайщиков, членов правления или лиц, непосредственной служебной обязанностью которых является проведение азартной игры или осуществление контроля за ней;

c) предоставлять игрокам кредит для внесения ставок.

Предложение. Полагаем, что пункт a) части (2) ст. 11 закона РМ «Об азартных играх» следует отменить, запретив организатору азартных игр заключать индивидуальные трудовые договоры с лицами, не достигшими возраста 21 года, и с лицами, имеющими непогашенную судимость за корыстные преступления. Данный запрет должен распространяться только на работы, непосредственно связанные с проведением азартных игр.

В соответствии со ст. 18 закона РМ «Об азартных играх» налогообложение деятельности и ведение бухгалтерского учета в области азартных игр осуществляются в соответствии с законодательством.

Налогообложение организаторов и участников азартных игр и ответственность за нарушение налогового законодательства регулируется НК РМ.

При этом налоги с выигрышей выплачиваются организаторами азартных игр.

Согласно части (3^3) ст. 90^1 НК РМ каждый плательщик выигрышей обязан удержать и перечислить в бюджет налог в размере:

- 18 %выигрышей от азартных игр, за исключением выигрышей от рекламных компаний и/или лотерей;
- 18 % выигрышей от рекламных кампаний и/или лотерей в части, в которой величина каждого выигрыша превышает 10 процентов личного освобождения, установленного в части (1) ст.33, и не превышает 50 тысяч леев;
- 25 % выигрышей от рекламных кампаний и/или лотерей в части, в которой величина каждого выигрыша равняется или превышает 50 тысяч леев.

Согласно части (2) ст. 92 НК РМ налоговая отчетность о выплаченных доходах и удержанном у источника выплаты подоходном налоге представляется плательщиком доходов территориальному налоговому органу до 25-го числа месяца, следующего за месяцем, в котором были произведены выплаты, за исключением отчетности, указанной в части (3), для которой предусмотрен иной срок представления.

Ответственность за нарушение налогового законодательства организаторов азартных игр установлена ст. 257, 260 и 261 НК РМ.

Статья 257 НК РМ, устанавливающая административную ответственность за нарушение правил ведения бухгалтерского учета и учета в налоговых целях, гласит: «Использование бланков первичных документов отличного от предусмотренных действующими нормативными актами образца, а также использование фальшивых или чужих бланков первичных документов (в том числе налоговой накладной) влекут наложение штрафа в размере сумм хозяйственных операций, отраженных в этих документах.

Необеспечение сохранности налоговой отчетности и/или учетной документации, и/или контрольных лент (контрольных лент в специализированном электронном виде) и/или полное или частичное отсутствие бухгалтерского учета, что ведет к невозможности проведения налогового контроля, влекут наложение штрафа в размере 50000 леев с исчислением соответствующих налогов и сборов согласно части (2) ст. 189 настоящего кодекса.

В отступление от частей (2) и (5) соответствующие положения не применяются к структурам, ведущим бухгалтерский учет и составляющим финансовые отчеты на основе МСФО, на период до двух лет со дня внедрения указанных стандартов.

Осуществление хозяйствующим субъектом, в котором был создан налоговый пост и который был осведомлен об этом в соответствии с положениями действующего законодательства, зачислений/списаний товаров/услуг без информирования об этом инспектора или Государственной налоговой инспекции, ответственной за деятельность налогового поста, влечет наложение штрафа, равного сумме соответствующих экономических операций».

Статья 260 НК РМ, устанавливающая административную ответственность за несоблюдение порядка составления, представления налоговой отчетности и налоговой накладной, нерегистрация налоговой накладной в Генеральном электронном регистре налоговых накладных, гласит: «Непредставление налогового отчета влечет наложение штрафа в размере 1000 леев за каждый непредставленный налоговый отчет, но не более 10000 леев за все непредставленные налоговые отчеты.

Несвоевременное представление налогового отчета влечет наложение штрафа в размере 200 леев за каждый несвоевременно представленный

налоговый отчет, но не более 2000 леев за все несвоевременно представленные налоговые отчеты.

. Представление налогового отчета, содержащего недостоверную информацию, влечет наложение штрафа в размере 1000 леев за каждый налоговый отчет, представленный с недостоверной информацией, но не более 7000 леев за все представленные с недостоверной информацией налоговые отчеты.

Непредставление налоговой накладной в сроки, предусмотренные ст.117 и 117[1], влечет наложение штрафа в размере 3600 леев за каждую непредставленную налоговую накладную, но не более 72000 леев за все непредставленные в установленные сроки налоговые накладные.

Нерегистрация налоговой накладной в Генеральном электронном регистре налоговых накладных влечет наложение штрафа в размере 3600 леев за каждую незарегистрированную налоговую накладную, но не более 72000 леев за все незарегистрированные в установленные сроки налоговые накладные.

В случае уменьшения (занижения) налогооблагаемого дохода, задекларированного налогоплательщиком, который применял нулевую ставку на подоходный налог в период с 1 января 2008 года по 31 декабря 2011 года, налагается штраф в размере 15% незадекларированной (заниженной) суммы налогооблагаемого дохода».

Статья 261 НК РМ, устанавливающая административную ответственность за нарушение правил исчисления и уплаты налогов (пошлин) и сборов, гласит: «Занижение налогов (пошлин), сборов путем представления в налоговый орган налогового отчета, содержащего недостоверную информацию, влечет наложение штрафа в размере 30 % суммы занижения.

Положения части (4) не применяются в случае самостоятельного представления налогоплательщиком исправленного налогового отчета в соответствии со ст. 188 НК РМ при условии, что исправленный отчет не содержит недостоверных сведений и данных.

Уклонение от исчисления и уплаты налогов (пошлин), сборов влечет наложение штрафа в размере незадекларированного налога (пошлины), сбора.

Неуплата или недоплата подоходного налога, уплачиваемого в рассрочку, влечет наложение штрафа в размере, исчисленном в соответствии с частью (3) ст.228 НК РМ, за период с даты, установленной для уплаты такого налога, до дня, установленного для представления налоговой декларации. Сумма недоплаты подоходного налога определяется как разница между налогом, исчисленным и уплаченным налогоплательщиком, и налогом, который он обязан уплатить. Подоходный налог, подлежащий уплате, представляет собой наименьшую величину из суммы исчисленного налога, подлежавшего уплате в предшествующем году, или 80 % окончательной суммы налога в текущем году за вычетом зачетов (исключая налог, уплаченный в рассрочку). Санкция не применяется в случае, если сумма подоходного налога, подлежащего уплате, составляет менее 1000 леев. Штраф не налагается на налогоплательщиков, указанных в части (5) ст.228 НК РМ, в отношении налоговых обязательств и налоговых периодов, по которым не применяется (не начисляется) пеня».

Порядок обжалования административных наказаний за нарушение налогового законодательства установлен ст. 267-274 НК РМ и законом РМ № 793-XIV от 10.02.2000 года «Об административном суде» [7].

Вывод. Имеется противоречие между частью (3) ст. 267 НК РМ, согласно которой обязанность доказывания ошибочности решения, вынесенного налоговым органом, возлагается на лицо, подавшее жалобу, и между частью (3) ст. 24 закона РМ «Об административном суде», согласно которой при рассмотрении в административном суде искового заявления об аннулировании обжалуемого административного акта представление доказательств вменяется в обязанность ответчика, а при рассмотрении требования о возмещении причиненного ущерба - в обязанность обеих сторон.

Предложение. Полагаем, что часть (3) ст. 267 НК РМ, закрепляющую принцип презумпции виновности налогоплательщика, следует отменить по следующим причинам.

Во-первых, часть (3) ст. 267 НК РМ противоречит части (3) ст. 24 закона РМ «Об административном суде».

Во-вторых, часть (3) ст. 267 НК РМ противоречит ст. 375 КоП РМ, которая закрепляет принцип презумпции невиновности правонарушителя.

Административная ответственность за нарушение налогового законодательства установлена и НК РМ и КоП РМ. поэтому во всех случаях применения административной ответственности должен применяться принцип презумпции невиновности лица, привлекаемого к административной ответственности.

Административная ответственность за нарушение закона РМ «Об азартных играх» установлена частями (1)-(4) ст. 277[1] и частью (1) ст. 356 КоП РМ.

Согласно части (1) ст. 277[1] КоП РМ воспрепятствование осуществлению контрольных функций или отказ в предоставлении документов, отражающих финансово-хозяйственную деятельность организатора азартных игр, или представление сфальсифицированных данных влечет наложение штрафа на должностных лиц в размере от 100 до 150 условных единиц и на юридических лиц в размере от 150 до 200 условных единиц.

Контрольные функции осуществляются налоговыми органами.

Полномочия налогового органа установлены ст. 133 НК РМ,

Согласно части (1) ст. 402 КоП РМ правонарушения, предусмотренные частями (1), (2) и (4) ст. 277[1] КоП РМ, рассматриваются органами финансового и налогового контроля Министерства финансов.

Согласно части (2) ст. 402 КоП РМ рассматривать дела о правонарушениях и назначать наказания вправе министр финансов и его заместители, руководители и заместители руководителей главных финансовых управлений административно-территориальных единиц, начальники государственных налоговых инспекций всех уровней и их заместители, директор Агентства государственных закупок и его заместители, руководители и заместители руководителей подведомственной Министерству финансов Финансовой инспекции и ее территориальных подразделений.

Предложение. Полагаем, что часть (2) ст. 402 КоП РМ следует изменить, установив, что административные наказания за правонарушения, предусмотренные частями (1), (2) и (4) ст. 277[1] налагает суд первой инстанции.

Согласно части (2) ст. 277[1] КоП РМ осуществление деятельности в сфере азартных игр без лицензии или с приостановленной/отозванной либо недействительной лицензией влечет наложение штрафа на должностных лиц в размере от 100 до 200 условных единиц и на юридических лиц в размере от 200 до 300 условных единиц. Согласно части (3) ст. 277[1] КоП РМ допуск к азартным играм (кроме лотерей и игр на ловкость) лиц, не достигших 18-летнего возраста, допуск к азартным играм лиц, которые под влиянием алкоголя, наркотиков или иного сильнодействующего вещества либо по иным причинам явно не отдают себе отчета в своих действиях, а равно разрешение доступа в игровой зал этих лиц влекут наложение штрафа на физических лиц в размере от 80 до 120 условных единиц и на юридических лиц в размере от 250 до 450 условных единиц, с лишением или без лишения в обоих случаях права осуществлять определенную деятельность на срок от 5 месяцев до одного года.

Согласно ст. 400 КоП РМ протоколы о правонарушениях, предусмотренных частью (3) статьи 277[1], составляются сотрудниками полиции и направляются в суд первой инстанции, который рассматривает дело по существу.

Согласно части (4) ст. 277[1] КоП РМ нарушение игровых правил или организация азартных игр по правилам, которые не соответствуют требованиям законодательства об азартных играх и другим нормативным актам, в том числе использование игрового оборудования, произведенного более 10 лет назад, или недекларирование к лицензированию структурных подразделений и/или используемого оборудования (каждый игровой автомат с денежными выигрышами и каждый игровой стол) влечет наложение штрафа на должностных лиц в размере от 200 до 300 условных единиц и на юридических лиц в размере от 400 до 500 условных единиц.

Согласно части (1) ст.356 КоП РМ осуществление азартных игр без разрешения влечет наложение штрафа в размере от 50 до 100 условных единиц или назначение наказания в виде неоплачиваемого труда в пользу общества на срок от 40 до 60 часов.

Протоколы о правонарушениях, предусмотренных частью (1) ст. 356 КоП РМ, составляют сотрудники полиции согласно части (1) ст. 400 КоП РМ. они же назначают наказания в виде штрафа.

В случае, если сотрудник полиции, составивший протокол о правонарушении, предусмотренном частью (1) ст. 356 КоП РМ, предлагает назначить наказание в виде неоплачиваемого труда в пользу общества, протокол согласно пункту с) части (1) ст. 395 КоП РМ направляется в судебную инстанцию.

Библиография

1. Официальный монитор РМ № 50-52 от 20.05.1999 г.
2. Официальный монитор РМ № 82-86 от 22.06.2002 г.
3. Брагинский М., «Правовое регулирование игр и пари», «Хозяйство и право», 2004 г. № 11, стр. 22
4. Официальный монитор РМ № 159-162 от 29.07.2003 г.
5. Официальный монитор РМ № 82-86 от 22.06.2002 г.
6. Официальный монитор РМ № 3-6 от 16.01.2009 г.
7. Официальный монитор РМ. Специальный выпуск от 03.10.2006 г.

Dreptul internațional

DEZVOLTAREA STRATEGIEI COMUNE A UNIUNII EUROPENE PENTRU EUROPA DE SUD-EST ÎN DOMENIUL ACTIVITĂŢII VAMALE

Zinaida LUPAŞCU,
doctor în drept, conferenţiar universitar, Catedra *Drept Public*, USEM

SUMMARY

This article described the EU's contribution to the development of a common EU strategy for Southeast Europe în customs. Thus, the EU launched a Stabilization and Association Agreement with Bosnia and Herzegovina, Croatia, Former Yugoslav Republic of Macedonia, Albania, Montenegro and Serbia, including Kosovo (under Security Council Resolution 1244 of the United Nations) countries and territories that made up the Federal Republic of Yugoslavia în 1999.

In the period 1991-2008 there was a process that led, firstly, to a series of political upheavals and conflicts including civil war that ended în 1995, and ultimately led to the demise of the federation on the map of Europe. Thus, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia becomes a conglomeration of six regional republics: Slovenia, Croatia, Bosnia and Herzegovina, Montenegro, Serbia, Macedonia and Serbia's two autonomous provinces of Kosovo and Vojvodina. As a result, the former Yugoslavia was declared a country with seven borders, six republics, five nations, four languages, three religions, two alphabets and a boss. în this regard, the European Union wanted to develop new contractual relations with these countries: stabilization and association agreements.

Keywords: the customs domain activity, customs border, the customs procedures, the unification, harmonization

REZUMAT

În articol este descrisă contribuţia UE la dezvoltarea strategiei comune a Uniunii Europene pentru Europa de Sud-Est în domeniul activităţii vamale. Astfel, UE a lansat un proces de stabilizare şi de asociere cu Bosnia şi Herţegovina, Croaţia, Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei, Albania, Muntenegru şi Serbia, inclusiv Kosovo (în conformitate cu Rezoluţia 1244 a Consiliului de Securitate al Organizaţiei Naţiunilor Unite), ţări şi teritorii care alcătuiau Republica Federală Iugoslavia în 1999.

În perioada 1991-2008 a avut loc un proces care a dus, în primul rînd, la o serie de răsturnări politice şi conflicte, inclusiv războiul civil care a încetat în 1995. Astfel, Republica Socialistă Federativă Iugoslavia devine un conglomerat de şase republici regionale: Slovenia, Croaţia, Bosnia şi Herţegovina, Muntenegru, Serbia, Macedonia şi două provincii autonome ale Serbiei: Kosovo şi Voivodina. În consecinţă, fosta Iugoslavie a fost declarată o ţară cu şapte frontiere, şase republici, cinci naţionalităţi, patru limbi, trei religii, două alfabete şi un şef. În acest sens, Uniunea Europeană îşi dorea să dezvolte noi relaţii contractuale cu aceste ţări: acorduri de stabilizare şi de asociere.

Cuvinte-cheie: activitate vamală, frontiera vamală, proceduri vamale, unificare, armonizare

Introducere. Formarea de noi state suverane, independente, îndeosebi în Europa, a dus la schimbări cantitative şi calitative în relaţiile internaţionale, la multiplicarea şi diversificarea mijloacelor şi formelor juridice ale raporturilor interstatale.

Dezvoltarea economică, progresul tehnico-ştiinţific în cele mai diverse domenii au extins sfera raporturilor de cooperare internaţională, au generat noi probleme şi necesitatea unor noi soluţii. Dezvoltarea mijloacelor de comunicaţie şi transport la distanţe mari a făcut posibilă apariţia unor legături mai ample, mai complexe între state şi popoare de pe diferite continente şi crearea unor mecanisme internaţionale de coordonare permanentă a eforturilor de cooperare a statelor. Asemenea mecanisme internaţionale de cooperare s-au adăugat mijloacelor şi formelor existente în dreptul vamal şi internaţional şi în practica ţărilor [1].

Ideea de unitate europeană s-a materializat numai după prăbuşirea comunismului în Europa în perioada 1989-1991. În luna aprilie 1990, la Dublin au fost iniţiate acordurile de asociere cu ţările din Europa Centrală şi de Est. Tot la Dublin s-a hotărît şi înfiinţarea Băncii Europene de Reconstrucţie şi Dezvoltare (BERD), care avea menirea să acorde asistenţă financiară ţărilor asociate, precum şi Banca Europeană de Investiţii să finanţeze proiecte de modernizare economică în aceste ţări.

Primele acorduri de asociere au fost semnate cu fosta Cehoslovacie, Polonia şi Ungaria, apoi cu Romania (februarie 1994) şi Bulgaria (martie 1994). În total, zece ţări foste comuniste din Europa au devenit asociate la UE. Toate au înaintat ulterior cereri de aderare. În urma Summitului de la Helsinki (decembrie 1999) au fost iniţiate negocierile de aderare cu toate statele-candidate, care îndeplinesc criteriile impuse de UE.

Cele mai multe ţări-candidate sînt rămase în urmă

din punctul de vedere al nivelului de dezvoltare, de aceea o integrare rapidă a lor în UE nu ar fi reciproc avantajoasă. UE ar trebui să-şi găsească parteneri în ţările-candidate la integrare din Europa de Sud-Est. O condiţie stringentă, la moment, este alinierea acestor ţări la acquis-ul comunitar, ce reprezintă un ansamblu de legi, de drepturi deja obţinute la nivel comunitar. Este vorba despre un „bun cîştigat", concretizat în standarde juridico-politice şi sociale europene. Statele aflate în proces de integrare europeană trebuie să dea dovadă de capacitate în cazul implementării acestui acquis, ceea ce nu este deloc uşor [2].

Pentru a dobîndi calitatea de membru al Uniunii Europene, statul-candidat urmează să îndeplinească careva criterii de ordin politic, economic, vamal, care ar duce la o extindere succesivă a UE, pentru a întări şi a spori potenţialul comercial al statului şi al comunităţii.

În articolul de faţă, vom urmări scopul de a elucida problemele cu care se confruntă statele aflate în procesul integrării în UE în calea alinierii legislaţiei vamale ale acestora la standardele europene.

Tratatul de la Maastricht din 7 februarie 1992 privind Uniunea Europeană, intrat în vigoare la 1 noiembrie 1993, avea şi are scopul să pregătească crearea unei uniuni monetare europene, a unei Uniuni Vamale comune, a unei activităţi economice externe cu o piaţă de desfacere unică, promovînd noi forme de cooperare între guvernele statelor-membre şi ale celor aflate în proces de integrare [3, p. 1-3].

Creşterea rapidă a comerţului mondial şi a nomenclatorului tarifar de mărfuri a dus la necesitatea îmbunătăţirii cadrului juridic în domeniul vamal, şi anume simplificarea şi armonizarea sistemelor vamale naţionale prin convergenţa lor la sistemele juridice internaţionale din domeniul vamal, reducerea formalităţilor şi a procedurilor vamale, precum şi coordonarea activităţii autorităţilor vamale.

În cazul Balcanilor din Sud-Estul Europei, ţările-candidate la aderare şi acele aflate în procesul integrării europene trebuie să demonstreze că sînt capabile să coopereze la nivel regional şi să aibă relaţii bune cu ţările vecine. Articolul 49 din Tratatul privind Uniunea Europeană prevede că orice ţară europeană poate depune cererea de aderare, dacă respectă valorile UE şi se angajează să le promoveze. Un stat poate deveni membru doar dacă îndeplineşte criteriile de aderare [4.], aşa cum au fost definite la Copenhaga în 1993, şi anume.

- criteriul *politic* (stabilitatea instituţiilor care garantează democraţia, statul de drept, drepturile omului, respectul pentru minorităţi şi protecţia acestora);

- criteriul *economic* (existenţa unei economii de piaţă funcţionale, precum şi capacitatea de a face faţă presiunii concurenţei şi forţelor pieţei din Uniunea Europeană);

- criteriul privind *adoptarea acquis-ului comunitar* (capacitatea de asumare a obligaţiilor de membru al UE şi printr-o o serie de decizii luate ulterior la nivelul UE) [5, p. 180].

Metode aplicate şi materiale utilizate. La realizarea acestui studiu au fost utilizate atît metode generale (logico-juridică, comparativă), cît şi metode specifice ale dreptului (analitico-ştiinţifică).

În procesul cercetării am operat cu materiale teoretico-practice din domeniul dreptului vamal naţional, precum şi ale dreptului vamal comunitar, şi anume, actele normative şi practica Serviciului Vamal al Republicii Moldova şi al statelor aflate în procesul de integrare europeană, precum şi legislaţia UE (regulamente şi acorduri cu privire la cooperarea în domeniul vamal). Astfel, ne-am propus nu doar examinarea teoretică a problemei vizate, ci şi descoperirea unor soluţii concrete, care depind de abordarea empirică a aspectului cercetat.

Rezultate obţinute şi discuţii. În faza de cercetare este justificată efectuarea unei analize ample şi obiective asupra dezvoltării strategiei comune a Uniunii Europene pentru Europa de Sud-Est. În acest context, UE a lansat un proces de stabilizare şi de asociere cu Bosnia şi Herţegovina, Croaţia, Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei, Albania, Muntenegru şi Serbia, inclusiv Kosovo (în conformitate cu Rezoluţia 1244 a Consiliului de Securitate al Organizaţiei Naţiunilor Unite), ţări şi teritorii care alcătuiau Republica Federală Iugoslavia în 1999. Astfel, Uniunea Europeană îşi dorea să dezvolte noi relaţii contractuale cu aceste ţări: acorduri de stabilizare şi de asociere.

Vom începe cu Republica Socialistă Federativă Iugoslavia, care a fost un conglomerat de şase republici regionale: Slovenia, Croaţia, Bosnia şi Herţegovina, Muntenegru, Serbia, Macedonia şi două provincii autonome ale Serbiei: Kosovo şi Voivodina [3, p. 1]. În perioada 1991-2008 a avut loc un proces care a dus, în primul rînd, la o serie de răsturnări politice şi conflicte, inclusiv războiul civil, care a încetat în 1995. În consecinţă, Iugoslavia a fost declarată o ţară cu şapte frontiere, şase republici, cinci naţionalităţi, patru limbi, trei religii, două alfabete şi un şef [4, p. 3-7]. După destrămare, fiecare ţară a fostei federaţii şi-a urmat drumul său de dezvoltare şi majoritatea lor tind spre o integrare europeană.

Dacă ne referim la **Slovenia**, la 25 iunie 1991 aceasta a obţinut independenţă faţă de Iugoslavia, iar la 1 mai 2004 a fost una dintre primele state din componenţa fostei Iugoslavii care a aderat la Uniunea Europeană, împreună cu încă nouă state din fostul lagăr socialist: Polonia, Ungaria, Malta, Cipru, Republica

Cehă, Slovacia şi republicile baltice, iar din spaţiul post-sovietic – Letonia, Estonia şi Lituania.

Alt stat din componenţa fostei Iugoslavii care şi-a dorit foarte mult să adere la Uniunea Europeană a fost Croaţia. Proclamarea independenţei şi recunoaşterea internaţională a Republicii Croaţia ca membru cu drepturi depline în Uniunea Europeană au constituit un obiectiv strategic al politicii sale de stat. Si anume, *scopul de aderare a economiei Croaţiei la piaţa europeană*, care dispunea de condiţii foarte favorabile şi crea premise pentru dezvoltarea economică internă mai rapidă, precum şi deschiderea pieţelor noi, prin consolidarea concurenţei monopoliste care, ca rezultat, au micşorat preţurile la multe produse şi au diversificat întreaga gamă de alte produse.

Un alt *motiv practic* care a stat la baza dorinţei acestei ţări de a întra în marea familie europeană a fost incomoditatea cu care se confruntau cetăţenii săi, care lucrau şi locuiau în ţările UE, la punctele de trecere a frontierei spre Europa şi înapoi. Astfel, în luna octombrie 2001, Republica Croaţia a semnat Acordul de stabilizare şi de asociere cu Uniunea Europeană, prin care a iniţiat pregătirea pentru a deveni membru cu drepturi depline în Uniune, prin care se obliga de a fi un participant activ al procesului de integrare europeană, în scopul de a propune idei şi proiecte proprii şi a contribui la promovarea valorilor care stau la baza existenţei UE [5, p. 1-5].

La început, Croaţia nu putea face faţă tuturor criteriilor pentru aderarea la Uniunea Europeană, şi anume condiţiilor politice legate de întoarcerea refugiaţilor, libertatea mass-mediei, cooperarea cu tribunalul de la Haga şi cooperarea regională. De asemenea, prin aderarea la UE, Croaţia trebuia să finalizeze procesul de tranziţie, care presupunea stabilirea şi crearea unei economii de piaţă funcţionale, ce ar permite consolidarea companiilor autohtone, care ar putea concura în mod egal pe piaţa internă a Uniunii Europene. Din toate sursele examinate, ajungem la concluzia că Republica Croaţia nu era încă pregătită să se implice pe deplin în cadrul unei pieţe unice europene din mai multe motive.

Primul motiv a fost lipsa de aliniere a legislaţiei croate la cea europeană. De asemenea, unele sectoare din Croaţia erau foarte sensibile pentru a concura cu statele-membre care erau vizate în materie referitor la participarea la Piaţa unică europeană. Existenţa sistemelor de codificare a mărfurilor diferite în nomenclatura tarifar-vamală de clasificare a reprezentat principala sursă de erori care împiedica utilizarea acestora. Astfel apărea sistemul protecţionist netarifar la trecerea mărfurilor peste frontiera de stat. Această circumstanţă a privat din start participanţii la comerţul internaţional din Croaţia de oportunităţi iniţiale egale pe piaţa mondială, fapt care, la rîndul său, a afectat în mod negativ dezvoltarea cooperării internaţionale şi a redus oportunităţile comerciale la nivel mondial.

În ceea ce priveşte oferta de produse croate pe piaţa europeană, pentru Croaţia a fost un stres esenţial. Taxele suplimentare au afectat cu siguranţă competitivitatea scăzută a produselor autohtone pe piaţă. Uniunea European era cel mai important partener comercial al Croaţiei şi 48,8% din exporturile ţării erau îndreptate tocmai pe pieţele din statele-membre ale UE. Pentru a intensifica procesul de integrare europeană a fost pusă în aplicare reforma economică.

La sfîrşitul anului 2006, Croaţia a atins nivelul de pregătire pentru integrarea deplină în Uniune, care corespundea condiţiilor Acordului interimar privind comerţul şi aspectele legate de comerţ între Republica Croaţia şi Comunitatea Europeană. Acest acord special făcea parte din Acordul de stabilizare şi asociere, care fuziona din el şi se referea la eliminarea taxelor vamale şi a altor restricţii cu privire la schimbul de mărfuri între Croaţia şi UE.

Spre deosebire de Acordul de stabilizare şi asociere, Acordul interimar era deja în vigoare la 1 martie 2002, dar intrarea în vigoare a acestuia nu implica procesul de ratificare în toate statele-membre ale UE [6, p. 1].

Una dintre condiţiile de aderare a Croaţiei la Uniunea Europeană a fost armonizarea la Regimul de frontieră Schengen. Ca ajutor, Uniunea Europeană a contribuit la implementarea Programului intitulat *Managementul integrat al frontierei*, care avea drept scop consolidarea controlului vamal la frontieră Croaţiei şi pregătirea pentru punerea în aplicare a celor mai avansate proceduri vamale la frontieră [7]. Scopul acestui program era de a consolida controalele la frontieră, pentru a reduce numărul trecerilor ilegale ale frontierei Uniunii Europene [8].

Gama de legalizare a drogurilor uşoare nu era armonizată la nivelul UE şi procesul legalizării acestora în Republica Croaţia nu depindea de aderarea ţării la Uniunea Europeană, ci mai degrabă de iniţiativa şi deciziile autorităţilor competente din Croaţia. Pe parcursul îndeplinirii criteriilor de aderare, apărea întrebarea: ce perspective are o naţiune mică într-o Europă unită? Indiferent de dimensiune, statele-membre ale Uniunii Europene nu pot deveni minorităţi. Articolul 6 din Tratatul privind Uniunea Europeană subliniază în mod explicit: „Uniunea va respecta identitatea naţională a tuturor statelor sale". Ideea de integrare europeană nu este de a se „dizolva" în UE, ci mai degrabă statele-membre vor contribui la diversitatea ei [9].

Astfel, prin aderarea la Uniunea Europeană, Croaţia nu şi-a pierdut suveranitatea. Statele-membre ale

UE, ca părţi ale acesteia, transferă la nivelul Uniunii unele competenţe, cu scopul de a lua decizii mai eficiente în comun, decît oricare stat-membru ar putea realiza separat. La 30 iunie 2013, Croaţia a devenit cea dea 28-a ţară care a aderat la UE, după zece ani de la depunea cererii de aderare [10].

Un alt stat din componenţa fostei Iugoslavii este **Serbia**, care la 22 aprilie 2013 devine candidată de aderare la Uniunea Europeană, cînd Comisia Europeană, prin decizia executivului comunitar, a adoptat o recomandare către statele-membre UE privind deschiderea negocierilor cu această ţară, precum şi un Acord de asociere cu Kosovo, care este una dintre cele două provincii autonome ale ei [11, p. 1]. Drept răspuns la această provocare, Serbia a pus în aplicare pînă în prezent circa 20 de acorduri bilaterale privind asistenţa administrativă reciprocă în domeniul vamal, inclusiv cu ţările învecinate.

Unul dintre aceste acorduri a fost încheiat cu administraţiile vamale din Bosnia şi Herţegovina, Muntenegru şi fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei. Iar în aprilie 2010, Serbia şi Bulgaria au semnat un acord privind înfiinţarea şi funcţionarea unui centru comun de contact pentru cooperare poliţienească şi vamală

Un pas progresist al Serbiei este cel care se referea la aranjamentele tehnice pentru schimbul electronic de date vamale, care avea drept scop determinarea principiilor şi etapelor de dezvoltare a procedurilor vamale electronice în corelare cu standardele europene în domeniul vamal [12]. Pentru ca să acceadă în UE, Serbia trebuia să se alinieze la legislaţia UE. Urma să ratifice şi să pună în aplicare Convenţia europeană privind utilizarea tehnologilor informaţionale în activitatea vamală. Serviciile vamale ale Serbiei sînt foarte extinse şi specifice. Pentru o funcţionare eficientă, în special în contextul gestionării integrate a frontierelor în cadrul Ministerului Finanţelor, au fost semnate acorduri privind schimbul de date şi informaţii cu Administraţia Fiscală (Fiscul), în scopul prevenirii spălării banilor, şi instituirea unei inspecţii străine în sectorul vamal. Aceste acorduri reglementează şi schimbul de date şi informaţii privind asistenţa reciprocă şi cooperarea între administraţiile vamale ale Serbiei cu UE.

Astfel, în ianuarie 2014, la iniţiativa Comisiei Europene, este creată Autoritatea fiscală indirectă (ITA), prin fuziunea administraţiilor vamale ale fostei Federaţii Iugoslavia, Bosniei şi Herţegovinei, Republicii Serbia, Muntenegru, care se ocupă de soluţionarea problemelor vamale. Iar pentru îmbunătăţirea capacităţii operaţionale a ITA este implementată la nivel naţional Platforma ASYCUDAWorld în 4 Direcţiile Regionale Vamale (Banja Luka, Mostar, Sarajevo şi Tuzla), care au în subordonare 55 de birouri vamale şi posturi de frontieră [13].

Un alt organ instituit de Organizaţia Mondială a Vămilor, care are drept obiectiv schimbul de informaţii între administraţiile vamale din ţările Europei de Est şi Centrale, este Oficiul Regional al Schimbului de Informaţii pentru Europa de Est şi Centrală (RILO ECE). RILO este un centru regional de colectare şi analizare a datelor, difuzare a informaţii cu privire la tendinţele şi modul de operare în cazuri semnificative de fraudă. Reţeaua RILO cuprinde în prezent 11 birouri de legătură şi are scopul de a spori eficacitatea informaţiilor globale şi a schimbului de informaţii, precum şi cooperarea între toate serviciile vamale, însărcinate cu combaterea criminalităţii transfrontaliere, impulsionarea asistenţei administrative reciproce şi alinierea la standardele internaţionale în domeniu [14].

Cadrele de cooperare bilaterală şi multilaterală internaţională sînt stabilite de comun acord, pentru a reglementa cooperarea serviciilor de frontieră în diverse domenii, cum ar fi: incidente, traficul internaţional, vize, transportul de mărfuri străine, armonizarea sistemelor vamale, de carantină, de protecţie a plantelor şi a animalelor.

Deşi cooperarea internaţională este realizată în mod foarte activ, legislaţia ţărilor fostei Iugoslavii, nu permite o cooperare completă în domeniul activităţii vamale la frontieră, dat fiind faptul că lipsesc acordurile privind cooperarea concretă cu multe ţări învecinate.

De asemenea, cooperarea a fost formată prin intermediul unor instituţii şi proceduri adecvate, dar care nu au stabilit şi resurse unice. Competenţa serviciilor de frontieră, raporturile juridice şi de reglementare sînt specificate în legile şi regulamentele ce reglementează activitatea şi responsabilitatea serviciilor de frontieră, precum şi drepturile şi obligaţiile cetăţenilor în ceea ce priveşte schimbul şi fluxul la frontiera de stat a mărfurilor şi a capitalului. O parte din aceste probleme sînt reglementate de o serie de Acorduri bilaterale şi multilaterale, ce reglementează diferite domenii, cum ar fi toate formele de transport internaţional, regimul de vize, convenţia vamală, comerţul exterior, de carantină şi de protecţie a animalelor şi a plantelor.

Concluzie. În contextul dreptului intern, în activitatea serviciilor de frontieră se aplică în continuare anumite legi adoptate încă în timpul Republicii Socialiste Federative Iugoslavia. Legile acelei perioade conţin în mare măsură dispoziţii care sînt depăşite şi conţin caracteristici indispensabile în noile circumstanţe economice şi sociale. De asemenea, este necesar să se revizuiască anumite acorduri internaţionale,

care sînt învechite şi a căror cerere urmează a fi modificate şi armonizate la standardele UE.

Introducerea sistemului ASYCUDAWorld, aderarea la reţeaua RILO au sporit priorităţile de cooperare integrată de comunicare între serviciile de frontieră. Aceste mecanisme internaţionale au dus la îmbunătăţirea şi accelerarea schimbului de date, definind fluxul de informaţii între serviciile vamale de toate nivelurile, în scopul obţinerii unei performanţe optime de către toate serviciile vamale la nivel local, precum şi la desfăşurarea activităţilor vamale la nivel comunitar.

Referinţe bibliografice

1. P. Gerbei. Organisation Internationales. Naissance et deveioppment In: Revue Internationale des sciences sociales, UNESCO, nr. 11, 1977, p. 7-16. Tratatul privind Uniunea Europeană – Tratatul de la Maastricht din 7 februarie 1992, intrat în vigoare la 1 noiembrie 199. http://europa.eu/eulaw/decisionmaking/treaties/pdf/treaty_on_european_union/treaty_on_european_union _ro.pdf.

2. Geoeconomia/uniunea-europeana.html

3. Versiune consolidată a Tratatului privind Uniunea Europeană şi a Tratatului privind funcţionarea Uniunii Europene şi Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene. https://www.google.md/#q=Articolul+49+din+Tratatul+privind+Uniunea+European%C4%83

4. Criteriile de aderare la Uniunea Europeană. http://www.mf.gov.md/cooperinternal/es/criteriu

5. Evaluation of the stabilization and association process. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=uriserv:r18004

6. Nicolae Nitu, Iulian Nitu. Destrămarea Iugoslaviei. Colecţia „GeoPolitica", Bucureşti, 2006.

7. Acord de stabilizare şi de asociere între Comunităţile Europene şi statele-membre ale acestora, pe de o parte, şi Republica Croaţia, pe de altă parte. În: Jurnalul Oficial L 26 din 28.1.2005. http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/RO/TXT/?uri=URISERV%3Ar18003

8. Acordul interimar privind comerţul şi aspectele legate de comerţ între Republica Croaţia şi Comunitatea Europeană din 14.4.2011. În: Jurnalul Oficial al Uniunii Europene C 116/12.

9. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 26 May 1999 on the stabilisation and association process for countries of South-Eastern Europe. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=URISERV%3Ar18003

10. https://www.google.md/#q=%22Managementul+integrat+al+frontierei%22%2C++%C3%A Entre+Republica+Croa%C8%9Bia%2Csi+Comunitatea+European%C4%83

11. Jordi Domenech. Perspectives on Europe. Universidad Carlos III de Madrid, Managing Editor: Nicole Shea, Council for European Studies, 2015. http://ec.europa.eu/news/eu_explained/130701_ro.htm

12. Decizia Consiliului din 29.04.2008 privind semnarea şi încheierea Acordului interimar privind comerţul şi aspectele legate de comerţ între Comunitatea Europeană, pe de o parte, şi Republica Serbia, pe de altă parte. În: Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, 30.1.2010.

13. Uniunea vamală a UE: protejarea cetăţenilor şi facilitarea comerţului. http://europa.eu/pol/cust/index_ro.htm]

14. Oficiul Regional al Schimbului de Informaţii pentru Europa de Est şi Centrală (RILO ECE), Varşovia, Polonia. http://www.estis.net/sites/ecanetwork/default.asp?site=ecanetwork&page_id=B26AB558-F35C-40CA-B76E-18914A40B7B6

К ВОПРОСУ ОБ ОТДЕЛЬНЫХ АСПЕКТАХ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ ТРАНСПОРТНЫХ КОРИДОРОВ

Оксана КАСПРУК,
аспирантка кафедры международного публичного права
Института международных отношений Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

SUMMARY

The article deals with the legal regimes of international transport corridors and features of their operation. Particular attention is paid to the analysis of national legal regime and international legal regime. It reveals the essence of the two basic principles of the international legal regime of international transport corridors: the principle of freedom of navigation and the principle of freedom of transit. The author gives proposals to improve the international legal regulation of international transport corridors.

Keywords: international transport corridor, national legal regime, international legal regime, international shipping, the principle of freedom of transit, the principle of freedom of navigation.

АННОТАЦИЯ

В статье рассматриваются правовые режимы международных транспортных коридоров и особенности их функционирования. Особое внимание уделено анализу национально-правового и международно-правового режимов. Раскрывается суть двух основных принципов международно-правового режима международных транспортных коридоров: принципа свободы судоходства и свободы транзита. Автором высказаны предложения по совершенствованию международно-правового регулирования международных транспортных коридоров.

Ключевые слова: международный транспортный коридор, национально-правовой режим, международно-правовой режим, международные перевозки, принцип свободы транзита, принцип свободы судоходства.

Постановка проблемы. В современных условиях правовое регулирование международных транспортных коридоров (далее - МТК) характеризуется серьезными пробелами и недостатками. Одним из главных недостатков выступает отсутствие универсального международного договора о МТК, который бы регулировал международные перевозки пассажиров и грузов по транспортным коридорам. Существующие международно-правовые нормы нужно систематизировать, так как они достаточно разрозненны.

Одной из главных стратегических задач на современном этапе является создание национального рынка транспортных услуг и интеграция в мировые транспортные коммуникации посредством развития надлежащей инфраструктуры международных транспортных коридоров. Важное значение для становления, развития и дальнейшего функционирования сети транспортных коридоров на территории Украины имеет четкое правовое определение статуса и функций их участников, а также правового регулирования отношений, складывающихся между участниками МТК в процессе перевозки пассажиров, багажа и грузов.

Актуальность темы исследования подтверждается тем, что в настоящее время правовой режим МТК является одной из наименее изученных сфер международных транспортных отношений как в Украине, так и за рубежом. Исходя из вышеизложенного, комплексное исследование и анализ международно-правовых особенностей правового регулирования и проблем функционирования МТК имеет актуальное теоретическое и практическое значение.

Исследованием особенностей правового регулирования МТК занимались такие ученые: Корельский В.М., Алексеев С. С., Таран Л. В. и другие. Вместе с тем анализ работ отечественных и зарубежных ученых позволяет сделать вывод о том, что на сегодняшний день правовое регулирование МТК еще не исследовано в достаточной мере.

Целью исследования является комплексний анализ источников международного характера, регламентирующих правовой режим МТК, а также исследования практики применения норм, содержащихся в данных источниках, для определения аспектов правового регулирования МТК.

Изложение основного материала. В условиях углубления процессов глобализации, усиления международной специализации и кооперации труда ведущее место в решении транспортных проблем, связанных с обеспечением межгосударственных связей, отводится международным транспортным коридорам. Дальнейшее формирование международной транспортной инфраструктуры с согласованием международно-правового сотрудничества и применением совместимых технологий перевозок, как основы интеграции национальных транспортных систем в мировую транспортную систему, невозможно без базового развития и со-

вершенствования правового регулирования МТК. Транспортные коридоры способны обеспечить качественную и систематическую доставку пассажиров и грузов, также гарантировать эффективное функционирование международного транспорта. Именно поэтому, экспорт транзитных транспортных услуг приносит значительные выгоды для отдельных стран. Прежде всего, это прямые денежные поступления в виде оплат транспортных и сопутствующих услуг. В транзитные страны направляются инвестиции на развитие транспортной инфраструктуры, так как все участники заинтересованы в устойчивой работе МТК и снижении логистических затрат. В сумме получаем выгодные условия для развития тех регионов, по которым проходят транзитные коридоры.

Под международными транспортными коридорами следует понимать совокупность магистральных транспортных коммуникаций различных видов транспорта, обеспечивающих перевозки пассажиров и грузов в международном сообщении, на направлениях их наибольшей концентрации при соблюдении технологических, организационных и правовых условий осуществления этих перевозок [1, с. 44].

Для того чтобы выяснить особенности правового регулирования МТК, а также в рамках какого правового режима он функционирует, следует подробнее рассмотреть понятие и особенности «правовых режимов».

На сегодня понятие «правового режима» исследовано недостаточно. Следует обратить внимание на определение таких ученых как Милаш В.С. и Таран Л.В. Милаш В. С. подчеркивает, что правовой режим в качестве итогового правового средства является конфигурацией правовых средств, обеспечивающих последовательную реализацию, как частных, так и публичных интересов [2, с. 358].

Таран Л. В. обращает внимание на то, что правовой режим - это особый порядок регулирования, который проявляется через применение определенной совокупности правовых средств, создающих своеобразное сочетание разрешений и запретов [3, с. 83].

Согласно еще одному определению, правовой режим МТК представляет собой совокупность правил, вытекающих из международно-правового статуса МТК, которые определяют порядок функционирования и использования МТК [4].

Как правило, правовой режим МТК закрепляется в международном договоре, который включает в себя обязательства государств-участников договора об использовании МТК. Это своего рода требования об обеспечении функционирования МТК в пределах установленного в договоре маршрута, которые включают следующие нюансы:

– предоставление права транзита другим государствам-участникам договора международных транспортных средств, грузов и пассажиров через их территорию на условиях, указанных в международном договоре;

– обеспечение сторонами договора наиболее эффективной организации содействия транзитных перевозок на их территориях;

– предоставление таможенной процедуры международного транзита для товаров, направляющихся в рамках МТК;

– соответствие транспортной инфраструктуры МТК требованиям отдельных стандартов;

– принятия соответствующих мер, обеспечивающих безопасность движения пассажиров и перевозчиков;

– охрана окружающей среды при международных перевозках и др.

Необходимо отметить, что международный договор о МТК выступает основой для дальнейшего принятия положений и норм, направленных на реализацию данного договора. Исходя из этого, возможно принятие международного договора «следующего уровня». Достаточно часто для реализации норм международного договора о МТК используется потенциал международных организаций, сфера деятельности которых распространяется на данный договор, проходит в форме принятия резолюций по вопросам функционирования МТК. Правовой режим МТК может быть изменен участниками международного договора о МТК путем внесения в принятый договор соответствующих изменений.

С правовой точки зрения различают национально-правовой и международно-правовой режим МТК.

Порядок использования МТК с национально-правовым режимом определяется внутренним законодательством и характеризуется наличием суверенитета государства над участками МТК, которые проходят по его территории. Данный режим может допускать свободу использования маршрута по разным странам (право транзита), если это предусмотрено национальным транспортным и таможенным законодательством государства, по которому проходит соответствующий участок МТК. Маршруты МТК с национально-правовым режимом могут быть обозначены в резолюциях организаций и конференций. Для примера приведем маршруты панъевропейских МТК, указанных в Критских резолюциях 1994 г. Данные акты не

могут императивно установить свободу использования маршрута по разным странам, так как носят рекомендательный характер.

Перейдем к рассмотрению международно-правового режима МТК. Данный режим МТК включает следующих два принципа: принцип свободы транзита и принцип свободы судоходства.

Понятие транзита содержится в ряде международных соглашений и конвенций. К ним относятся, в частности: ГАТТ в редакции 1947 г.; Конвенция о транзитной торговле внутриконтинентальных государств 1965 г.; Конвенция МДП; Европейское соглашение 1975 г. о международных автомагистралях и др.

В соответствии со статьей V ГАТТ должна существовать свобода транзита через территорию каждого государства по маршрутам, наиболее удобным для международного транзита независимо от происхождения транспортного средства, его места отправления и места назначения [5].

Согласно Конвенции о транзитной торговле внутриконтинентальных государств 1965 г. под «транзитным движением» понимается «следование товаров, включая товаробагаж, через территорию какого-либо Договаривающегося государства между внутриконтинентальным государством и морем в тех случаях, когда это следование является частью полного пути, начинающегося или кончающегося в пределах территории этого внутриконтинентального государства и включающего перевозку морем, непосредственно предшествующую такому следованию или следующую за ним. Перегрузка, складирование, разделение грузовых партий на более мелкие партии и изменение в способе перевозки таких товаров, а также сборка, разработка или повторная сборка машин и громоздких предметов не ведут к исключению следования товаров из понятия «транзитное движение» при условии, что любые такие операции производятся исключительно в целях удобства перевозки»[6].

Согласно ст. 2 вышеупомянутой Конвенции транспортным средствам обеспечивается свобода транзита. Также не проводится никакой дискриминации по признаку места происхождения, ввоза, вывоза, а также назначения товаров либо в связи с обстоятельствами, относящимися к праву собственности на товары или к праву собственности на суда, средства наземного транспорта или другие транспортные средства, месту регистрации или флагу указанных транспортных средств. Необходимо отметить, что правила, регулирующие использование транспортных средств, которые проходят через территории другого государства, устанавливаются на основе взаимного соглашения между государствами с учетом многосторонних международных конвенций, участниками которых они являются.

Немаловажной является Международная конвенция о согласовании условий проведения контроля грузов на границах, подписана 21 октября 1982 под эгидой Организации Объединенных Наций. Основной задачей, которую должна решать данная Конвенция, выступает облегчение перевозок грузов, которые при перевозке пересекают одну или несколько границ, путем сокращения требований по соблюдению формальностей, путем координации процедур контроля и методов их применения.

Государствами было принято решение применять для транзитных грузов простой и ускоренный режимы. Интересен тот факт, что положения Конвенции не препятствуют Сторонам вводить запреты или ограничения в отношении импорта, экспорта или транзита по соображениям общественного порядка и, в частности, общественной безопасности, морали и здравоохранения или в целях охраны окружающей среды, культурного наследия или промышленной, коммерческой и интеллектуальной собственности [7, с. 89-91].

Для Украины положения данной Конвенции вступили в силу 12 сентября 2003 на основании Указа Президента Украины от 4 июля 2002 № 616/2002 [8].

Рассмотрим Конвенцию о транзитной торговле внутриконтинентальных государств, подписанную в Нью-Йорке 8 июля 1965 г. Главная цель данного международно-правового документа - предоставление странам, не имеющим выхода к морю в силу своего внутриконтинентального положения, свободу доступа к нему.

Такое положение считается некоторыми исследователями специальным принципом международного экономического права [9 с. 499].

В преамбуле вышеупомянутой Конвенции закреплены принципы, на которых должно базироваться сотрудничество государств в указанной сфере, а также положение о том, что все государства должны предоставить государствам, не имеющих выхода к морю право свободного и неограниченного транзита с целью участия в региональной и международной торговле.

В Украине развитие транзитных перевозок регламентируется международными договорами, соглашениями, конвенциями и нормативно-правовыми актами. Украина ратифицировала целый ряд международных конвенций по международным перевозкам. Среди них:

– Конвенция о международных смешанных перевозках;
– Конвенция о морских перевозках грузов;
– Конвенция по морскому праву;
– Конвенция о договоре международной дорожной перевозки и др.;

Ниже приведено международно-правовую классификацию в сфере транспортных перевозок:

Отечественные нормативно-правовые акты	Международные соглашения (конвенции)
Конвенция о международных перевозках грузов с использованием книжки международных дорожных перевозок;	Конвенция ООН о смешанных перевозках грузов;
Киотская Конвенция;	Конвенция ООН о международных смешанных перевозках грузов;
Конвенция о налогообложении международных перевозочных средств;	Конвенция ООН по морскому праву;
Конвенция о Гармонизированной системе описания и кодирования товаров;	Конвенция ООН о морских перевозках грузов;
Конвенция о транзитной торговле в пределах континента;	Конвенция по безопасным контейнерам;
Конвенция об упрощении и гармонизации таможенных процедур;	Конвенция о договоре международной дорожной перевозки;
Конвенция о согласованности условий проведения контроля грузов на границах;	Конвенция о дорожном движении;
Таможенная конвенция о контейнерах;	Конвенция об ограничении ответственности по морским требованиям;
Воздушный кодекс Украины;	Конвенция для унификации правил международных воздушных перевозок;
Кодекс торгового мореплавания Украины;	Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов;
Закон Украины «О транспорте»;	Европейское соглашение о международной дорожной перевозке грузов;
Закон Украины «О перевозке опасных грузов»;	Соглашение о международных мультимодальных перевозках.
Закон Украины «О морских портах Украины»;	
Закон Украины «О транспортно-экспедиторской деятельности»;	
Закон Украины «О трубопроводном транспорте»;	
Закон Украины «Об автомобильном транспорте»;	
Закон Украины «О железнодорожном транспорте»;	
Закон Украины «О транзите грузов» и др.;	
Закон Украины «О едином сборе, который взимается в пунктах пропуска через государственную границу Украины» и др.	

В настоящее время возможно свободное передвижение людей и товаров по всему миру, а важнейшая роль в этом отводится именно международному судоходству. Современные процессы глобализации вводят новых участников на международную морскую арену. Так, международное морское право находится в постоянном развитии, но сохраняет в качестве приоритетных задач охрану человеческой жизни на море и обеспечения безопасности судоходства.

Все государства стремятся в полной мере воспользоваться свободой открытого моря, которая,

согласно ст. 2 Конвенции об открытом море 1958 г. « включает, в частности, как для прибрежных, так и для неприбрежных государств: 1) свободу судоходства; 2) свободу рыболовства; 3) свободу прокладывать подводные кабели и трубопроводы; 4) свободу летать над открытым морем [10].

В соответствии с Конвенцией ООН об открытом море 1958 г. и Конвенцией ООН по морскому праву 1982 г. открытое море свободно для всех государств, как прибрежных, так и не имеющих выхода к морю (внутриконтинентальных) [10, 11]. Государства, не имеющие выхода к морю, должны иметь доступ к морю. С этой целью они заключают соглашения с государствами, имеющими выход к морю, о транзите через их территорию, доступе к морским портам и их использовании. Никакое государство не вправе претендовать на подчинение какой-либо части открытого моря своему суверенитету.

Основу правового режима судоходства в открытом море составляет принцип свободы открытого моря, являющийся одним из общепризнанных принципов современного международного права. Из него вытекает принцип исключительной юрисдикции государства флага, в согласовании с которым любое судно, находящееся в открытом море, подчиняется законам и власти только того государства, под флагом которого оно плавает.

Гуреев С.А. отмечает, что «свобода открытого моря - это императивный принцип, ибо государства не вправе заключать между собой соглашения, нарушающие принцип свободы открытого моря, так как соглашения недействительны. Императивный характер свободы открытого моря определяется огромным значением исследования и использования Мирового океана, развития всемирных экономических связей государств и их сотрудничества в самых различных областях» [12].

Вмешиваться в плавание иностранного торгового судна в открытом море имеют право только военные корабли или другие суда и летательные аппараты, находящиеся на правительственной службе и уполномоченные для этих целей. Принцип свободы открытого моря признается всем мировым сообществом, в том числе и государствами, которые не ратифицировали Конвенцию 1982 г. Из принципа свободы судоходства следует принцип исключительной юрисдикции государства флага: любое судно, находящееся в открытом море, подчиняется юрисдикции только того государства, под флагом которого оно плавает.

Будучи признанной всем мировым сообществом, в том числе и государствами, которые не ратифицировали Конвенцию 1982 года, свобода судоходства в современном мире претерпевает со стороны ряда государств попытки ограничения. Особенно это касается танкерного судоходства. Такая тенденция наблюдается в ряде районов Мирового океана. В то же время, по мнению, высказанному в науке, принцип свободы открытого моря в целом, как и его неотъемлемая часть - свобода судоходства, - это принцип jus cogens.

Выводы. В современных условиях правовое регулирование МТК в большинстве случаев осуществляется с использованием инструментов «мягкого права». Для качественного совершенствования регулирования порядка использования МТК необходимо закрепить соответствующие нормы в международных договорах «нового типа», которые будут регламентировать не только маршрут для нескольких видов транспорта, но и закреплять основы международно-правового режима МТК.

В функционировании МТК различают национально-правовой и международно-правовой режимы. Международно-правовой режим МТК закрепляется, в основном, в конвенциях о МТК и основан на принципах свободы судоходства и свободы транзита, предусматривает его использование на условиях равного доступа государств.

Порядок использования национально-правового режима МТК опирается на суверенитет государства на участках МТК, проходящих по соответствующей территории государства. Соответственно условия транзита, определяются внутренним законодательством. Таким образом, свобода использования маршрута странами, возможна, если это предусмотрено в международном договоре и национальном законодательстве государства, по территории которого проходит соответствующий участок МТК.

На основании норм морского права в открытом море на участке любого МТК действует принцип свободы судоходства. Одним из недостатков национально-правового режима МТК выступает отсутствие единых условий для перевозчиков на всем протяжении маршрута, несмотря на разногласия, национально-правового регулирования в странах, по которым проходит маршрут. К одной из важных преимуществ национально-правового режима над международно-правовым относится способность данного режима в достаточной мере обеспечить государственные интересы каждого из государств, по территории которых проходит маршрут МТК.

Список использованной литературы

1. Юрченко С.А., Юрченко А.Е. Международные транспортные коридоры: современное состояние и перспективы развития / С. А. Юрченко, А. Е. Юрченко // Вестник Харьковского национального университета имени В. Н. Каразина. – 2013. – № 1086. – С 44-48.

2. Мілаш В.С. Комерційний договір у контексті сучасних ринкових умов / В.С. Мілаш. – Х. : Вид-ць ФО-П Вапнярчук Н. М., 2007. – 440 с.

3. Таран Л.В. Специальный правовой режим предпринимательской деятельности в свободных экономических зонах Украины (комплексное исследование) / Таран Л.В. – Х. : СПДФО Вапнярчук Н. М., 2004. – 256 с.

4. Правовые режимы евразийских транспортных коридоров / Евразийский юридический журнал. - 2013. - № 1 (56). – [Электронный ресурс]. - Режим доступа: http://www.eurasialegal.info/index.php?option=com_content&view.

5. Генеральное соглашение по тарифам и торговле от 30 октября 1947 г. - [Электронный ресурс]. - Режим доступа: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_264.

6. Конвенция о транзитной торговле внутриконтинентальных государств от 8.07 1965 г. - [Электронный ресурс]. - Режим доступа: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/ 995166.

7. Перепьолкін С.М. Щодо полегшення процедур перетину кордонів під час міжнародних автомобільних перевезень / С. М. Перепьолкін // Вісник Академії митної служби України. Сер. : Право. - 2010. - № 2. - С. 87-92.

8. Про приєднання України до Міжнародної конвенції про узгодження умов проведення контролю вантажів на кордонах : Указ Президента України від 4 лип. 2002 р. № 616/2002. – [Электронный ресурс]. - Режим доступа: http://search.ligazakon.ua /l_doc2. nsf / link1/U616_02.html10.

9. Ануфриева Л.П. Международное публичное право/ Л.П. Ануфриева [и др.]; под общ. ред. К.А. Бекяшева. 3-е изд.,перераб. и доп. М.: Проспект, 2004.

10. Конвенции об открытом море 1958 г. – [Электронный ресурс]. - Режим доступа: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=35.

11. Конвенцией ООН по морскому праву 1982 г. – [Электронный ресурс]. - Режим доступа: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_057.

12. Гуреев С.А. Принцип свободы открытого моря в современных условиях / С. А. Гуреев // Правоведение. - Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1987, № 1. - С. 80-84.

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ ОПЫТ РЕГУЛИРОВАНИЯ ИМУЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ СУПРУГОВ ПО БРАЧНОМУ ДОГОВОРУ (НА ПРИМЕРЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ФРГ И США)

Романа ХОБОР,
аспирант Научно-исследовательского института частного права и предпринимательства имени академика Ф. Г. Бурчака НАПрН Украины

SUMMARY

The article examines the legal approaches to the regulation of property relations of spouses under a marriage contract in Germany and the USA. It's established that nowadays regulation of property relations under a marriage contract in the laws of other countries largely depends on the chosen legal system and the provision of opportunity for couples to choose between a lawful and contractual legal regime. It is proved that under the laws of the US and Germany a marriage contract is seen as a civil institution.

Keywords: a marriage contract, spouses, marriage, marital property management, lawful legal regime, contractual legal regime.

АННОТАЦИЯ

В статье рассмотрены законодательные подходы к регулированию имущественных отношений супругов по брачному договору в Германии и США. Установлено, что сегодня правовое регулирование имущественных отношений по брачному договору в законодательствах других государств в значительной степени зависит от выбранной ими правовой системы и предоставления супругам возможности выбирать между законным и договорным правовым режимом. Доказано, что в законодательстве США, так и в Германии, брачный договор рассматривается как гражданско-правовой институт.

Ключевые слова: брачный договор, супруги, брак, управление общим имуществом супругов, законный правовой режим, договорной правовой режим.

Введение. Провозгласив проевропейское направление развития государства Украина становится частью международных интеграционных процессов, в которых юристы играют важную роль, пытаясь найти общие принципы европейского договорного права [1], концентрируя внимание на общих, универсальных принципах частного права, позволяющих углубить европейскую интеграцию [2, с. 865]. Поэтому исследование правовой природы брачного договора как регулятора имущественных отношений супругов невозможно представить без анализа международного опыта в этой сфере.

Сразу же отметим, что выбор доктрин и законодательства таких государств как Соединенные Штаты Америки (далее – США) и Федеративной Республики Германия (далее – ФРГ) для сравнения с отечественным не случайно, поскольку каждое из них олицетворяет отдельные подходы к регулированию исследуемых нами правоотношений. Например, в США распространена практика регулирования с помощью брачного договора как имущественных, так и личных неимущественных отношений. Законодательство ФРГ достаточно близкое по подходам к правовому регулированию рассматриваемых правоотношений в Украине и и характеризуется отнесением брачного договора к гражданско-правовым договорам и предоставлением права заключать его ограниченно дееспособным лицам и лицам, над которыми установлено попечительство.

Особенностью романо-германской правовой системы является однообразное решение любой общественной или юридической проблемы в рамках одного правового института, что обусловлено общей тенденцией к абстракции и формированию концептуальных понятий. В то время как в общем праве такие же проблемы расщепляются на множество индивидуализированных, применяя при этом гораздо больше правовых институтов, которые почти всегда имеют глубокие исторические корни. Такое явление в общем праве обусловлено прямо противоположной тенденцией к конкретизации юридических проблем, созданию специальных правовых конструкций для каждого отдельного случая [3, с. 55]. Таким образом, правовое регулирование имущественных отношений по брачному договору в законодательствах других государств в значительной степени зависит от выбранной ими правовой системы и предоставления супругам возможности выбирать между законным и договорным правовым режимом.

Состояниеисследования. Теоретическойосновой данного исследования служат труды ученых-цивилистов в области гражданско-правовых обязательств, таких как: А. Б. Гриняка, А. С. Довгерта,

И. В. Жилинковой, В. И. Кисиля, Н. С. Кузнецовой, В. В. Луця, Р. А. Майданика, З. В. Ромовской, В. И. Трубы, Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк, Е. О. Харитонова, Я. М. Шевченко и других ученых. Среди новых работ в сфере брачных договоров необходимо отметить труды Т. О. Ариванюк, Г. А. Гаро, Л. В. Липець, Я. В. Новохатськой, О. С. Олийнык и других.

Целью статьи является исследование международно-правового опыта регулирования отношений по брачному договору и усовершенствование на этой основе механизма правового регулирования исследуемых правоотношений в семейном законодательстве Украины.

Анализируя подходы к правовому регулированию имущественных отношений в Федеративной Республике Германия сразу же отметим, что немецкий законодатель предусмотрел, что супруги вправе выбирать законный или договорный режим правового регулирования имущественных отношений между собой. Этому вопросу посвящены нормы главы шестой книги четвертой Германского Гражданского Уложения (далее – ГГУ).

В то же время, в отличии от украинского семейного законодательства, регулирующего имущественные отношения супругов, § 1363–1364 ГГУ установлено, что имущество мужа и жены не является общим имуществом супругов. В немецкой доктрине по этому поводу отмечается, что если иное не определено брачным договором (ehevertrag), то они живут в режиме общности прироста имущества [4, с. 346]. Учитывая приведенное можем констатировать, что немецкий законодатель придает важное правовое значение брачному договору.

Вместе с тем, немецкое законодательство рассматривает брачный договор как гражданско-правовой институт. Поэтому к нему применяются все нормативные требования по гражданской дееспособности лиц, заключающих брачный договор. В частности, привлекает внимание установление брачного возраста, который в ФРГ является одинаковым как для мужчин, так и для женщин, и составляет 18 лет [5, с. 550–551]. Причем такой же возраст немецкое гражданское законодательство устанавливает для приобретения совершеннолетия. Однако, если брачный договор заключают лица, не достигшие совершеннолетия, то в ГГУ закреплено похожее с отечественным законодательством правило об обязательности получения согласия родителей, усыновителей или попечителей на заключение брака и брачного договора. Кроме того, учитывая то, что брачный договор в немецком праве охватывает только имущественные правоотношения супругов, то закон, в отличии от СК Украины, позволяет заключение брачного договора через представителей [6, с. 115]. Так, исходя из содержания § 1410 ГГУ брачный договор заключается с участием нотариуса и в присутствии сторон, но посещать нотариуса именно супругам (лицам, которые намерены вступить в брак) не обязательно, поскольку его могут заключить и представители сторон [4, с. 356].

В то же время в ГГУ закреплено право заключения брачного договора ограниченно дееспособными лицами и лицами, над которыми установлена опека, но только при условии наличия согласия их законного представителя. Более того, если законный представитель выступает попечителем, то, кроме согласия законного представителя, требуется разрешение опекунского органа (опекунского суда), в случае установления или отмены режима общности имущества супругов [6, с. 115].

Законодатель в § 1408 ГГУ закрепил принцип свободы брачного договора, который, как указано в параграфе «Ограничение свободы брачного договора», имеет нормативные пределы: режим имущества не может быть определен путем ссылки на недействующее или иностранное право [4, с. 355–356]. В частности, нельзя закрепить с помощью брачного договора отмененный 1 июля 1958 г. режим мужского управления и пользования имуществом жены [7, с. 92–93]. Вместе с тем, обойти указанное ограничение свободы брачного договора, как отмечается в немецкой юридической литературе, все-таки возможно, если указание на урегулирование супругами своих имущественных отношений посредством иностранного закона не противоречит предусмотренным международным частным правом основаниям [6, с. 116].

Кроме того, в указанном кодифицированном акте ФРГ закреплено еще некоторые ограничения свободы брачного договора. В частности, к таким императивным правовым нормам ГГУ относит: 1) право каждого из супругов требовать участия другого в описании начального имущества; 2) в момент возникновения права требовать компенсации; 3) обязанность супругов предоставить друг другу справки о состоянии своего остаточного имущества в случае прекращения законного режима имущества супругов и т.д. [6, с. 157].

Подытоживая следует отметить, что, заключая брачный договор, супруги должны учитывать приведенные законодательные ограничения, которых на самом деле не так и много, чтобы супруги чувствовали существенный дискомфорт, стремясь урегулировать свои имущественные отношения в договором порядке.

Особенностью брачных договоров в ФРГ яв-

ляется также тот факт, что они отличаются по объему и функциям, регулируя при этом только отдельные имущественные отношения или касающиеся правового режима имущества в целом [8, с. 34]. Имущество, являющееся предметом брачного договора, как отмечает О. С. Олийнык, может включать вещи, которые были:

1) объявлены в брачном договоре как отдельное имущество одного из супругов;

2) унаследованные одним из супругов или подаренные ему третьим лицом, если наследодатель в своем последнем волеизъявлении или третье лицо при дарении заявили, что приобретенное должно быть отдельным имуществом;

3) приобретенные одним из супругов на основании своего права, относящиеся к отдельному имуществу, или вместо предмета, что принадлежит к отдельному имуществу, вследствии его гибели, повреждения или изъятия, или на основании сделки, связанной с распоряжением отдельным имуществом [7, с. 93].

Если супруги в брачном договоре предусмотрят правовой режим общности имущества, то они могут указать, кто им будет руководить: муж, жена или совместно, поскольку иначе презюмируется, что они управляют общим имуществом вместе, по взаимному согласию. В то же время немецкое законодательство содержит и исключение из общего правила, по которому получение согласия другого супруга может быть необязательным в случаях, если один из супругов отказывается без достаточных оснований дать согласие, или в результате болезни или своего отсутствия не имеет возможности выразить свое согласие, что грозит задержкой, то другой из супругов на основании заявления может получить решение опекунского суда, которое заменяет согласие второго супруга.

Тот из супругов, кто управляет общим имуществом: а) вправе принимать во владение вещи, принадлежащие к общему имуществу, и распоряжаться общим имуществом; б) от своего имени участвовать в спорах, касающихся общего имущества; в) вступать в обязательственные правоотношения по распоряжению общим имуществом в целом только с согласия второго из супругов. В то же время, если он вступил в обязательственные правоотношения без согласия второго из супругов, то он вправе выполнять такое обязательство только, если второй из супругов даст на это свое согласие; г) распоряжаться земельным участком, являющимся частью общего имущества, или вступать в обязательства, связанные с распоряжением земельным участком, только с согласия второго из супругов. Такие же требования применяются, если в состав общего имущества входят судна или самолеты; г) дарить предметы, входящие в состав супружеского имущества, только с согласия второго из супругов. Однако, если он обещал подарить предметы из общего имущества без согласия второго из супругов, то он может выполнить такое обещание только, если второй из супругов даст на это свое согласие. Исключениями, как отмечается в юридической литературе, является дарение, касающиеся нравственного долга или общепринятых правил поведения [9, с. 75–76].

В то же время, немецкое законодательство предоставляет тому из супругов, кто не управляет общим имуществом, право подать иск об отмене установленного законом режима общности имущества, но только в определенных законом случаях. В частности, в случае, если: а) его правам в будущем мог бы быть причинен значительный ущерб, поскольку второй из супругов не способен управлять общим имуществом, злоупотребляет предоставленными ему правами в отношении общего имущества; б) второй из супругов нарушил свои обязательства по содержанию семьи и это грозит серьезными последствиями для содержания семьи в будущем; в) в результате взятых другим супругом на себя обязательств общее имущество столь обременено долгами, что это нанесет значительный имущественный ущерб тому из супругов, кто не управляет общим имуществом; г) управление общим имуществом является одной из обязанностей попечителя второго из супругов [9, с. 77].

Следующей отличительной особенностью брачного договора по немецкому законодательству является то, что согласовав все условия брачного договора и нотариально заверив его, супруги должны внести о нем запись в реестр имущественных прав супругов соответствующего территориального суда (местный суд округа) по месту постоянного пребывания одного из супругов, подав совместное заявление. Иначе, в случае изменения брачным договором законного режима имущества, супруги или один из них смогут выдвигать третьему лицу, с которым они заключили сделку на основе таких изменений, свои возражения, только если третьему лицу было известно о брачном договоре на момент заключения сделки [10, с. 444]. Вместе с тем, вышеприведенный тезис, по нашему мнению, не является бесспорным, поскольку регистрация брачного договора по ГГУ является правом, а не обязанностью супругов, поэтому он считается действительным и без осуществления регистрации [11, с. 161]. В то же время ГГУ предусматривает несколько случаев, когда

такая регистрация является обязательной и может осуществляться по заявлению одного из супругов. В частности, если один из супругов занимается торговлей, то он обязан зарегистрировать брачный договор по месту жительства или по месту проведения торговой деятельности, если они не совпадают [6, с. 123–124].

Итак, краткий обзор немецкого законодательства о брачном договоре как регуляторе имущественных отношений супругов позволяет констатировать, что законодатель в Германском гражданском уложении очень скрупулезно регламентирует этот правовой институт. В то же время отличительными и такими, которые могли бы быть восприняты в украинском законодательстве подходами, является отнесение брачного договора к гражданско-правовым договорам и предоставление права заключать брачный договор ограниченно дееспособным лицам и лицам, над которыми установлена опека, а также возможность заключения брачного договора через представителя.

Рассмотрев особенности правового регулирования брачного договора в странах континентального права, обратим свое внимание на подходы к закреплению брачного договора как регулятора не только имущественных, но и личных неимущественных отношений, в государствах общего права на примере Соединенных Штатов Америки.

Основной особенностью законодательства США является то, что правовые нормы, регулирующие семейные отношения, содержит законодательство отдельных штатов, которое должно соответствовать общему принципу защиты прав граждан в семейных отношениях, закрепленному в Конституции США. В то же время для унификации семейного законодательства разных штатов разрабатываются однородные законы, направленные на регулирование основ семейных отношений. Они принимаются штатами и включаются в законодательство штата, регулирующего семейные отношения [7, с. 72–73]. Чаще всего применяемыми однородными законами являются законы «О поддержке семьи штатами» (1983 г.) «О гражданской ответственности за непредоставление поддержки» (уклонение от уплаты алиментов) (1988 г.) «О браке и разводе» (1970 г.); «О брачном договоре» (1983 г.) «О принудительном исполнении алиментных обязательств» (1968 г.). Однако заметным признаком американского законодательства является то, что нормы однородных законов, регулирующих семейные отношения, дополняются нормами общего права, на которые ориентируются законодатели штатов, принимая свои законы. Наиболее ярко отражается влияние норм общего права именно на правовое регулирование имущественных отношений супругов.

Таким образом, основными источниками правового регулирования имущественных отношений супругов в США есть законодательные акты штатов (собранные в соответствующие главы, своды законов или кодексы); однородные законы, принятые штатами, которые также относятся к законодательству штата; нормы общего права. В то же время федеральное законодательство не регулирует данную групу отношений [9, с. 17–18].

Итак, как и в континентальной системе права, законодательство США предоставляет супругам выбор между законным и договорным режимами правового регулирования имущественных отношений супругов, устанавливая презумпцию: если супруги не заключили брачный договор, то применяется правовой режим имущества супругов, «установленный нормами закона штата, где проживает семья»[7, с. 101].

Законодательной дефиниции брачного договора законы штатов США обычно не содержат, а договоренность супругов, которую мы называем брачным договором, они обозначают термином «добрачное соглашение». Однако в ст. 2325–2328 Гражданского кодекса Луизианы можно проследить понимание брачного договора как соглашения, по которому устанавливается система принципов и правил, регулирующих управление и распоряжение имуществом супругов [10, с. 277]. Брачный договор в США заключается до вступления в брак, но после заключения брака его условия можно изменить. Закон штатов устанавливает обязательную письменную форму брачного договора. Условия брачного договора должны быть согласованы сторонами без всякого принуждения. Данное условие прописано в законодательстве штатов под угрозой признания договора ничтожным.

Кроме того, как и в законодательстве ФРГ, в США, брачный договор признается гражданско-правовым институтом. Поэтому лица, которые намерены заключить брак, должны иметь надлежащую право- и дееспособность. Однако, в отличие от ФРГ, в большинстве штатов США брачный договор не может быть заключен с помощью представителя или по доверенности [12, с. 63].

Законы большинства штатов США не определяют содержание брачного договора, но он, как и любой гражданско-правовой договор, должен соответствовать почти всем требованиям и условиям действительности сделок (обычно в брачных договоров не применяются положения о встречном удовлетворении требований), а все права и

обязанности сторон брачного договора не должны нарушать, изменять или лишать их субъективных гражданских прав и свобод, гарантированных гражданам конституцией страны. В частности, как отмечается в юридической литературе, одна из материальных норм однородного закона возлагает на супруга обязанность оплатить лечение другого супруга, если он не имеет возможности самостоятельно оплатить свое лечение, независимо от условий брачного договора [7, с. 102]. Иными словами, законы штатов все-таки могут ограничивать свободу брачного договора, но такие ограничения не столь существенные как, например, в законодательстве стран романо-германской правовой системы. Поэтому указанные нюансы мало влияют на популярность брачных договоров среди американцев, особенно среди самых богатых слоев населения.

Например, киноактеры Лиз Тейлор и Ларри Фортенськи в своем брачном контракте договорились об оплате за совместное проживание. В частности, согласно контракту Ларри Фортенськи за каждые пять лет, прожитых в браке с Лиз Тейлор, получал на личный счет один миллион долларов США. Брачный договор киноактеров Кэти Холмс и Тома Круза также предусматривал, что за каждый совместно прожитый год киноактриса получала по 3 миллиона долларов США, а брачный контракт будет действовать 11 лет [13]. Но это не спасло супругов от развода, хотя и является образцом того, что в США очень большая свобода брачного договора. Зато брачный договор киноактрисы Николь Кидман и певца Кита Урбана содержит условие о запрете певцу употреблять наркотические средства. Положительное поведение певца стимулировалось немалой денежной суммой, а в случае нарушения Китом Урбаном условий брачного договора он не получил бы ничего [14]. В то же время Рассел Кроу и Даниэла Спенсер в своем брачном договоре отметили, что жена будет получать по 3 миллиона долларов за каждого родившегося во время брака ребенка [15].

Итак, как видно из вышеприведенных образцов содержания брачного договора, можем сделать вывод, что брачный договор в США – это добровольная договоренность супругов об условиях совместного проживания. Причем, в отличии от украинского семейного законодательства, законодательство Соединенных Штатов Америки не ограничивает содержание брачного договора только условиями об имуществе, то есть брачный договор в США может иметь и неимущественную сущность и касаться личных неимущественных прав супругов или одного из них.

Вместе с тем, несмотря на отдельные случаи регулирования брачным договором личных неимущественных отношений, обеспеченных даже вышеприведенной неустойкой, преимущественно предметом брачного договора в США являются условия о: а) режиме имущества, которое супруги приобретают в браке. Причем для разных видов имущества договором может быть предусмотрен различный режим; б) порядке управления этим имуществом; в) определении друг другу размера содержание как в браке, так и в случае расторжения брака; г) воспитании и образовании детей; д) личных неимущественных правах супругов; д) имущественных санкциях за нарушение условий договора [7, с. 102– 103].

Кроме того, законодательство штатов США не ограничивает супругов в установлении индивидуального правового режима их имущества. В частности, условия брачного договора могут детально регулировать имущественные отношения супругов – выбор или изменение режима полностью (т.е. свободная модификация правового регулирования имущественных отношений, или генеральный брачный договор) [8, с. 34] или содержать только некоторые исключения из предусмотренных законом правил (простая модификация, или специальный брачный договор) [6, с. 116].

В то же время, что касается понятия имущества в США, то суды разных штатов по-разному могут его рассматривать, включая в него диплом об образовании (дело Мосс против Мосс, штат Нью-Джерси, 1982 г.) так называемое «нетрадиционное имущество» (стоимость репутации коммерческого предприятия) и др. Однако деловую репутацию профессионалов (врачей, адвокатов), в отличие от репутации коммерческих предприятий, американские суды не считают имуществом, поскольку она не является доходом от бизнеса и не может принадлежать никому, кроме соответствующего специалиста, а потому не может быть продана или отчуждена [7 , с. 102–103].

Интересным в этом отношении является решение Верховного суда штата Калифорния по делу Салливан против Салливан, в котором было предложено способы определения размера имущества, которое будет принадлежать одному из супругов, в случае разделения при разводе путем: а) сравнение доходов лица (супруга) до получения диплома и после его получения; б) установление расходов денег и времени; в) определение заинтересованности одного из супругов в дипломе другого; г) оценке затрат общих доходов в связи с тем, что один из супругов учился, а не работал [16, с. 114– 115].

Выводы. Итак, правовое регулирование имущественных отношений супругов с помощью брачного договора в США отмечается значительным влиянием судебной практики (общего права), действием однородных законов и значительной свободой брачного договора. В то же время общим признаком правового регулирования института брачного договора как в США, так и в ФРГ, является отнесение брачного договора к гражданско-правовому договору, основным требованием к которому является форма и порядок заключения брачного договора.

Подытоживая целесообразно было бы позаимствовать для имплементации в отечественное законодательство правовые нормы или идеи рассматриваемого зарубежного законодательства. Так, чрезвычайно полезным для заимствования является немецкий опыт регистрации брачных договоров (в нашем случае органами РАГСа, а не его нотариальное удостоверение), поскольку это будет защищать интересы кредиторов супругов от злоупотреблений супругов или того из супругов, с которыми они заключили сделки в отношении их общего имущества.

Список использованной литературы

1. Lando O. The Common Core of European Private Law and Principles of European Contract Law / O. Lando // Hastings International and Comparative Law Review. – Vol. 21. – 1998. – № 4. – P. 809–823.

2. Bermann A. G. Comparative Law in the New European Community / A. G. Bermann // Hastings International and Comparative Law Review. – Vol. 21. – 1998. – № 4. – P. 865.

3. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. – Т. I. Основы / Пер. с нем. – М.: Междунар. Отношения, 2000. – С. 55.

4. Verlag C. H. Beck. Burgerliches Gesetzbuch mit Eifuhrugsgesetz, Beurkundungsgesetz, AGB-Gesetz –Munchen / Verlag C. H. Beck. – Deutscher Taschenbuch Verlag,1996. – S. 346, 355, 356.

5. Ануфриева Л. П. Международное частное право: в 3-х т. / Л. П. Ануфриева. – Москва: издательство БЕК, 2002. – Т. 2. - С. 550-551.

6. Familienrecht. Ein Studienbuch von dr. dr. H.C.Alexander Luderits. – Munchen, 1999. – S. 115, 116, 123–125, 157.

7. Олійник О. С. Шлюбний договір: порівняльно-правовий аналіз різних правових систем: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. С. Олійник. – Івано-Франківськ, 2009. – С. 72–73, 92–93, 101, 102, 103.

8. Buschendorf A. Die Grenzen der Vertragsfreiheit im Ehevermoegensrecht. Unter besonderer Beruecksichtigung des Ehegueterrechts / A. Buschendorf. – Frankfurt am Main, 1987. – S. 34.

9. Семейное право Российской Федерации и иностранных государств / Под ред. В. В. Залесского. – Москва: 2004. – С. 17–18, 75–76, 77.

10. Слепакова А. В. Правоотношения собственности супругов / А. В. Слепакова. – М.: Статут, 2005. – С. 277, 444.

11. Harald Jung. Ehevertraege: Fragen des Familienrechts / Harald Jung. – Frankfurt am Main. – S. 161.

12. Чефранова Е. А. Имущественные отношения в российской семьи – новые тенденции в правовом регулировании / Е. А. Чефранова // Семейное право в России. – 2002. – № 7. – С. 63.

13. Развод по-голливудски: нелепые детали брачных контрактов // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://newsland.com/user/4296647908/content/razvod-po-gollivudski-nelepye-detali-brachnykh kontraktov/38333 95

14. Звёздные брачные контракты: избранное // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://woman.ua/94431-zvezdnie-brachnie-kontrakti-izbrannoe/

15. Брачные контракты звёзд. Интересные факты. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://beauty-and-success.ru/istorii-uspeha/interesnye-fakty-ob-izvestnyh-lyudyah/385-brachnye-kontrakty-zvezd.html.

16. Нарышкина Р. Л. Доверительная собственность в гражданском праве Англии и США / Р. Л. Нарышкина. – М., 1965. – С. 114–115.

POLIŢIA DE PROXIMITATE ÎN AMERICA DE NORD (1990-2015) – UN SUCCES, DAR NU O PANACEE

André NORMANDEAU,
doctor în sociologie, criminolog,
director onorific al Şcolii de Criminologie şi al Centrului Internaţional de Criminologie Comparată ale Universităţii din Montreal (Quebec, Canada)

(Traducere din franceză de Octavian Bejan)

RÉSUMÉ

L'auteur explique l'idée de police de proximité, en réalisant une succincte incursion historique. On présent la variété des termes utilisés dans la langue française pour dénommer cette notion et ceux des autres langues, qui ont servi comme source d'inspiration. Aussi, on offert une rétrospective de ce modèle d'organisation de l'activité policière au monde, en Amérique du Nord, au Canada et au Québec à la communauté scientifique. Le chercheur fait publique également les résultats d'une analyse de la manière de mise en ьuvre du modèle en question, indiquant les conditions du succès et les causes de l'échec. Le bilan de l'implantation du modèle de la police de proximité en Amérique du Nord, qui inclue des références génériques à la méthodologie d'évaluation appliquée, est terminé d'une conclusion générale.

Mots-clé: police de proximité, police communautaire, police de quartier, criminologie

REZUMAT

Autorul explică ideea de *poliţie de proximitate*, realizînd o succintă incursiune istorică. Este prezentată varietatea termenilor utilizaţi în limba franceză pentru denumirea acestei noţiuni şi ai celor din alte limbi, care au servit drept sursă de inspiraţie. De asemenea, este oferită o retrospectivă a acestui model de organizare a activităţii poliţiei în lume, în America de Nord, în Canada şi în Quebec. Cercetătorul face publice şi rezultatele unei analize a modului de implementare a modelului în discuţie, indicînd condiţiile succesului şi cauzele eşecului. Bilanţul implementării modelului poliţiei de proximitate în America de Nord, care include referinţe generice la metodologia de evaluare aplicată, este încheiat de o concluzie generală.

Cuvinte-cheie: poliţie de proximitate, poliţie comunitară, poliţie de cartier, criminologie

Francezii o numesc „Poliţie de proximitate". Anglofonii (Regatul Unit, Australia, Noua-Zeelandă, Canada engleză, Statele Unite ale Americii) utilizează expresia „Community Policing". O serie de servicii de poliţie din Canada franceză (Quebec), din Belgia şi Elveţia o fac sub echivalentul francez „Poliţie comunitară". Serviciul de Poliţie din Montreal preferă termenul „Poliţie de cartier", drept imagine a echivalentului său din Spania şi America Latină: „La Policia de barrio". Din partea noastră, noi am sugerat deja eticheta „Poliţia profesională de tip comunitar" (PPC). Totuşi, pentru publicul larg, fără a utiliza adjectivul, căci pentru el „poliţia este poliţie", ideea-cheie ar putea fi exprimată printr-o imagine a unei „poliţe (poliţii) de asigurare" (autorul a recurs la un joc de cuvinte, căci acelaşi cuvînt (police) înseamnă şi poliţă, şi poliţie în limba franceză – *n. trad.*), pentru secolul al XXI-lea. Mica istorie a poliţiei revine, de altfel, în timpul grecilor şi al romanilor, în care această „asigurare" era legată de bîlbîielile democraţiei şi implicarea cetăţenilor în treburile statului. Etimologia cuvîntului „poliţie" este a celui de „civilizaţie": din greacă „politeia", din latină „politia", această ordine globală a oraşului („polis"). O societate „poliţistă" este o societate care a atins un nivel de civilizaţie.

Poliţia de proximitate este un concept relativ nou sau, mai curînd, înnoit. Acest model propune o nouă abordare filozofică, organizaţională şi operaţională a poliţiei. Ea sugerează un parteneriat între poliţie şi comunitate, pentru a gestiona criminalitatea şi ordinea publică, dar şi pentru a elabora programe de prevenire a crimei. Ea implică, de regulă, o restructurare fundamentală a unui serviciu de poliţie în jurul unui obiectiv-ţintă: soluţionarea problemelor de către „un tandem" poliţie–cetăţeni. Această poliţie a proximităţii comportă două mari compartimente – adică compartimentul profesional şi compartimentul comunitar.

O „poliţie comunitară" vizează în esenţă soluţionarea problemelor care ţin de securitatea publică, în special utilizînd „abordarea de rezolvare a problemelor". Este „o poliţie de expertiză" (*Problem-Oriented Policing* sau POP, conform termenului american). „O poliţie comunitară" (*Community-Oriented Policing* sau COP) rezolvă, de altfel, unele dintre aceste probleme în parteneriat cu cetăţenii, în sens larg. Aceştia includ aleşii politici, diversele asociaţii, grupurile de presiune, alte servicii publice (educaţie, muncă, locuinţă, sănătate, timpul liber, servicii sociale etc.), alte servicii publice din sfera justiţiei (judecătorie, centre pentru delincvenţii tineri, închisori pentru adulţi, soluţii de înlocuire comunitară a închisorii etc.) şi serviciile private (biserică, organisme comunitare, voluntari, agenţii de

securitate privată, oameni de afaceri, jurnalişti ş.a.). Acest parteneriat este, într-un fel, un „G-7" sau un „G-8" al securităţii publice a secolului XXI.

Poliţia de proximitate s-a născut în Anglia şi Statele Unite ale Americii la începutul anilor '90. În Canada, mişcarea a fost declanşată prin publicarea în 1990 a unei cărţi verzi privitoare la acest subiect de către Guvernul Canadei, după o consultare a serviciilor de poliţie, a aleşilor politici şi a mai multor asociaţii de cetăţeni din întreaga ţară [1]. Întitulată „Une version de l'avenir de la police au Canada / Police défi 2000" („O versiune a viitorului poliţiei în Canada / Provocarea poliţiei 2000" – *n. trad.*), am avut şansa de a participa din aproape la redactarea ei. Drept urmare, din 1990 pînă în 1995, o serie de proiecte-pilot ale modelului comunitar au fost întreprinse la Montreal şi în alte părţi ale Canadei. Apoi, începînd cu anul 1995, aceste proiecte au fost transformate în politici de acţiune la noi, precum şi în alte părţi ale Americii de Nord [2]. În Canada franceză (Quebec), aceste proiecte şi aceste politici au fost răspîndite prin reţeaua „Intersection" („Intersecţie"), publicaţiile acesteia fiind orientate spre practicieni, precum şi prin Ministerul Securităţii Publice al Quebecului (analogul Ministerului Afacerilor Interne – *n. trad.*), mai exact prin „Politica ministerială" / „Abordarea prin poliţie comunitară. O soluţie durabilă" (2000-2014). Astăzi (2015), noi putem constata că toate (sau aproape toate) serviciile de poliţie din America de Nord funcţionează în modul „proximitate" şi „comunitar" [3].

Evident, peste mai mult de 750,000 de poliţişti în Statele Unite ale Americii şi peste 75,000 de poliţişti în Canada nu constituie „paradisul" în fiecare zi. De fapt, în ciuda formaţiunii lor la acest subiect, unii poliţişti „uită" că ei sînt „în serviciul cetăţenilor" într-o societate democratică şi comportamentul lor este în mare măsură condamnabil în cazul în care ei se supun prejudecăţilor lor rasiste sau sexiste. Astfel, în anii 2014–2015, „imperfecţiuni" poliţiste au avut loc în Statele Unite ale Americii, în special la Ferguson, în apropiere de Saint-Louis, capitala statului Missouri, şi la Baltimore, capitala statului Maryland. Preşedintele american Barack Obama a desemnat, de altfel, la 18 decembrie 2014, o Comisie de anchetă specială a activităţii poliţiei americane, precizînd că serviciile de poliţie trebuie să fie „Community Oriented" (orientată spre comunitate – *n. trad.*) în fiecare zi şi în toate circumstanţele. Raportul iniţial al acestei comisii, de la 2 martie 2015, şi raportul final, de la 18 mai 2015, ne reamintesc că Statele Unite ale Americii, în ansamblul lor, au optat definitiv pentru un model de poliţie de tip comunitar [4].

După douăzeci şi cinci de ani (1990-2015), care sînt principalele rezultate? Putem de acum să afirmăm că, fără a visa în culori, succesul acesteia este marcă de comerţ. De fapt, un bilanţ al studiilor de impact, cele mai interesante la acest subiect, ne dezvăluie că a avut loc o netă ameliorare a securităţii cetăţenilor, de la 20% pînă la 45%, în funcţie de ţară, regiune, oraş sau cartier. Următoarele criterii sînt, de regulă, reţinute: A) nivelul criminalităţii; B) sentimentul de securitate al cetăţenilor; C) satisfacţia (faţă de poliţie) a cetăţenilor, comercianţilor, aleşilor politici, asociaţiilor etc.; D) satisfacţia poliţiştilor. La toate aceste criterii, cercetările indică nivelul de ameliorare sus-indicat, în cazul în care – şi expresia este importantă –modelul de proximitate este aplicat într-un mod „serios" şi „riguros", căci aceasta este cheia succesului.

În unele oraşe, de exemplu, s-a făcut „să semene" că este dezvoltat acest model, deoarece presiunea opiniei publice mergea în această direcţie, dar rezultatele au fost negative, pentru că nu a fost schimbat cu adevărat modelul tradiţional. În alte oraşe, alergătorilor pur şi simplu nu le-a fost dată şansa şi rezultatele nu au fost la înălţimea aşteptărilor. În realitate, unii lideri la nivel de poliţişti şi de aleşi politici sînt adesea nerăbdători. Ei vor rezultate pozitive aproape instantanee, în cel mult cîteva luni. În caz contrar, este schimbată metoda şi se trece prea repede la alte lucruri. Nu este oferită astfel şansa de a reuşi: un leadership mediocru, o insuficientă planificare, resurse insuficiente, o implementare defectuoasă, timp insuficient înainte de a evalua etc. Deseori, „schimbarea de dragul schimbării" este supraapreciată. Aceasta pare bună, la prima vedere, ea însă nu este adusă la locul potrivit.

Uneori, există de asemenea o problemă chiar la nivelul cercetării de evaluare. De fapt, cercetătorii universitari au obiceiul de a practica îndoiala metodică sau chiar îndoiala sistemică. Este vorba despre o tradiţie ştiinţifică care se apără şi care a dat rezultate deosebit de pertinente în trecut. Totuşi, în dosarul evaluării empirice a poliţiei de proximitate, mai mulţi cercetători universitari au practicat şi continuă să manifeste o „îndoială nerezonabilă". Ei solicită proiecte de poliţie de proximitate aproape ideale. După părerea mea, este „nerezonabil" a gîndi astfel. În realitate, în practica cotidiană a unei poliţii de proximitate, există urcuşuri şi căderi pe deplin explicabile.

Sîntem de acord, în calitate de cadru universitar şi cercetător, că proiectele evaluate trebuie să reflecte practicile în care principalele componente ale poliţiei de proximitate sînt prezente, şi anume: o orientare sinceră spre „rezolvarea problemelor", un parteneriat cu adevărat operaţional între poliţie şi cetăţeni, în sens larg (de ex., G7 sau G8, menţionate în rîndurile de mai sus). Cu toate acestea, dacă este cazul, atunci trebuie să utilizăm metoda „îndoielii rezonabile". Anume „rezonabile". Numai aşa putem ajunge la

concluzia empirică că – şi o repetăm cu convingere –, în cazul în care proiectele de poliţie de proximitate sînt bine elaborate, chiar dacă nu sînt perfecte, cercetările evaluative sînt efectuate, în egală măsură, bine, conform canoanelor ştiinţifice, ne permit să afirmăm sus şi tare că poliţia de proximitate este într-adevăr un succes!

În materie de inovaţie socială, cum este cazul poliţiei de proximitate, sînt necesare trei condiţii: A) a concepe bine programul (obiective şi mijloace); B) a-l pune eficient în practică (cu personalul şi bugetele adecvate); C) a-l desfăşura bine (cu ajustările necesare pe parcurs). Or, din păcate, nu întotdeauna se întîmplă aşa. Repetăm, deoarece este important: în cazul în care aceste trei condiţii sînt respectate şi programul este realizat în ansamblu într-un mod serios şi riguros, rezultatele sînt deosebit de pozitive. Studiile empirice de calitate ne arată că anume în perioada 1990-2015 „a existat într-adevăr un succes". Studiul recent, cel mai sugestiv, al lui Zhao, Scheider şi Thurman (2014) este punctul de reper în această privinţă. Aceşti cercetători au examinat 2550 de proiecte privind poliţia de proximitate. Ei au constatat că investiţiile în materie de poliţie de proximitate au determinat o diminuare „semnificativă" a delictelor de violenţă şi a celor contra proprietăţii. În mod cert, o ameliorare de la 20% la 45% nu este Peru, nici paradisul terestru. Nu este o panacee. Este chiar probabil că nu vom depăşi aceste 20-45%, deoarece crima face parte din mediile politic, social, economic şi cultural complexe, care favorizează parţial izbucnirea criminalităţii, de la Abel şi Cain (în timp) în toate ţările (în spaţiu). Totuşi, este mai bine atunci cînd există măcar o astfel de ameliorare decît un statu-quo!

Raportul final, depus preşedintelui american Barack Obama în mai 2015, ne permite să ne întrebăm, între alte subiecte, dacă acest model de poliţie trece testul de acţiune şi de evaluare în timp şi în spaţiu în Statele Unite ale Americii, în Canada şi peste tot în lume. În continuarea acestui raport american, răspunsul nostru este clar şi hotărît: Da, acest model are succese! El oferă rezultate, fără a fi unicul model valabil. Fără a uita că poliţia trebuie, de asemenea, să folosească uneori metoda clasică de reprimare, în sens propriu: lupta contra terorismului, contra crimei organizate sau contra traficului internaţional de droguri. Este vorba deci de un echilibru şi o complementaritate între reprimare şi prevenire. Odată toate conturile reglate, deci nu mai există îndoială: poliţia de proximitate este gajul unei societăţi cu adevărat „poliţiste" şi „civilizate", al unei democraţii de o mai bună calitate. Este cu adevărat „poliţ(i)a de asigurare" (reiterăm că autorul a folosit un joc de cuvinte, căci acelaşi termen (police) înseamnă şi poliţă, şi poliţie în limba franceză – *n. trad.*), despre care vorbim.

Poliţia de proximitate nu este o nouă religie. Ea este o filozofie de acţiune şi o strategie operaţională pentru prezent şi viitor. Etichetele „profesională", „de proximitate" şi „comunitară" sînt un bun pretext pentru a favoriza schimbarea. Într-o zi, totuşi, aceste calificative nu vor mai fi necesare – în ziua în care poliţia şi cetăţenii vor înţelege cu adevărat că poliţia de calitate într-o ţară democratică este automat o poliţie profesională şi comunitară. Este o „poliţie publică" de mare calitate! Cum s-a spus deja, poliţia de proximitate nu este o „poliţie moale" (*soft policing*) şi nici o „poliţie-bomboană" (*candy policing*), conform expresiei utilizate de unii poliţişti. Este mai curînd o veritabilă „poliţie inteligentă" (*smarter policing*).

Referinţe bibliografice

1. Normandeau A., Leighton B. Une vision de l'avenir de la police au Canada /Police-Défi 2000. Gouvernement du Canada, Ottawa, 1990 (în două volume în franceză şi două volume în engleză).

2. Normandeau A. Une police professionnelle de type communautaire. Montréal: Les Éditions du Méridien, 1998, în două volume. Reeditare în anii 2005, 2010 şi 2015.

3. Peak şi Glensor, 2013; Rosenbaum, 2014; Trojanowicz, Kappeler şi Gaines, 2015.

4. The President's Task Force on 21 st Century Policing, 2015, 105 p. www.cops.usdoj.gov/pdf/taskforce/taskl).

Dreptul penal, criminalistica

UNELE FORMULE APLICABILE ÎN PROGNOZAREA CRIMINOLOGICĂ PRIN METODA EXTRAPOLĂRII

Octavian BEJAN,
doctor în drept, criminolog, Institutul de Ştiinţe Penale şi Criminologie Aplicată

RÉSUMÉ

La recherche criminologique dont les résultats sont présentés dans cet article scientifique, a eu à la base la nécessité de développer la méthodologie de prévision criminologique par la méthode d'extrapolation, car elle est significativement imprécise dans certains cas. Dans la recherche criminologique réalisée, on a appliqué la méthode de la construction abstraite, la méthode statistique, la méthode de l'observation, la méthode documentaire et la méthode de l'expérience. En résultat, nous avons relevé et argumenté les faiblesses de certaines formules utilisées actuellement dans la prévision criminologique, nous avons proposé quelques nouvelles formules de prévision criminologique par la méthode de l'extrapolation, nous avons proposé une nouvelle définition de la méthode d'extrapolation, nous avons proposé un nouveau procédée de prévision criminologique par la méthode d'extrapolation, nous avons expliqué l'importance de la distinction entre le niveau absolu et le niveau relatif de la criminalité pour la détermination de l'utilité de la prévision criminologique, de même, nous avons fait une précision essentielle visant l'applicabilité des prévisions basées sur la moyenne mobile. Nous considérons que la découverte des régularités de manifestations des fluctuations ouvrira des nouvelles possibilités pour la prévision criminologique de la criminalité.

Mots-clés: criminologie, prévision, méthode, procédée, technique, extrapolation, méthodologie, criminalité

REZUMAT

Cercetarea criminologică, ale cărei rezultate sînt prezentate în acest articol ştiinţific, a avut la temelie necesitatea dezvoltării metodologiei de prognozare criminologică prin metoda extrapolării, care era semnificativ imprecisă într-un şir de cazuri. În cercetarea criminologică realizată, a fost aplicată metoda construcţiei abstracte, metoda statistică, metoda observării, metoda documentară şi metoda experimentului. Ca rezultat, am relevat şi am argumentat slăbiciunile unor formule folosite actualmente în prognozarea criminologică, am propus cîteva formule noi de prognozare criminologică prin metoda extrapolării, am formulat o nouă definiţie a metodei extrapolării, am propus un nou procedeu de prognozare criminologică prin metoda extrapolării, am explicat importanţa distincţiei dintre nivelul absolut şi cel relativ al criminalităţii pentru determinarea utilităţii prognozelor criminologice, precum şi am făcut o precizare esenţială privitoare la aplicabilitatea prognozelor bazate pe media mobilă. Considerăm că descoperirea regularităţilor de manifestare a fluctuaţiilor va deschide noi posibilităţi pentru prognozarea criminologică a criminalităţii.

Cuvinte-cheie: criminologie, prognozare, metodă, procedeu, tehnică, extrapolare, metodologie, criminalitate

Introducere. Prognozarea criminologică este utilă activităţii anticrimă în două moduri: a) determină starea viitoare a criminalităţii şi a activităţii anticrimă, ceea ce dă posibilitatea de a lua din timp măsuri care nu permit producerea evenimentelor nedorite, şi b) determină efectul posibil sau probabil al unor măsuri anticrimă sau de organizare a activităţii anticrimă, ceea ce oferă posibilitatea alegerii celor mai bune soluţii, reieşind din cunoştinţele generale şi concrete despre realitate, de care dispunem la momentul luării deciziei.

Obiectul prognozelor criminologice impune o diferenţiere a metodelor de prognozare. Astfel, prognozarea criminologică a evoluţiei comportamentului criminal individual poate fi realizată aplicînd unele metode [1], iar prognozarea criminalităţii şi a activităţii anticrimă este posibilă cu condiţia folosirii altor metode de prognozare [2].

Metodele de prognozare criminologică a criminalităţii şi a activităţii anticrimă includ *metoda extrapolării*. Aplicarea acestei metode se caracterizează printr-o mare precizie în unele situaţii şi printr-o exactitate scăzută în alte situaţii. Experienţa noastră de folosire a acestei metode de prognozare criminologică a confirmat constatările altor criminologi. Prin urmare, criminologul are sarcina de a îşi continua eforturile în direcţia dezvoltării metodologiei de aplicare a metodei extrapolării în prognozarea criminologică.

Scopul articolului a fost determinat de necesitatea practică pe care am resimţit-o în calitate de criminolog-practician şi de curiozitatea ştiinţifică legată de activitatea noastră de criminolog-cercetător. Acestea s-au împletit şi ne-au determinat la efectuarea unor cercetări criminologice, orientate spre dezvoltarea metodologiei de prognozare criminologică prin me-

toda extrapolării. O parte din rezultatele obţinute le prezentăm în acest articol.

Metode aplicate şi materiale utilizate. Rezultatele ştiinţifice pe care le prezentăm în acest articol au fost obţinute deopotrivă prin metode teoretice şi empirice de cercetare criminologică. Dintre metodele teoretice, a fost aplicată metoda construcţiei abstracte, iar dintre cele empirice – metodele statistică, a experimentului, a observării şi cea documentară. Metoda construcţiei abstracte a servit la studierea metodologiei actuale de prognozare criminologică prin metoda extrapolării, la definirea metodei respective, la interpretarea datelor pe care le-am cules, la elaborarea unor formule de progresie aritmetică şi geometrică, utilizabile în prognozarea criminologică, la determinarea posibilităţilor de dezvoltare a metodologiei de prognozare criminologică şi la distingerea finalităţii prognozelor criminologice bazate pe nivelul absolut al criminalităţii de cea a prognozelor criminologice bazate pe nivelul relativ al criminalităţii. Metoda statistică a fost aplicată pentru determinarea preciziei formulelor noastre, în comparaţie cu alte formule, propuse de alţi criminologi. Metoda experimentului a fost folosită la verificarea unor formule de progresie aritmetică şi geometrică, pe care le-am elaborat şi propus pentru prognozarea criminologică prim metoda extrapolării. Metoda observării a fost aplicată la studierea necesităţilor practice ale organelor anticrimă. Metoda documentară a fost folosită pentru studierea planurilor de activitate şi strategiilor organelor anticrimă din Republica Moldova şi Canada.

Rezultate obţinute şi discuţii. La temelia metodei extrapolării stă faptul că acţiunea unor factori determinanţi ai criminalităţii poate dura o perioadă îndelungată şi că procesele sociale şi naturale se caracterizează, în general, printr-o anumită stabilitate.

Metoda extrapolării constă în prelungirea, calitativă sau cantitativă, a unei serii statistice cronologice formate din valorile ce indică nivelul criminalităţii în perioada care constituie baza de prognozare, potrivit sporului mediu din unităţile ce alcătuiesc perioada luată drept bază de prognozare (ani, luni etc.).

La prognozarea criminologică prin metoda extrapolării se pleacă de la ipoteza că tendinţa din trecut se va menţine în viitor, altfel spus, factorii care au determinat naşterea ei vor continua să acţioneze, fără a fi perturbaţi de alţi factori determinanţi.

Ca urmare a cercetătorilor pe care le-am efectuat, propunem următoarea definiţie: ***metoda extrapolării*** *de prognozare criminologică constă în extinderea tendinţelor din trecut şi prezent asupra viitorului*.

Extrapolarea cantitativă presupune calculul progresiei aritmetice sau geometrice, care caracterizează dinamica criminalităţii, fiind utilizabile diverse procedee matematice.

Prognozarea prin metoda extrapolării poate fi efectuată utilizînd următoarea formulă, bazată pe progresia aritmetică, în cazul în care s-a manifestat o tendinţă de creştere sau descreşte:

$$y_t = y_0 + n_t \times \overline{\Delta y}$$

unde: y_t reprezintă variabila extrapolată pentru orizontul „t" al previziunii;

y_0 – valoarea variabilei în ultimul an al perioadei luate drept bază de prognozare;

n_t – numărul de ani de după cel de bază pînă la orizontul „t" al previziunii;

$\overline{\Delta y}$ – sporul mediu anual în perioada de manifestare a tendinţei, luată drept bază de prognozare.

Criminologul naţional Valeriu Bujor, cel mai vederos specialist în materie de statistică criminologică, propune şi următoarea formulă de prognozare criminologică prin metoda extrapolării, bazată pe progresia aritmetică [3], pe care noi am perfecţionat-o:

$$y_t = y_0 \pm \overline{\Delta y}$$

unde: y_t reprezintă variabila extrapolată pentru orizontul „t" al previziunii;

y_0 – valoarea variabilei în ultimul an al perioadei luate drept bază de prognozare;

$\overline{\Delta y}$ – sporul mediu anual.

După cum se vede, noi am definit exact fiecare termen al formulei şi am prevăzut calcularea atît a nivelului previzibil sporit, cît şi a celui diminuat al fenomenului, pentru că tendinţele pot fi de creştere şi de descreştere. Ea se caracterizează însă printr-o dificultate superioară de aplicare, în cazul în care se doreşte prezicerea stării fenomenului supus prognozării peste cîţiva ani.

Potrivit cercetărilor noastre atît teoretice (metoda construcţiei abstracte), cît şi empirice (metoda experimentului), prognozarea criminologică prin metoda extrapolării este mai precisă în cazul în care sînt aplicate formulele care folosesc indicele nu din primul [4], ci din ultimul an de manifestare a tendinţei, aşa cum este formula noastră. Pe de o parte, aceste formule se bazează pe situaţia dintr-o perioadă care se află mai aproape de perioada supusă prognozării şi deci reflectă mai exact realitatea premergătoare stării criminalităţii din viitorul pe care dorim să îl cunoaştem prin metoda prognozării criminologice. Pe de altă parte, cercetările noastre empirice denotă că sporul criminalităţii în anul care constituie orizontul nostru de prognozare în raport cu ultimul an de manifestare a tendinţei este similar celui din anii

precedenţi acestuia din urmă, chiar dacă au urmat cîţiva ani de manifestare a fluctuaţiilor.

Am verificat formula pe care am propus-o pentru efectuarea prognozării criminologice prin metoda extrapolării, aplicînd metoda experimentului. Experimentele noastre au constat în următoarele:

1) am colectat date statistice despre criminalitate şi tipuri de crime din anii precedenţi;

2) am efectuat prognozări criminologice folosind aceste date statistice cu ambele formule;

3) am comparat prognozele noastre cu realitatea, adică cu numărul de crime efectiv înregistrat;

4) am comparat rezultatele obţinute prin cele două formule.

Din verificările efectuate rezultă că formula noastră este, în medie, cu 11% mai precisă decît o formulă similară care foloseşte indicele din primul an de manifestare a tendinţei. Verificările pe care le-am efectuat arată că formula noastră este mai precisă deopotrivă în cazul tendinţelor liniare (neîntrerupte de fluctuaţii), tendinţelor rar marcate de fluctuaţii (pînă la 50% din cazuri), precum şi tendinţelor frecvent marcate de fluctuaţii (în 50% de cazuri sau mai frecvent).

Formulele de prognozare criminologică prin metoda extrapolării sus-prezentate sînt aplicabile în cazul unor tendinţe pronunţate de sporire sau de diminuare a criminalităţii. Întrucît nu am găsit o formulă de prognozare criminologică a criminalităţii în situaţia în care dinamica ei se caracterizează printr-o tendinţă de stabilitate sau de sporire ori diminuare uşoară şi marcată de variaţii puternice în literatura de specialitate, noi am elaborat o formulă proprie.

Iată formula pe care o propunem pentru prognozarea criminologică prin metoda extrapolării, în cazul în care criminalitatea se caracterizează printr-o tendinţă de stabilitate:

$$y_t = \frac{y_{min} + y_{max}}{2}\ ;\ x_t = \pm\frac{y_{max} - y_{min}}{2}$$

unde: y_t reprezintă variabila extrapolată pentru orizontul „t" al previziunii;

x_t – abaterea de la variabila extrapolată pentru orizontul „t" al previziunii;

y_{min} – cea mai mică valoare a variabilei în perioada luată drept bază de prognozare;

y_{max} – cea mai mare valoare a variabilei din perioada luată drept bază de prognozare.

Formula propusă de noi este bazată pe măsurarea tendinţei centrale şi a abaterii probabile, pozitivă şi negativă.

Prognozarea criminologică prin metoda extrapolării în cazul în care criminalitatea se caracterizează printr-o tendinţă de stabilitate poate fi efectuată şi utilizînd formula de calculare a mediei aritmetice:

$$y_t = \frac{y_1 + y_2 + \cdots + y_n}{n}$$

unde: y_t reprezintă variabila extrapolată pentru orizontul „t" al previziunii;

y_1 – prima valoare din seria statistică ce formează perioada luată drept bază de prognozare;

y_2 – a doua valoare din seria statistică care formează perioada luată drept bază de prognozare;

y_n – ultima valoare din seria statistică ce formează perioada luată drept bază de prognozare;

n – numărul de valori din seria statistică care formează perioada luată drept bază de prognozare.

Din verificările noastre, bazate tot pe metoda experimentului, rezultă că formula noastră este mai exactă, cel puţin în cazul prognozării criminalităţii. Ea este este mai precisă cu peste 5%. Spunem că este mai precisă „cu peste", luînd în considerare şi precizia de determinare a abaterii maxime, negativă sau pozitivă (15%).

Potrivit cercetărilor noastre, metoda extrapolării poate fi aplicată şi prin *procedeul extrapolării cantitative a situaţiei proxime* în prognozarea criminologică, care constă în extrapolarea valorii din perioada proximă asupra perioadei care îi urmează imediat:

$$y_t = y_0$$

unde: y_t reprezintă variabila extrapolată pentru orizontul „t" al previziunii;

y_0 – valoarea variabilei în ultimul an al perioadei luate drept bază de prognozare.

Deşi este mai puţin exactă în comparaţie cu tehnica extrapolării cantitative mecanice, metoda este preferabilă indeterminării. Potrivit verificărilor noastre, diferenţa dintre ea şi realitate constituie în medie numai 14% în cazul tendinţelor de sporire sau de diminuare şi 10% în cazul tendinţelor de stabilitate.

De asemenea, prim metoda extrapolării poate fi calculată perioada în care criminalitatea va atinge un nivel prestabilit, deopotrivă în temeiul cunoaşteri *progresiei aritmetice* şi *geometrice*. De altfel, progresia geometrică poate fi aplicată în unele cazuri şi la prognozarea criminologică a nivelului criminalităţii într-o anumită perioadă viitoare, desigur în situaţiile în care sporirea criminalităţii este în progresie geometrică [5].

Prognozarea criminologică pe termen îndelungat poate fi realizată cu ajutorul mediei mobile [6], prin diverse modalităţi. O astfel de prognozare necesită date statistice despre o perioadă de peste 20 de ani şi trebuie să vizeze, deopotrivă, un orizont de prognozare de cel puţin 20 de ani. Analiza datelor statistice privitoare la criminalitate [7] relevă că în cadrul

tendinţelor îndelungate există tendinţe de scurtă durată, adică de pînă la 20 de ani, care au un caracter contradictoriu: creştere, descreştere şi stabilitate [8]. Or, organele anticrimă au nevoie de o cunoaştere a criminalităţii atît a tendinţelor îndelungate, cît şi pe termen scurt (1, 3, 5 etc. ani), după cum rezultă din experienţa noastră practică, acumulată deopotrivă în Republica Moldova şi Canada. De exemplu, planurile curente de activitate ale organelor anticrimă sînt anuale, iar cele strategice se referă, de regulă, la următorii 3-5 ani, la temelia lor fiind puse inclusiv prognozele criminologice [9].

Unii criminologi aplică în mod eronat procedeele statistice de determinare a tendinţelor îndelungate la prognozarea criminologică pe termen scurt. Bunăoară, criminologul rus I. S. Skifski a aplicat media mobilă prin nivelare exponenţială şi procedeul „Box-Jenkins" în prognozarea criminologică nu numai pe termen îndelungat, ci şi pe termen scurt (1-5 ani) a criminalităţii de violenţă, din care cauză a ajuns la situaţia absurdă de a prognoza o creştere a criminalităţii în toiul unei tendinţe de descreştere a numărului acestor crime, probabil de scurtă durată, ceea ce contravine însuşi principiului extrapolării, care spune că tendinţele din trecut sînt proiectate asupra viitorului, adică, dacă există o tendinţă de descreştere, noi nu putem prognoza o sporire a criminalităţii [10]. În plus, autorul propune procedee statistice aplicabile numai în serii dinamice deosebit de lungi (peste 30 000 de valori).[11].

Din cîte cunoaştem, nici societatea umană nu există de atîţia ani, nu există nici vreo localitate sau un popor cu o aşa durată de existenţă. Propune oare autorul formarea unor serii statistice din valorile înregistrate în fiecare zi? Care este posibilitatea aplicării şi utilitatea practică? Care sînt argumentele teoretice sau empirice? De altfel, criminologul citat confundă metoda extrapolării cu metoda modelării, căci prima ia în calcul datele ce caracterizează un singur parametru (în special, este vorba despre numărul absolut al crimelor), spre deosebire de ultima, care construieşte calcule predictive în temeiul datelor ce descriu o pluralitate de parametri. L. V. Serdiuk propune, la rîndul lui, procedeul măririi intervalului şi mediei mobile pentru prognozarea pe termen scurt a criminalităţii [12].

După părerea noastră, criminologii s-au lovit de dificultăţi, în unele cazuri chiar majore, de a obţine prognoze criminologice suficient de precise, aplicînd metoda extrapolării, deoarece nu au dispus de o teorie suficient de exactă privitoare la fenomenul tendinţei şi fluctuaţiei, inclusiv regularitatea centrală ce le caracterizează. Considerăm că teoria propusă de noi [13] asigură exactitatea necesară obţinerii unor prognoze criminologice suficient de precise prin metoda extrapolării.

Potrivit raţionamentelor noastre, criminologul-practician ar putea încerca să determine şi regularităţile ce caracterizează fluctuaţiile, dat fiind faptul că toate fenomenele sînt supuse unor legi şi regularităţi. Plecînd de la aceste cunoştinţe, criminologul ar putea să elaboreze prognoze sau, mai bine spus, să completeze prognozele care sînt bazate pe cunoaşterea tendinţelor, valorificînd cunoaşterea şi, deci, prognozarea fluctuaţiilor. În acest scop, criminologul ar putea să determine probabilitatea de manifestare atît a tendinţei, cît şi a fluctuaţiei, apoi să determine, cu ajutorul cifrelor absolute şi relative, nivelul criminalităţii nu numai în cazul în care se va manifesta tendinţa, ci şi în cazul în care se va manifesta fluctuaţia.

Este necesar ca criminologul să nu scape niciodată din vedere distincţia dintre nivelul absolut (numărul crimelor) şi cel relativ (numărul crimelor raportat la mărimea populaţiei) al criminalităţii în procesul de prognozare prin metoda extrapolării. Prognoza criminologică privind numărul crimelor îi ajută pe practicieni să determine, de exemplu, cantitatea de resurse necesare, în timp ce prognoza criminologică privind coeficientul criminalităţii le serveşte la determinarea, bunăoară, a pericolului social al criminalităţii [14].

Concluzii. Criminologii propun formule de prognozare criminologică prin metoda extrapolării care sînt aplicabile numai în cazul în care există o tendinţă de creştere a criminalităţii, folosirea acestora fiind anevoioasă în situaţia în care există o tendinţă de descreştere. Formula pe care am propus-o noi permite obţinerea unor prognoze criminologice indiferent că există o tendinţă de creştere sau de descreştere. Mai mult decît atît, formula noastră, care pune accentul pe ultima valoare din seria statistică, este cu 11% mai precisă decît cele care pun accentul pe prima valoare a seriei statistice.

Nu am găsit o formulă care permite efectuarea prognozării criminologice prin metoda extrapolării în cazul în care se manifestă o stabilitate a criminalităţii în literatura de specialitate. De aceea, am propus o astfel de formulă. Am elaborat un nou procedeu de aplicare a metodei extrapolării de prognozare criminologică, pe care l-am numit *procedeul extrapolării cantitative a situaţiei proxime*. Ea este mai puţin exactă în comparaţie cu tehnica extrapolării cantitative mecanice. Totuşi, ea este preferabilă indeterminării, diferenţa dintre prognoza obţinută pe această cale şi realitate constituie în medie numai 14% în cazul tendinţelor de sporire sau de diminuare şi 10% în cazul tendinţelor de stabilitate.

Am constatat că procedeul mediei mobile este aplicabil numai în cazul unor serii statistice cu zeci

de valori şi vizează un orizont mare de prognozare criminologică. Aplicarea concepţiei noastre despre tendinţă şi fluctuaţie permite realizarea unor prognoze mai precise în diverse situaţii şi cu aplicabilitate la diferite manifestări criminale, în special celor care se caracterizează prin fluctuaţii puternice. Descoperirea regularităţilor de manifestare a fluctuaţiilor va deschide noi posibilităţi pentru prognozarea criminologică a criminalităţii. Este important a ţine cont de distincţia dintre nivelul absolut şi cel relativ al criminalităţii, pentru a determina utilitatea prognozelor criminologice.

Note şi referinţe bibliografice

1. Bejan Octavian. Metodele de prognozare criminologică a comportamentului criminal individual. În: Integrarea Republicii Moldova şi Ucrainei în UE: aspectul juridic. Materialele conferinţei ştiinţifico-practice internaţionale din 6-7 noiembrie 2015, Chişinău, Republica Moldova, p. 168-171.

2. Bejan Octavian. Dicţionar de criminologi., Chişinău, 2009, articolul „Prognozare criminologică".

3. Bujor Valeriu şi Miron-Popa Cătălina. Bazele analizei statistice a criminalităţii. Bălţi, 2010, p. 45.

4. De exemplu: Grenon Gilles şi Viau Suzanne. Statistique appliqée: initiation à l'analyse des données statistiques, 2e édition, Gaëtan Morin Éditeur, Boucherville, 2003, p. 240 şi următoarele.

5. Bujor Valeriu şi Miron-Popa Cătălina, op. cit., Bălţi, 2010, p. 45-47.

6. Vezi, de exemplu: Grenon Gilles şi Viau Suzanne, op. cit., p. 229 şi următoarele.

7. Vezi în această privinţă datele statistice din lucrările: Преступность и правонарушения в СССР. 1990: статистический сборник. Москва: Издательство «Финансы и статистика», 1991; Судебная статистика. Преступность и судимость (современный анализ данных уголовной судебной статистики России 1923-1997 годов). Москва: Российский юридический издательский дом, 1998.

8. De exemplu: Скифский И.С. Объяснение и прогнозирование насильственной преступности в Российской Федерации. Диссертация кандидата юридических наук, Тюмень, Тюменский государственный институт мировой экономики, управления и права, 2006, p. 289, anexa nr. 64, desenul nr. 120.

9. Vezi mai mult despre rolul prognozării criminologice în procesul planificării activităţii anticrimă, de exemplu, la A. G. Avanesov, în lucrarea Криминологическое прогнозирование и планирование борьбы с преступностью. Москва: Высшая школа МВД СССР, 1972, sau la C. R. Abîzov în lucrarea Проблемы криминологического прогнозирования и предупреждения региональной преступности (по материалам Сибирского федерального округа). Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Москва: ВНИИ МВД Российской Федерации, 2004.

10. Bunăoară: Скифский И.С. Объяснение и прогнозирование насильственной преступности в Российской Федерации. Диссертация кандидата юридических наук, Тюмень: Тюменский государственный институт мировой экономики, управления и права, 2006, p. 180, 183-184, 292-294, anexele nr. 67-69 şi desenele nr. 123-125.

11. Скифский И.С. Объяснение и прогнозирование насильственной преступности в Российской Федерации. Диссертация кандидата юридических наук, Тюмень: Тюменский государственный институт мировой экономики, управления и права, 2006, с. 178-179.

12. Сердюк Л.В. Криминология (курс лекций по общей части). Уфа: Башкирский институт социальных технологий и Академия труда и социальных отношений, 2010, с. 91-93.

13. Bejan Octavian. Definire criminologică a conceptului de tendinţă. În: Legea şi viaţa, anul 2012, nr. 10, p. 26-30.

14. Vezi mai mult despre calcularea pericolului social al criminalităţii în lucrările: Bujor Valeriu şi Bejan Octavian. Elemente de statistică criminologică. Chişinău: Institutul de Ştiinţe Penale şi Criminologie Aplicată, 2014, p. 34-44; Zborcilă Nicoleta şi Bejan Octavian. Un procedeu statistico-criminologic de măsurare a pericolului social al unei infracţiuni. În: Jurnalul juridic naţional: teorie contra practică, anul 2015, nr. 2, p

SEMNE GENERALE ŞI COMUNE INFRACŢIUNILOR CARE AFECTEAZĂ REGIMUL FRONTIEREI DE STAT A REPUBLICII MOLDOVA

Marin MEGHEREA,
doctorand ULIM

SUMMARY

In the current development of Moldova, in particular highlighting the country's geographical, social relations aimed at the state border become more evident and their protection provides power efficiency of national and international security system (regional). Namely the state border incidents and social relations and conclusive constitutes a principle which highlights the Moldovan statehood.

Keywords: crime, border state, border customs, regime of the state border, crime affecting state border regime, customs offense.

REZUMAT

În perioada actuală de dezvoltare a Republicii Moldova, în mod particular punînd în evidenţă aşezarea geografică a ţării, relaţiile sociale care vizează frontiera de stat devin mult mai evidente, iar eficienţa protecţiei acestora oferă putere sistemului de securitate naţională şi internaţională (regională). Or, anume frontiera de stat şi relaţiile sociale incidente şi concludente constituie un element principial care pune în evidenţă statalitatea Republicii Moldova.

Cuvinte-cheie: infracţiune, frontieră de stat, frontieră vamală, regim juridic al frontierei de stat, infracţiune care afectează regimul frontierei de stat, infracţiune vamală

Introducere. După cum consemnează I. Colenov [1, p. 15] problema securizării frontierei este una extrem de importantă şi cu foarte multe implicaţii în plan geopolitic şi geostrategic. În opinia autorului citat, frontiera constituie:

- *un atribut inerent al fiecărui stat*,
- *un instrument* care stabileşte limitele teritoriului de stat,
- *un mijloc* ce asigură prevenirea pătrunderii ilegale a mărfurilor şi a persoanelor străine pe teritoriul ţării.

Pentru asigurarea regimului de funcţionare a frontierei, statul este obligat să întreţină forţe şi mijloace care asigură supravegherea şi controlul frontierei. Numai prin consolidarea protecţiei frontierei de stat se poate asigura securitatea naţională a statului. Însă, această protecţie şi regim juridic al protecţiei frontierei de stat trebuie să fie realizate în mod consolidat şi uniformizat la maximum. Acest fapt reiese mai cu seamă din premisa că pînă unde se întinde teritoriul unui stat, de acolo anume începe teritoriul altui stat, adică frontierele indică şi la un capăt, şi la un început de teritoriu.

Rezultate şi discuţii. Semnificaţia juridică şi conţinutul interpretativ al noţiunilor de *frontieră vamală* şi *frontieră de stat* poate valorifica limitele relaţiilor sociale supuse protecţiei în cazul infracţiunilor care afectează regimul frontierei de stat a Republicii Moldova. În aceste repere de cercetare devine iminentă incidenţa infracţiunilor vamale, care afectează principial regimul frontierei vamale a ţării noastre. Aceste ultime infracţiuni pot fi încadrate, dar pot şi să nu fie încadrate în limitele infracţiunilor care afectează regimul frontierei de stat a R. Moldova.

Dificultatea corelării infracţiunii vamale cu infracţiunile care afectează regimul frontierei de stat este determinată inclusiv de catalogarea distinctă a conţinutului de *frontieră vamală* şi *frontieră de stat*.

În opinia autorului L. Rogatîh, în cazul contrabandei se operează cu trecerea peste *frontiera vamală* [2, p. 56]. Autorul rus citat precizează că, în sensul analizei conţinutului trecerii (care este vizat în norma juridico-penală a contrabandei), această formulare este incorectă ca acţiune legată de introducere şi scoatere *în/de pe teritoriul ţării* a bunurilor ori a mijloacelor de transport, fapt care reiese cu claritate din conţinutul normativului vamal [2, p. 56].

Este important a sublinia, menţionează autorii S. Duşkin şi S. Rusov, că în cazul contrabandei cu folosirea documentelor false se încalcă nu doar regimul de trecere a bunurilor peste frontiera vamală, ci şi ordinea de documentare a faptelor, adică ordinea de administrare [3, p. 38].

Constatăm că frontiera de stat şi frontiera vamală ar fi categorii juridice pe care legislaţia în vigoare a Republicii Moldova le precizează în mod distinct. Acest fapt este indicat şi în literatura de specialitate. Autorul S. Duşkin conchide că noţiunea de „frontieră vamală" nu coincide cu cea de „frontieră de stat" [4, p. 15]. Însă, considerăm că în anumite modalităţi de manifestare a infracţiunilor vamale poate fi afectat regimul frontierei vamale, concomitent cu regimul frontierei de stat (de exemplu, în cazul eludării controlului vamal la frontiera de stat). Nu este şi cazul nedeclarării sau declarării neautentice, cînd regimul trecerii peste frontiera de stat a persoanei poate să nu fie afectat. În acest ultim sens, după cum constată I.

Dumitru, în activitatea de urmărire penală s-a ridicat problema dacă faptele de trecere cu autobuzul prin punctele de frontieră şi de nedeclarare şi neprezentare a mărfurilor sau bunurilor pentru vămuire constituie, în genere, infracţiune sau contravenţie la regimul vamal [5, p. 138].

Deşi la nivel tehnico-normativ se face distincţie între frontiera vamală şi frontiera de stat, unii autori autohtoni nu identifică o asemenea delimitare conceptuală. Astfel, în viziunea lui O. Pasat, caracterul politic al protecţiei *hotarelor de stat* a dispărut odată cu dispariţia sistemului totalitar; *graniţa de stat*, în cadrul contrabandei depistate, rareori se violează, contrabanda fiind reţinută [6, p. 80]. Făcînd o paralelă cu termenul *trecere*, O. Pasat menţionează că în literatura de specialitate s-a afirmat că trecerea este *învingerea regimurilor speciale stabilite de Republica Moldova în zone de control vamal*, **şi nu o traversare fizică simplă peste linia frontierei de stat**. În viziunea noastră, se admite o confuzie în contextul infracţiunii de contrabandă, fiind catalogată ca infracţiune ce afectează regimul frontierei de stat (deşi ulterior, probabil, autorul îşi focusează atenţia anume spre acest ultim fapt). Regimul frontierei de stat poate fi afectat doar dacă se referă la anumite modalităţi normative şi dacă faptele se pot califica şi în baza unor norme de referinţă (care afectează în mod special aceste relaţii sociale). Contrabanda constituie o trecere ilegală a bunurilor peste frontiera vamală. În acest ultim context, cea mai apropiată contrabandei este infracţiunea de trecere ilegală a frontierei de stat.

Nu este reală şi previzibilă corelaţia de la general la special ori de la întreg la parte în cazul analizei infracţiunilor de contrabandă şi trecere ilegală a frontierei de stat. În viziunea noastră, se constată o delimitare, iar în această ultimă ipoteză, legătura incidentă nu poate fi identificată în mod expres. Premisa din urmă anunţată este elucidată şi de autorul O. Pasat prin simpla alegaţie a ideii precum că în ceea ce priveşte calificarea cazurilor cînd contrabanda este săvîrşită prin trecerea bunurilor de către persoane în afara punctelor de trecere sau cu folosirea ascunzişurilor, acestea trebuie *încadrate juridic prin concurs* [6, p. 80] adică printr-o singură infracţiune se lezează mai multe obiecte juridice.

În Republica Moldova, un grup generic separat dedicat infracţiunilor care vizează frontiera de stat nu se constată. Promovarea unui concept clar al infracţiunilor ce afectează regimul frontierei de stat ar invoca posibilitatea clarificării elementelor preexistente şi a elementelor constitutive ale infracţiunilor care afectează acest regim al frontierei de stat.

În România, Titlul III al C. pen. al Rom. este compartimentat în baza a două elemente: *infracţiuni contra autorităţii* şi *infracţiuni privind frontiera de stat* [7, p. 555, 562]. Capitolul II, dedicat infracţiunilor privind frontiera de stat, pune în evidenţă următoarele infracţiuni:

a) trecerea frauduloasă a frontierei de stat (art. 262 C. pen. al Rom.);

b) traficul de migranţi (art. 263 C. pen. al Rom.);

c) facilitatea şederii ilegale în România (art. 264 C. pen. al Rom.);

d) sustragerea de la măsurile de îndepărtare de pe teritoriul României (art. 265 C. pen. al Rom.).

Legislaţia penală a României operează în mod expres cu anumite modalităţi de manifestare a elementului material al infracţiunii – în forma trecerii frauduloase a frontierei de stat – *intrarea* sau *ieşirea* din ţară prin trecerea frauduloasă a frontierei de stat a României (art. 262 alin. (1) C. pen. al Rom. – pedeapsa în forma închisorii de la 6 luni la 3 ani sau amendă).

În formă agravantă, infracţiunea capătă următoarele variante de manifestare:

a) săvîrşirea infracţiunii în scopul sustragerii de la tragerea la răspundere penală sau de la executarea unei pedepse ori a unei măsuri educative, privative de libertate;

b) de către un străin declarat indezirabil ori căruia i-a fost interzis în orice mod dreptul de intrare sau de şedere în ţară [7, p. 562].

În cazul acestor variante agravante, infracţiunea de trecere frauduloasă a frontierei se pedepseşte cu închisoare de la 1 la 5 ani.

După cum susţin autorii C. Popa şi B. M. Mitric, toate infracţiunile privind frontiera de stat (trecerea frauduloasă a frontierei, traficul de migranţi, facilitarea şederii ilegale în România, sustragerea de la măsurile de îndepărtare de pe teritoriul României) vizează în calitate de obiect juridic special „relaţiile sociale referitoare la respectarea intereselor (generale sau publice) în sfera activităţii de supraveghere privind regimul frontierei de stat şi regimul străinilor în România", amplificîndu-se ideea unor particularităţi şi excepţii special indicate în textul normelor penale (prin excluderea faptelor de exploatare a migranţilor / a străinilor aflaţi ilegal pe teritoriul României şi de transformare a acestora în surse de cîştig; prin excluderea faptelor de exploatare şi de transformare a acestora în surse de câştig) [8, p. 150, 153, 155-157].

Operînd cu sistemul infracţiunilor contra ordinii de administrare vizate de Cap. 32 C. pen. al Federaţiei Ruse, autorul A. V. Naumov pune în evidenţă mai multe subcategorii generice de infracţiuni, inclusiv infracţiunile care atentează la relaţiile sociale ce vizează inviolabilitatea frontierei de stat a Federaţiei Ruse [9, p. 515]. În particular, se invocă infracţiunile de:

- *trecere ilegală a frontierei de stat a Federaţiei Ruse* (art. 322 C. pen. FR),

- *organizarea migraţiunii ilegale* (art. 322[1] C. pen. al FR),

- *schimbarea/modificarea ilegală a frontierei de stat a Federaţiei Ruse* (art. 323 C. pen. FR) [9, p. 519-525].

În acelaşi sens, M. P. Juravliov şi S. I. Nikulin consideră că infracţiunile contra ordinii de administrare, în funcţie de caracterul obiectului juridic special, pot fi clasificate în trei grupe:

- infracţiuni contra autorităţii puterii de stat şi inviolabilităţii frontierei de stat a Federaţiei Ruse,

- infracţiuni contra activităţii organelor puterii de stat şi a celor de autoadministrare locală,

- infracţiuni contra ordinii stabilite de completare a documentelor oficiale [10, p. 728-729].

Gh. Diaconescu subliniază, pe bună dreptate, că trecerea frontierei de stat de către persoane, mijloace de transport, mărfuri şi alte bunuri se face prin punctele de control pentru trecerea frontierei de stat deschise traficului internaţional, precum şi prin alte locuri, în condiţiile stabilite prin acorduri şi înţelegeri prealabile între statele vecine [11, p. 169].

În fapt, de aici se deduce ideea noastră precum că regimul frontierei poate fi afectat nu doar prin trecerea ilegală peste aceasta a persoanei, ci şi a bunurilor, mijloacelor de transport etc. În contextul trecerii ilegale a persoanei, regimul frontierei de stat este încălcat de fiecare dată, pe cînd în cazul contrabandei (trecerea ilegală a bunurilor) poate şi să nu fie afectat. De asemenea, operîndu-se cu scopul controlului efectuat în punctele special destinate acestei activităţi, se remarcă cel de a verifica şi a constata îndeplinirea condiţiilor stabilite de lege *pentru intrarea şi ieşirea din ţară* a **persoanelor**, **mijloacelor de transport**, **mărfurilor şi a altor bunuri** [11, p. 169].

În opinia noastră, infracţiunile care afectează regimul frontierei de stat a Republicii Moldova sînt de mai multe categorii:

a) infracţiuni care afectează *nemijlocit* şi cu titlu *întregit* relaţiile sociale ce vizează frontiera de stat a Republicii Moldova (art. 362 C. pen. al RM);

b) infracţiuni care afectează *nemijlocit* şi *doar în anumite forme de manifestare normativă* (cu titlu *neîntregit*) relaţiile sociale ce vizează frontiera de stat a Republicii Moldova;

c) infracţiuni care afectează în mod *adiacent* şi *doar prin anumite forme de manifestare normativă* relaţiile sociale ce vizează frontiera de stat a Republicii Moldova.

Este important a sublinia că nu frontiera devine externă şi internă, ci regimul frontierei poate avea caracter extern şi intern. După cum se menţionează în literatura de specialitate a României, *frontiera de stat a României poate avea regim de frontieră internă sau frontieră externă*. Operîndu-se cu categoria de regim juridic al frontierei, se identifică regimul frontierei vamale şi regimul frontierei de stat. Astfel, dacă o persoană trece ilegal frontiera de stat şi încalcă regimul frontierei în ansamblu, se atestă afectarea regimului juridic al frontierei de stat. În cazul în care persoana trece în mod legal peste frontiera de stat, dar bunurile trecute comportă un caracter ilegal, se identifică un regim juridic al frontierei vamale. Poate fi şi situaţia în care atît persoana umană trece ilegal peste frontiera de stat, cît şi bunurile trecute comportă un regim de trecere ilegal. În acest caz se pune în evidenţă afectarea unui regim juridic al frontierei de stat şi a unui regim juridic al frontierei vamale. Acestea din urmă categorii se înscriu în limitele regimului juridic al frontierei în ansamblu (*schemele 1, 2, 3*). În acest sens, contrabanda se înscrie în limitele regimului juridic al frontierei vamale, însă în cazul în care are loc o eludare a controlului vamal, se poate invoca şi existenţa unei încălcări a regimului juridic al frontierei de stat.

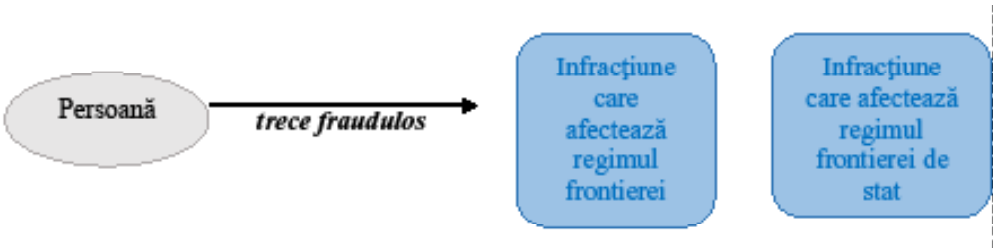
Fenomenul migraţiunii ilegale intervine în forma deplasării persoanelor în diferite scopuri şi pe diferite teritorii. Această deplasare poate fi realizată cu încălcarea diferitor regimuri juridice:

- regimul juridic de intrare în ţară (parte componentă a regimului juridic al frontierei de stat);

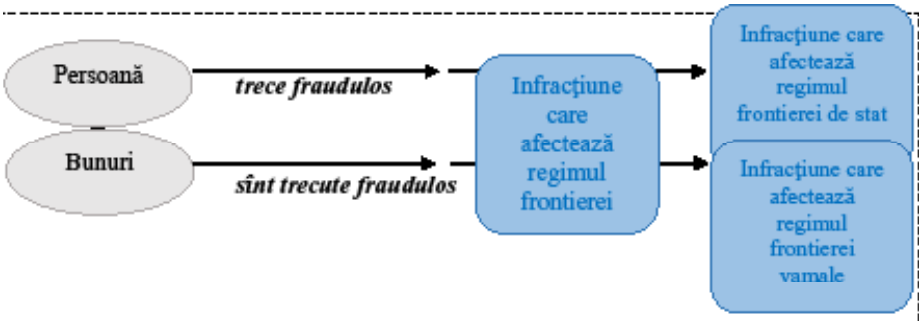
- regimul juridic de ieşire din ţară (parte componentă a regimului juridic al frontierei de stat);

- regimul juridic de şedere în ţară (în afara regimului juridic al frontierei de stat);

- regimul juridic de tranzit prin ţară (în afara regimului juridic al frontierei de stat).

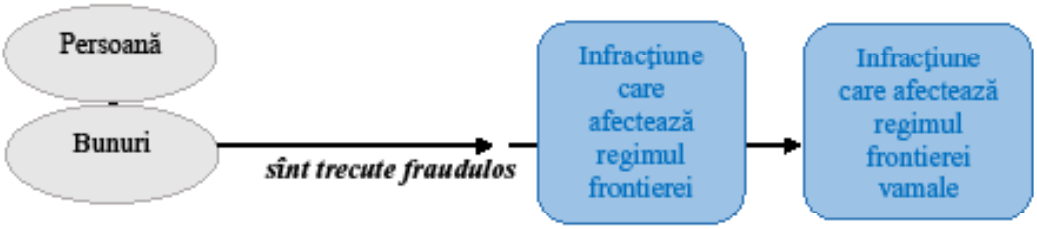


Schema 1. *Regimul juridic al frontierei şi infracţiunea care afectează regimul frontierei de stat*



Schema 3. *Regimul juridic al frontierei şi infracţiunile care afectează regimul frontierei (de stat şi vamale)*

În opinia noastră, orice fapte prejudiciabile care afectează regimul juridic al frontierei de stat (organizare a încălcării acestui regim juridic, investigare la încălcarea acestui regim juridic, complicitate la încălcarea acestui regim şi realizare propriu-zisă a încălcării acestui regim) urmează a fi supuse răspunderii penale. Avînd în vedere faptul că încălcarea propriu-zisă a regimului juridic al frontierei de stat constituie o faptă unipersonală (manifestată comisiv prin autorat unic), organizatorul, instigatorul sau complicele la infracţiune poate fi antrenat ca răspunzător pentru faptele separate de trecere ilegală a frontierei de stat. Alta este situaţia în care are loc organizarea în scop material a migraţiei, inclusiv prin încălcarea regimului juridic al frontierei de stat. În acest ultim sens, urmează să se aprobe răspunderea penală pentru *traficul de migranţi*, şi nu simpla organizare a migraţiunii ilegale. Acest ultim moment este dictat de eventuala delimitare clară a faptelor autorului, organizatorului, instigatorului şi complicelui infracţiunii. În context, considerăm că traficul de migranţi nu trebuie în mod obligatoriu definit normativ prin interesul material, fapt care reiese mai cu seamă din conţinutul art. 362[1] C. pen. al RM.



Schema 2. *Regimul juridic al frontierei şi infracţiunea care afectează regimul frontierei vamale*

Considerăm că acest scop (interes) material trebuie să fie invocat doar în calitate de semn agravant al infracţiunii, făcîndu-se astfel o individualizare atît a răspunderii penale, cît şi a pedepsei penale. Organizarea migraţiunii ilegale, prin forma încălcării regimului juridic al intrării în ţară sau încălcării regimului juridic al ieşirii din ţară, nu prezumă şi nici nu implică calificarea faptei potrivit art. 362 C. pen. al RM – trecerea ilegală a frontierei de stat, deşi are loc o încălcare a regimului juridic al frontierei de stat.

Codul penal al R. Moldova admite liberarea specială de răspundere penală a persoanelor care au comis încălcări propriu-zise ale regimului juridic al frontierei de stat, iar persoana care a organizat această migraţiune, conform art. 362[1] C. pen. al RM, nu este supusă răspunderii penale pentru o variantă atipică (organizare a trecerii ilegale a frontierei de stat) a infracţiunii, ci pentru o variantă tipică a altei infracţiuni (organizarea migraţiei ilegale), care, în concluzie, urmează a indica la răspunderea penală pentru *traficul de migranţi*, fiind precizate în mod expres anumite fapte, inclusiv cu caracter de organizare a încălcării regimului juridici al frontierei de stat. În concluzie, *infracţiunile care afectează regimul frontierei de stat sînt acele fapte prejudiciabile care afectează regimul frontierei prin trecerea frauduloasă a frontierei de stat a persoanelor fizice (cetăţeni ai Republicii Moldova, cetăţeni străini, apatrizi)*.

De asemenea, la configurarea infracţiunii de trecere a frontierei nu se impune, în viziunea noastră, invocarea caracterului de frontieră de stat a Republicii Moldova. Or, în limitele analizei principiului *non bis in idem*, deşi caracterul generic al faptelor prejudiciabile este acelaşi, se poate interpreta lipsa unei duble incriminări.

Concluzii:

1. Promovarea unui concept clar al infracţiunilor care afectează regimul frontierei de stat ar invoca posibilitatea clarificării elementelor preexistente şi a elementelor constitutive ale infracţiunilor ce afectează acest regim al frontierei de stat.

2. Infracţiunile care afectează regimul frontierei de stat a Republicii Moldova se divizează în mai multe categorii: infracţiuni care afectează *nemijlocit* şi cu titlu *întregit* relaţiile sociale care vizează frontiera de stat a Republicii Moldova (art. 362 C. pen. al RM); infracţiuni care afectează *nemijlocit* şi *doar în anumite forme de manifestare normativă* (cu titlu *neîntregit*) relaţiile sociale ce vizează frontiera de stat a Re-

publicii Moldova; infracţiuni care afectează în mod *adiacent* şi *doar prin anumite forme de manifestare normativă* relaţiile sociale ce vizează frontiera de stat a Republicii Moldova. Efectul prejudicierii relaţiilor sociale care vizează protecţia acestor categorii juridice poate determina diferite forme şi conţinut diferit al obiectului juridic special, spre care sînt orientate anumite categorii de fapte infracţionale, precum şi care anume fapte pot fi determinate în calitate de elemente materiale ale infracţiunii/infracţiunilor într-un context ori altul.

3. La configurarea infracţiunii de trecere a frontierei nu se impune invocarea caracterului de frontieră *de stat* a Republicii Moldova.

4. Infracţiunile care afectează regimul frontierei de stat sînt acele fapte prejudiciabile ce afectează regimul frontierei prin trecerea frauduloasă a frontierei de stat de către persoanele fizice (cetăţeni ai Republicii Moldova, cetăţeni străini, apatrizi).

Referinţe bibliografice

1. Colenov I. Ameninţările generate de crima transfrontalieră determină securizarea frontierei. În: Buletinul informativ (Guvernul Republicii Moldova), 2006, nr. 5, p. 15.

2. Рогатых Л. Уголовно наказуемая контрабанда и Таможенный кодекс 2003 года. În: Уголовное право, 2005, № 2, p. 56.

3. Душкин С., Русов С. Особенности квалификации таможенных преступлений. În: Законность, 2001, № 12, p. 38.

4. Душкин С. Нарушения таможенного законодательства. В: Законность, 1996, № 5, с. 15.

5. Dumitru I. Sustragerea de la controlul vamal şi vămuire a mărfurilor sau a altor bunuri. În: Dreptul, 2003, nr. 3, p. 138.

6. Pasat O. Analiza juridico-penală a infracţiunilor vamale şi penale comise pe teritoriul vamal al Republicii Moldova în conformitate cu Codul penal din 2002. În: Revista Naţională de Drept, 2013, nr. 12, p. 80.

7. Bodoroncea G., Cioclei V., Kuglay I. ş.a. Codul penal. Comentariu pe articole. Bucureşti: Editura C. H. Beck, 2014, 920 p.

8. Popa C., Mitric B. M. Drept penal – partea specială. Noul Cod penal. Manual pentru uzul studenţilor. Ediţie revizuită şi adăugită. Bucureşti, 2015, 410 p.

9. Наумов А. В. Российское уголовное право. Том 3. 4-е издание. Москва: Волтерс Клувер, 2007, 656 с.

10. Уголовное право. Общая и особенная части. 2-е издание. Под ред. М. П. Журавлева, С. И. Никулина. Москва: Издательство НОРМА, 2007, 816 с.

11. Diaconescu Gh. Infracţiuni în legi speciale şi în legi extrapenale. Culegere de acte normative – comentate şi adnotate. Doctrină şi jurisprudenţă. Bucureşti: Editura Fundaţiei „România de Mâine”, 2002, 364 p.

Recenzent:
Viorel V. BERLIBA,
doctor habilitat în drept,
conferenţiar universitarr

СИСТЕМА ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ

Юлія КЕРНЯКЕВИЧ-ТАНАСІЙЧУК,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри трудового,
екологічного та аграрного права Прикарпатського національного
університету імені Василя Стефаника

SUMMARY

In the article the principles of the penal policy of Ukraine are investigated. Delimited set of principles of the penal policy and penal legislation. Classification principles of the penal policy on general, cross-sectoral, and accomplished their general characteristics. A highlight in the system of principles of the penal policy Ukraine principles of individual institutions (areas) of the the penal policy.

Keywords: principles of the penal policy, general principles, principles inter sectoral principles, principles of individual institutions.

АНОТАЦІЯ

У статті досліджено принципи кримінально-виконавчої політики України. Розмежовано комплекс принципів кримінально-виконавчої політики та кримінально-виконавчого законодавства. Проведено класифікацію принципів кримінально-виконавчої політики на загальноправові, міжгалузеві, галузеві, а також здійснена їх загальна характеристика. Запропоновано виділяти у системі принципів кримінально-виконавчої політики України принципи окремих інститутів (напрямів) кримінально-виконавчої політики.

Ключові слова: принципи кримінально-виконавчої політики, загальноправові принципи, міжгалузеві принципи, галузеві принципи, принципи окремих інститутів.

Постановка проблеми. Принципами кримінально-виконавчої політики України слід іменувати керівні ідеї, положення, на основі яких втілюється в життя діяльність Української держави у сфері виконання покарань. Незважаючи на те, що у літературі чимало уваги приділено системі принципів кримінально-виконавчого права, принципів кримінально-виконавчого законодавства принципів процесу виконання-відбування покарань, питання принципів кримінально-виконавчої політики та їх системи залишається малодослідженим.

Метою статті є побудова системи принципів кримінально-виконавчої політики України та визначення арсеналу її елементів.

Виклад основного матеріалу. В результаті ознайомлення з авторитетними джерелами, які заслуговують довіри, Степанюк А. Х. зазначав, що в літературі, в основному, прийнято класифікувати принципи права на три категорії: загальноправові, міжгалузеві і галузеві [1, с. 296].

Своє бачення системи принципів кримінально-виконавчого права під час роботи над проектом Кримінально-виконавчого кодексу Російської Федерації давав і В. А. Уткін. Зокрема, він пропонував всі принципи поділити на загальноправові (гуманізм, законність, справедливість, участь громадськості в реалізації кримінально-виконавчої політики), міжгалузеві (невідворотність і індивідуалізація кримінальної відповідальності, економія кримінальної репресії та інших примусових засобів) і галузеві (поєднання кримінального покарання з іншими виховно-попереджувальними заходами, диференціація та індивідуалізація виконання покарання і застосування інших виховно-попереджувальних засобів) [2, с. 56].

Надалі (після прийняття) позиція вченого з цього питання була дещо уточнена (із застереженням про необхідність окремого більш пильного вивчення цього питання) за рахунок ліквідації такої групи, як міжгалузеві принципи, за рахунок уточнення найменування ряду раніше зазначених принципів, а також за рахунок додавання до їх числа нових. У підсумку до загальноправових принципів ним були віднесені: законність, гуманізм, рівність засуджених та інших осіб перед законом, участь громадськості в кримінально-виконавчої діяльності та контролі за установами та органами, які виконують кримінальні покарання, справедливість і доцільність, а до галузевих – диференціація виконання покарання, індивідуалізація виконання покарання, раціональне застосування примусових заходів, раціональне застосування засобів виправлення, раціональне стимулювання правослухняної, відповідальної, позитивної соціально-активної поведінки засуджених, а також поєднання кримінального покарання з іншими виправно-попереджувальними заходами [3, с. 74-118].

Після введення в дію 1 липня 1997 року Кримінально-виконавчого кодексу Російської

Федерації більшість російських дослідників, як правило, не роблячи різниці (без будь-якої аргументації) між принципами права та принципами законодавства, під принципами кримінально-виконавчого права стали розуміти ті, які закріплені як принципи кримінально-виконавчого законодавства в ст. 8 Кримінально-виконавчого кодексу Російської Федерації [4, с. 46].

Досліджуючи принципи кримінально-виконавчого законодавства, Михалко І. С. зазначала, що принципи законодавства «пронизують» усю нормативну тканину кримінально-виконавчого закону, а їх система, що закріплена у ст. 5 Кримінально-виконавчого кодексу України, являє собою єдину, логічно збалансовану ієрархію принципів, у якій наука за сферою поширення виділяє загальноправові, міжгалузеві принципи та принципи галузі права.

Під принципами кримінально-виконавчого законодавства авторка пропонувала розуміти вихідні засади та положення процесу виконання-відбування покарання, які закріплені у кримінально-виконавчому законі та мають ідеологічно-правовий, нормативно-регулюючий та стратегічний характер, підкріплені певним правовим інструментарієм у процесі здійснення кримінально-виконавчої діяльності, обумовлені цілями виконання покарання [5, с. 21].

При цьому принципи кримінально-виконавчої політики є набагато ширшим поняттям. Як слушно стверджує Михалко І. С., до принципів політики можна віднести не тільки принципи діючого кримінально-виконавчого законодавства, а й принципи політики, що висунуті наукою цієї галузі права, й принципи практики виконання і відбування покарання, наміри та спеціалізовані міжнародні стандарти, що набули значення принципів [6, с. 72].

Український законодавець у ст. 5 Кримінально-виконавчого кодексу України визначив наступні принципи кримінально-виконавчого законодавства, виконання і відбування покарань, а саме: невідворотність виконання і відбування покарань; законність; справедливість; гуманізм; демократизм; рівність засуджених перед законом; повага до прав і свобод людини; взаємна відповідальність держави і засудженого; диференціація та індивідуалізація виконання покарань; раціональне застосування примусових заходів і стимулювання правослухняної поведінки; поєднання покарання з виправним впливом; участь громадськості в передбачених законом випадках у діяльності органів і установ виконання покарань.

Цілком слушним є зауваження, що перелік законодавчо закріплених принципів викликає багато запитань у науковців і є небезспірним. До прикладу, незрозуміло, як саме може реалізуватися принцип «взаємної відповідальності держави і засудженого» у рамках кримінальної відповідальності, котра є застосуванням державного примусу органами та установами виконання покарань і виражається в обмеженні прав та свобод засудженого [7, с. 43].

Крім принципів кримінально-виконавчого законодавства, виконання і відбування покарань, закріплених у ст. 5 Кримінально-виконавчого кодексу України, Михалко І. С. до переліку принципів кримінально-виконавчої політики відносить низку вироблених наукою та практикою принципів: принцип мінімальності правових обмежень прав і свобод засуджених; принцип економії кримінальної репресії; принцип пріоритетного розвитку заохочувальної політики над репресивною; принцип ресоціалізації та адаптації засуджених, що відбули покарання; принцип пріоритету заходів соціально-педагогічної корекції особи засуджених; принцип вдосконалення виховної і оперативно-розшукової роботи із засудженими; принцип підвищення відкритості кримінально-виконавчої системи та націленість її на співпрацю з громадянським суспільством; принцип вдосконалення інститутів прогресивної системи відбування покарання [6, с. 72].

Ще одна дослідниця питань кримінально-виконавчої політики Кондратішина В. В. принципи кримінально-виконавчої політики України формулює як теоретично обґрунтовані, сформульовані у чинному законодавстві та застосовувані на практиці основні положення (керівні ідеї тощо), які зумовлені об'єктивними закономірностями реалізації відповідного кримінального покарання та досягнення його мети [8, с. 118]. Одночасно авторка виділяє такі принципи кримінально-виконавчої політики України: принцип відповідності кримінально-виконавчої політики іншим елементам політики у сфері боротьби зі злочинністю; принцип невідворотності кримінального покарання; принцип врахування (відповідності) соціально-правової психології; принцип диференціації та індивідуалізації виконання покарання; принцип відновлення соціальної справедливості; принцип доцільності; принцип економії репресій; принцип прогресивної системи виконання та відбування покарання; принцип взаємної відповідальність держави і засудженого; принцип примирення (медіації) засудженого та потерпілого; принцип раціонального застосування заходів переконання та примусу до засуджених; принцип

участі громадськості у виконанні кримінального покарання; принцип поєднання всіх елементів мети покарання при його виконанні; принцип комплексного та системного (безперервного) впливу на особу засудженого; принцип погашення та зняття судимості [8, с. 111].

Не заперечуючи проти вищенаведених наукових позицій, які мають право на існування, пропонуємо принципи кримінально-виконавчої політики (як і права) поділяти на загальноправові, міжгалузеві та галузеві. Саме така класифікація сприятиме комплексному дослідженню правової природи окремих принципів кримінально-виконавчої політики України.

Загальноправові принципи – є тими керівними началами, на основі яких вибудовується правова політика Української держави загалом та кримінально-виконавча політика в тому числі. Як правило, ці принципи закріплені на рівні Конституції України. До них можна віднести:

1) принцип демократизму (ст. 1 Конституції України);

Щодо принципу демократизму у кримінально-виконавчому праві Корольов Р. В. зазначав, що це обумовлена закономірностями суспільного розвитку основоположна ідея, що характеризує ступінь впливу державних і громадських інститутів, окремих громадян на кримінально-виконавчу політику та її реалізацію в законодавстві та практичній діяльності органів та установ, які виконують кримінальні покарання, що ґрунтується на засадах відкритості та гласності перед народом, правосуб'єктності засуджених, оптимальному поєднанні їх свободи та відповідальності [9, с. 126].

На думку Скакуна О. Є., принцип демократизму виявляється у практичному виконанні волі громадян держави через свої представницькі органи влади. Демократизм знаходить свій вияв також у тому, що діяльність установ і органів, які виконують покарання, здійснюється під наглядом громадських організацій. Громадськість має можливість брати широку участь у безпосередній роботі, спрямованій на досягнення мети деяких кримінальних покарань (наприклад, виправні роботи) [10, с. 58].

Шейна А. М. стверджує, що сутність принципу демократизму полягає в тому, що кримінально-виконавча політика охоплює здійснення волі народу, діяльність органів та установ, яка спрямована на виконання покарання та контроль певних громадських організацій (служб) у справах неповнолітніх, спостережних комісій. Останні виконують безпосередню роль у перевихованні та виправленні засуджених [11, с. 28].

2) принцип поваги до прав і свобод людини (ст. 3, ст. 55 та ст. 63 Конституції України);

Конституція України в ч. 2 ст. 3 утвердила, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Не винятком поширення дії загальноправового принципу поваги до прав і свобод людини є і кримінально-виконавча сфера.

Степанюк А. Х. зазначає, що в екзекутивній діяльності поважання прав людини самим безпосереднім чином зв'язано з можливістю засудженого відстоювати свої права, звертаючись з пропозиціями, заявами і скаргами в суд, до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, у відповідні міжнародні судові установи, чи ж у відповідні органи міжнародних організацій, членом чи учасником яких є Україна, що передбачено статтею 55 Конституції України.

Права людини в діяльності органів та установ виконання покарань виявляються в активному обов'язку адміністрації їх дотримуватись стосовно кожного із засуджених. У зв'язку з цим в екзекутивній діяльності адміністрації органів та установ виконання покарань дозволено тільки те, що буде передбачено кримінально-виконавчим законодавством, а засуджені, відбуваючи покарання зможуть усе те, що не заборонено за законом [1, с. 301].

Останнє зумовлено дією норми ч. 3 ст. 63 Конституції України, а саме: «Засуджений користується всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, які визначені законом і встановлені вироком суду».

3) принцип законності (ст. 6, ст. 62 та п. 14 ст. 92 Конституції України);

На конституційному рівні закріплено принцип поділу влади на три гілки: законодавчу, виконавчу (до якої належать органи і установи виконання покарань) та судову, а також у п. 14 ст. 92 Конституції України закріплено, що виключно законами України визначаються: судоустрій, судочинство, статус суддів, засади судової експертизи, організація і діяльність прокуратури, органів дізнання і слідства, нотаріату, органів і установ виконання покарань; основи організації та діяльності адвокатури. У цьому і знаходить свій прояв принцип законності.

Крім того, слід підтримати позицію Селіверстова В. І. та Шмарова І. В., які вважають, що принцип законності виражається у верховенстві закону, що регулює виконання покарання, пріоритеті цьо-

го закону перед іншими нормативно-правовими актами, а також в точному і строгому дотриманні кримінально-виконавчого законодавства не тільки установами і органами, виконуючими покарання, але і всіма органами, установами, організаціями, громадянами, причетними до виконання покарання, і самими засудженими [12, с. 16].

4) принцип верховенства права (ст. 8 Конституції України);

Слід зазначити, що одночасно із закріпленням у ст. 8 Конституції України принципу верховенства права, основні ідеї класичного варіанту концепції (принципу) верховенства права втілено і в інших статтях Конституції України. Так приміром, на думку, Погребняка С., ця концепція передбачає наступне: 1) органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ст. 19); 2) громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом (ст. 24); 3) права і свободи людини і громадянина захищаються судом, а юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі Зазначимо, що основні ідеї класичного варіанту концепції верховенства права втілено в Конституції України. Так, вона передбачає: 1) органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ст. 19); 2) громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом (ст. 24); 3) права і свободи людини і громадянина захищаються судом, а юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі [13, с. 28].

5) принцип рівності громадян перед законом (ст. 21 та ст. 24 Конституції України);

Зубков А. І. стверджує, що принцип рівності засуджених перед законом виражається в єдиному правовому становищі осіб, які відбувають конкретний вид покарання або перебувають в однакових умовах відбування покарання у виправній установі, незалежно від національної приналежності, соціального стану, віросповідання та інших соціально-політичних, демографічних і інших ознак. Відмінності можуть бути передбачені в залежності від статі, віку, стану здоров'я, наявності вагітності або малолітніх дітей, а головне – від поведінки засуджених [14, с. 16].

6) принцип гуманізму (ст. 28 Конституції України);

Принцип гуманізму знайшов своє відображення у ст. 28 Конституції України, де зазначено, що кожен має право на повагу до його гідності. Ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню.

Рудник Т. В. встановлено, що зміст принципу гуманізму в кримінально-виконавчому праві тісно пов'язаний з положеннями Конституції України та міжнародно-правових актів з прав людини та поводження з в'язнями і включає такі елементи: заборону катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання; повагу й охорону прав, свобод та законних інтересів засуджених; ставлення працівників установ виконання покарань до засуджених з повагою до їх гідності; належні умови тримання засуджених; соціальну і правову захищеність засуджених; особисту безпеку засуджених; відповідальність за катування, інше жорстоке поводження із засудженими [15, с. 9].

Таке тлумачення суті принципу гуманізму є занадто широким, оскільки охоплює повагу й охорону прав, свобод та законних інтересів засуджених, що є проявом іншого загальноправового принципу.

7) принцип соціальної справедливості.

Цей принцип є властивим для політики загалом та кримінально-виконавчої політики в тому числі. Арістотель визначав політику, як мистецтво забезпечувати людям найвищу справедливість [16, с. 31]. Виходячи з твердження древнього мислителя, можна говорити, що забезпечення справедливості є не лише однією з основних засад політики, а й її кінцевою ціллю та метою.

Зміст принципу справедливості полягає у тому, що, з одного боку, держава, піддаючи засудженого покаранню, тим самим відновлює справедливість у суспільстві, яка була порушена вчиненим злочином, а з іншого – обсяг встановлюваних під час виконання конкретного покарання обмежень прав та свобод засудженого повинен бути адекватним ступеню його вини і суспільній небезпеці скоєного злочину [7, с. 43].

8) принцип участі громадськості у діяльності органів та установ виконання покарань.

Названий принцип є одним із загальноправових, оскільки його прояв можна спостерігати у всіх сферах суспільного життя, він є невід'ємним атрибутом громадянського суспільства.

Механізм реалізації цього принципу на практиці закріплений у ст. 25 Кримінально-виконавчого кодексу України, яка передбачає участь громадськості у виправленні і ресоціалізації засуджених, а також здійснення громадського контролю за до-

триманням прав засуджених під час виконання кримінальних покарань.

Міжгалузеві принципи – це принципи кримінально-виконавчої політики, які характерні і для інших складових частин політики у сфері боротьби зі злочинністю. Такими є:

1) принцип відповідності кримінально-виконавчої політики іншим складовим політики у сфері боротьби зі злочинністю.

Цей принцип належить до міжгалузевих, оскільки він одночасно служить принципом інших елементів політики у сфері боротьби зі злочинністю. До прикладу, кримінально-правовій політиці Української держави властивим є принцип відповідності кримінально-правової політики іншим складовим політики у сфері боротьби зі злочинністю.

Цілком заслуговує на підтримку твердження Фріса П. Л., що кримінально-правова політика є визначальним елементом, оскільки встановлює коло діянь, що відносяться до категорії злочинних (в її рамках здійснюються криміналізація й декриміналізація), визначає пеналізацію (депеналізацію). Всі інші елементи політики у сфері боротьби зі злочинністю, так би мовити, працюють у руслі визначеному кримінально-правовою політикою. Звичайно, при такому положенні між всіма елементами повинна існувати єдність у підходах, оцінках, методології діяльності. Така єдність повинна будуватись на узгодженості принципів, на яких реалізується діяльність кожної складової [17, с. 53].

2) принцип невідворотності покарання.

З позиції Дагеля П. С., принцип невідворотності діє у всіх складових частинах кримінальної політики, а невідворотність саме покарання є його вираженням [18, с. 37].

Тому справедливо стверджує Степанюк А. Х., що принцип невідворотності покарання відображає зв'язок між злочином і покаранням, із його допомогою прослідкується наступність стадій кримінальної відповідальності. Невідворотність покарання – об'єктивно існуючий, повторюваний, істотний зв'язок етапів кримінальної відповідальності, що характеризує її поступальний розвиток [1, с. 350].

Як бачимо, принцип невідворотності покаранні діє на всіх етапах реалізації політики у сфері боротьби зі злочинністю, починаючи з кримінально-правової політики і завершуючи кримінально-виконавчою.

Принцип невідворотності покарання у кримінально-виконавчій політиці знаходить свій вияв у необхідності належного виконання покарання, яке призначено судом у вироку іменем України.

3) принцип доцільності.

З точки зору Кондратішиної В. В., принцип доцільності означає, що застосування заходів кримінально-правового та кримінально-виконавчого впливу на особу засудженого повинно узгоджуватися з метою, що стоїть перед кримінальною репресією. Рамки кримінальної, а на стадії виконання покарання – кримінально-виконавчої репресії, види і характер заходів, дій, а також їх вибір і застосування на практиці визначаються саме за допомогою доцільності [8, с. 114].

4) принцип економії репресії.

Фріс П. Л. писав, що принцип економії репресії має основоположне значення для кримінально-правової політики. Свій вираз він знаходить на всіх стадіях її реалізації. На стадії законотворчості його здійснення означає віднесення до числа злочинних тільки тих діянь, із якими дійсно необхідно боротися кримінально-правовими засобами. Ступінь суспільної небезпеки цих діянь повинен бути таким високим, що застосування інших заходів правового впливу виявляється малоефективним і безрезультатним. В тих випадках і ситуаціях, коли позитивний соціальний ефект боротьби із злочинами може досягатися шляхом застосуванням менш жорстких заходів впливу, використання кримінальної репресії є невідповідним [19, с. 66].

Як зазначає, Кондратішина В. В. принцип економії репресії є співзвучним із принципом доцільності та має основоположне значення для кримінально-виконавчої політики. Передусім, це виражається у вигляді депеналізації [20, с. 61].

Особливо важливим проявом цього принципу кримінально-виконавчої політики є застосування в більшій кількості випадків видів покарань, не пов'язаних з ізоляцією від суспільства, що відображає тенденцію до лібералізації кримінально-виконавчої політики.

5) принцип диференціації та індивідуалізації виконання покарання.

Конопельський В. Я. в результаті аналізу кримінальних та кримінально-виконавчих аспектів диференціації та індивідуалізації покарання прийшов до висновку, що диференціація покарання розрахована на відносно не визначене коло осіб, які вчинили злочин, вона не персоніфікується й не передбачає врахування всіх значущих особливостей кожного випадку вчинення злочину, а індивідуалізація, навпаки, завжди носить персоніфікований, індивідуалізований характер, що передбачає облік саме значущих для кримінального права індивідуальних властивостей злочину й особи ви-

нного в його скоєнні. Інакше кажучи, індивідуалізація поширюється тільки на конкретну, індивідуально визначену особу й на конкретний випадок вчинення злочину. На відміну від диференціації, при індивідуалізації покарання більшою мірою враховується особа винного в злочині і його поведінка [21, с. 158].

Селіверстов В. І. і Шмаров І. В., вважаючи, що цей міжгалузевий принцип є похідним від принципу кримінального права – диференціації та індивідуалізації відповідальності, говорять про те, що в кримінально-виконавчому праві він виражається в диференціація і індивідуалізації виконання і відбування покарання. При цьому диференціація виконання покарання, на їхню думку, означає, що до різних категорій засуджених в залежності від тяжкості скоєних злочинів, попередньої злочинної діяльності, форми вини, поведінки в процесі відбування покарання застосовуються примусовий вплив і обмеження в правах в різних обсягах. Індивідуалізація виконання покарання передбачає врахування вже не групових, а індивідуальних особливостей особистості засудженого при відбуванні покарання і реалізується шляхом зміни правового статусу засудженого в залежності від поведінки при застосуванні заходів заохочення і стягнення [12, с. 17].

За словами Сизої О. А., диференціація і індивідуалізація виконання покарання є двома самостійними міжгалузевими принципами. При цьому під першим принципом вона вважає за необхідне розуміти «розподіл засуджених по групах, за розрядами, категоріями на основі ознак, які вказані в законі або вироблені в практиці виконання покарань, а також засобів і методів, заснованих на основі кримінології, пенітенціарної педагогіки та психології», а другий принцип базується на обліку не групових, а індивідуальних особливостей особистості засудженого і зводиться до «зміни обсягу змісту карально-виховного впливу в залежності від поведінки засудженого і ступеня його виправлення» [22, с. 145-160].

Галузеві принципи – це група принципів кримінально-виконавчої політики, на основі яких безпосередньо здійснюється процес виконання-відбування покарань.

До переліку галузевих принципів належать наступні:

1) принцип раціонального застосування примусових заходів і стимулювання правослухняної поведінки.

Згідно з позицією Зубарєва С. М., галузевий принцип раціонального застосування примусових заходів, засобів виправлення засуджених та стимулювання їх правослухняної поведінки є розвитком положень принципу диференціації та індивідуалізації виконання покарання, який орієнтує персонал органів і установ виконання покарань на здійснення комплексного збалансованого впливу на кожного засудженого в процесі виконання конкретного виду покарання [23, с. 17-18].

Михалко І. С. в результаті глибокого дослідження принципу раціонального застосування примусових заходів і стимулювання правослухняної поведінки на рівні кандидатської дисертації, пропонує своє авторське визначення змісту цього принципу. Так, за її твердженням, принцип раціонального застосування примусових заходів і стимулювання правослухняної поведінки це врегульована нормами кримінально-виконавчого законодавства фундаментальна ідея, яка, пронизуючи двоєдиний процес виконання-відбування покарання, оптимально об'єднує два різновиди правових заходів впливу на засуджених: каральні та стимулюючі, які становлять особливість змісту цього принципу і охоплюються сферою його дії, реалізується спеціально уповноваженими органами й установами в передбачені законом строки та відповідно до цілей кримінального покарання і засобів їх досягнення [24, с. 259].

2) принцип поєднання покарання з виправним впливом.

Селіверстов В. І. та Шмаров І. В. вважають, що поєднання покарання з виправним впливом як галузевий принцип передбачає необхідність супроводу всіх строкових видів покарання (не тільки у вигляді позбавлення волі) застосуванням до засуджених різних заходів виховання. Таке поєднання виконання покарання з заходами виправного впливу утворює, на їхню думку, карально-виховний процес [12, с. 18].

Основні засоби виправного впливу – виправлення та ресоціалізації, які застосовуються разом із покаранням до засудженого, названі у ч. 3 ст. 6 Кримінально-виконавчого кодексу України, до яких належать: встановлений порядок виконання та відбування покарання (режим), суспільно корисна праця, соціально-виховна робота, загальноосвітнє і професійно-технічне навчання, громадський вплив.

Відповідну систему принципів кримінально-виконавчої політики, як нам видається, варто доповнити ще однією групою принципів – **принципами окремих інститутів (напрямів) кримінально-виконавчої політики.**

Кутєпов М. Ю. визначає принципи окремих інститутів кримінально-виконавчої політики як такі, що діють у межах однорідних суспільних

відносин, що належать до конкретного (окремого) інституту галузі [25, с. 146].

Ми пропонуємо принципи інститутів кримінально-виконавчої політики диференціювати за напрямами кримінально-виконавчої політики на:

1) принципи політики у сфері виконання покарань, пов'язаних з ізоляцією;

Серед принципів політики у сфері виконання покарань, пов'язаних з позбавленням волі можемо назвати: принцип роздільного тримання засуджених до позбавлення волі у виправних і виховних колоніях (ст. 92 Кримінально-виконавчого кодексу України); принцип відбування засудженими всього строку покарання в одній виправній чи виховній колонії (ст. 93 Кримінально-виконавчого кодексу України); принцип відбування засудженими покарання у виправній чи виховній колонії у межах адміністративно-територіальної одиниці відповідно до його місця проживання до засудження або місця постійного проживання родичів засудженого (ч. 1 ст. 93 Кримінально-виконавчого кодексу України);

2) принципи політики у сфері виконання покарань, не пов'язаних з ізоляцією.

Яскравим прикладом різновиду принципів політики у сфері виконання покарань, не пов'язаних з ізоляцією є принцип залучення до суспільно-корисної праці, на основі якого здійснюється виконання покарання у виді громадських робіт (ч. 2 ст. 36 Кримінально-виконавчого кодексу України) та виконання покарання у виді виправних робіт (ч. 2 ст. 41 Кримінально-виконавчого кодексу України).

Серед принципів виконання майнових покарань Черненок М. П. називає: принцип реальності виконання, що означає результативність такої діяльності незалежно від способу виконання; принцип раціональності виконання характеризує діяльність органів, що виконують майнові покарання, з погляду її корисності, тобто наскільки передбачені корисні наслідки цієї діяльності не «пригнічуються» побічними шкідливими наслідками; принцип недоторканності особи засудженого у процесі виконання майнових покарань, що означає заборону у будь-якій формі посягати на особисту свободу і гідність засудженого до майнових покарань [26, с. 8].

Висновки. Отже, систему принципів кримінально-виконавчої політики України утворюють загальноправові принципи, до яких належать: демократизм, повага до прав і свобод людини, законність, верховенство права, рівність громадян перед законом, гуманізм, соціальна справедливість, участь громадськості у діяльності органів та установ виконання покарань; міжгалузеві принципи, а саме: диференціація та індивідуалізація виконання покарання, відповідність кримінально-виконавчої політики іншим складовим політики у сфері боротьби зі злочинністю, невідворотність покарання, доцільність, економія репресії, а також галузеві принципи – раціональне застосування примусових заходів і стимулювання правослухняної поведінки, поєднання покарання з виправним впливом тощо. Важливу роль у формуванні та реалізації кримінально-виконавчої політики України відіграють принципи окремих інститутів (напрямів) кримінально-виконавчої політики, які поділяються на принципи політики у сфері виконання покарань, пов'язаних з ізоляцією та на принципи політики у сфері виконання покарань, не пов'язаних з ізоляцією.

Список використаної літератури

1. Степанюк А. Х. Актуальні проблеми виконання покарань (сутність та принципи кримінально-виконавчої діяльності: теоретико-правове дослідження) : дис. … доктора юрид. наук : 12.00.08. / Анатолій Хомич Степанюк. – Х., 2002. – 403 с.

2. Уткин В. А. Курс лекций по уголовно-исполнительному праву. Общая часть / Уткин В. А. – Томск: Изд-во УМЦ ТГУ, 1995. – С. 94 с.

3. Российский курс уголовно-исполнительного права. В 2-х т. Т. 1. Общая часть: учебник/ Е.А. Антонян, Ю.М. Антонян, С.А. Борсученко и др.; подред. В.Е. Эминова, В.Н. Орлова. – М.: МГЮА имени О.Е. Кутафина; ООО «Издательство "Элит"», 2012. – 696 с. – (Библиотека журнала «Российский криминологический взгляд»).

4. Чубраков С. В. Проблема принципов в уголовно-исполнительном праве: история и современность / под ред. В. А. Уткина. – Томск : Издательский Дом ТГУ, 2015. – 128 с.

5. Михалко І. С. Забезпечення принципу раціонального застосування примусових заходів і стимулювання право слухняної поведінки засуджених: монографія / І. С. Михалко. – Х. : Право, 2013. – 200 с.

6. Михалко І. С. Поняття принципів політики у сфері виконання кримінальних покарань / І. С. Михалко // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. : Юриспруденція. – 2014. – № 9-2. – Том 2. – С. 71-72.

7. Кримінально-виконавче право України. Загальна та Особлива частини : підручник / О. М. Литвинов, А. Х. Степанюк, І. С. Яковець, К. А. Автухов, А. П. Гель, С. В. Лосич, Є. С. Назимко; за заг. ред. д.ю.н., проф. О. М. Литвинова та д.ю.н., проф. А. Х. Степанюка. – К.: ВД «Дакор», 2015. – 632 с.

8. Кондратішина В. В. Поняття, задачі та принципи кримінально-виконавчої політики України // Політика у сфері боротьби зі злочинністю України: теоретичні та прикладні проблеми : монографія / за заг. ред. проф. П. Л. Фріса та проф. В. Б. Харченка. – Івано-Франківськ – Харків, 2016. – С. 96-118.

9. Королев Р. В. К вопросу о понятии принципа демократизма в уголовно-исполнительном праве / Р. В. Королев // Бизнес в законе. – 2007. – № 4. – С.125-126.

10. Скакун О. Є. Про принципи кримінально-виконавчого права України / О. Є. Скакун // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2008. – № 41. – С. 55–62.

11. Шейна А. М. Філософсько-правові засади принципу демократизму у праві: дис. … кандидата юрид. наук : 12.00.12. / Шейна Андрій Миколайович . – Львів, 2016. – 217 с.

12. Уголовно-исполнительное право : учеб. для юрид. вузов / под. ред. В. И. Селиверстова. 3-еизд., испр. и доп. – М. : Юриспруденция, 2002. – 368 с.

13. Погребняк С. Принцип верховенства права: деякі теоретичні проблеми / С. Погребняк // Вісник Академії правових наук України. – Х. : Право, 2006. – № 1 (44). – С. 26-36.

14. Уголовно-исполнительное право России: теория, законодательство, международные стандарты, отечественная практика конца XIX – начала XXI века: Учебник для вузов / Под ред.. д. ю. н., проф. А. И. Зубкова. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма , 2006. – 720 с.

15. Рудник Т. В. Реалізація принципу гуманізму при виконанні та відбуванні покарання у виді позбавлення волі: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право»/ Т. В. Рудник – К, 2010. – 22 с.

16. Історія вчень про державу і право : підручник / за ред. проф. Г. Г. Демиденка, проф. О. В. Петришина. – Х. : Право, 2009. – 256 с.

17. Фріс П. Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми. – К. : Атіка, 2005. – 332 с.

18. Дагель П.С. Проблемы советской уголовной политики. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1982. – 124 с.

19. Фріс П. Л. Кримінально-правова політика України: дис. … доктора юрид. наук : 12.00.08. / Фріс Павло Львович. – К., 2005. – 440 с.

20. Кондратішина В. В. Кримінально-виконавча політика України: формування та реалізація: дис. … кандидата юрид. наук : 12.00.08. / Кондратішина Вікторія Вікторівна. – Львів, 2009. – 275 с.

21. Конопельський В. Я. Диференціація та індивідуалізація виконання покарання: кримінальні та кримінально-виконавчі аспекти / В. Я. Конопельський // Південноукраїнський правничий часопис. – 2013. – № 1. – С. 155-158.

22. Сизая Е. А. Принципы уголовно-исполнительного права: вопросы теории и практики. – Чебоксары : ЧКИ РУК, 2008. – 384 с.

23. Зубарев С. М. Уголовно-исполнительное право : конспект лекций. 3-е изд., испр. и доп. – М. : Юрайт-Издат, 2006. – 232 с.

24. Михалко, І. С. Аналіз визначення та змісту принципу раціонального застосування примусових заходів і стимулювання правослухняної поведінки засуджених за українським та російським законодавством [Текст] / І. С. Михалко // Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. пр. / редкол.: В. І. Борисов та ін. – Х.: Право, 2009. – Вип. 18. – С. 249–259.

25. Кутєпов М. Ю. Щодо принципів кримінально-виконавчої політики України / М. Ю. Кутєпов // Науковий вісник Херсонського державного університету. – Серія: Юридичні науки. – Випуск 6-1, том 3. – Херсон, 2014. – С. 144-147.

26. Черненок М. П. Проблеми теорії і практики виконання майнових покарань: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право»/ М. П. Черненок – Х., 2003. – 21 с.

УМОВИ ТА ПОРЯДОК УКЛАДЕННЯ УГОДИ ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ У ПРОВАДЖЕННІ ЩОДО ОСОБЛИВО ТЯЖКИХ ЗЛОЧИНІВ, ВІДНЕСЕНИХ ДО ПІДСЛІДНОСТІ НАЦІОНАЛЬНОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО БЮРО УКРАЇНИ

Сергій ПАСЛАВСЬКИЙ,
здобувач кафедри криміналістики, судової медицини та психіатрії
факультету з підготовки фахівців для підрозділів слідства
Львівського державного університету внутрішніх справ

SUMMARY

The article presents an analysis of legal regulation of the grounds and procedure of the conclusion of agreement on guilt recognition in case of especially grave crimes, which are subject to the jurisdiction of the National Anti-corruption Bureau of Ukraine. Particular attention is paid to the legal status of a person in the conclusion of the agreement on guilt recognition in the proceedings on the above mentioned category of crimes. Typical situation which may emerge in practice and have adverse effect on the suspect's (defendant's) rights and interests are discussed. Furthermore, this paper outlines legal analysis of the most recent judicial precedents in this category of cases.

Key words: agreement on guilt recognition, corruption, organized (group) crime, anti-corruption bureau, cooperation, suspect, defendant, court.

АНОТАЦІЯ

У статті наведений аналіз правового регулювання умов та порядку укладення угоди про визнання винуватості у провадженні щодо особливо тяжких злочинів, віднесених до предметної підслідності Національного антикорупційного бюро України. Особлива увага приділяється правовому становищу підозрюваного (обвинуваченого) під час укладення угоди про визнання винуватості у провадженні щодо вищевказаної категорії злочинів. Моделюються типові ситуації, які можуть мати місце на практиці та негативно позначатись у забезпеченні прав, свобод і законних інтересів підозрюваного (обвинуваченого) в указаній сфері правовідносин. Проводиться аналіз чинної судової практики розгляду справ даної категорії.

Ключові слова: угода про визнання винуватості, корупція, групова злочинність, антикорупційне бюро, співпраця, підозрюваний, обвинувачений, суд.

Постановка проблеми. Кримінальне провадження на підставі угод та, зокрема, угоди про визнання винуватості, є новацією національного кримінального процесуального законодавства, яке ще належним чином у нашій державі не опрацьовано та не обговорено, а тому й викликає неоднозначні оцінки та справедливі критичні зауваження [1, с. 138 – 139]. Доказом цього є хоча б те, що до глави 35 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) вже вносились зміни і доповнення [2; 3].

Удосконалення законодавства в даній сфері правовідносин частково пов'язуємо з тим, що станом на сьогодні в Україні відбувається безпрецедентна боротьба з груповою злочинністю та корупцією. Саме в такий спосіб окреслюється державна політика у сфері протидії злочинності, яка, як зазначає Б.М. Головкін, «виражає ставлення держави до цього суспільно небезпечного явища, політичну волю апарату влади по реагуванню на прояви злочинності, визначає пріоритетні напрями боротьби, засвідчує зусилля щодо створення безпечних умов життя для народу» [4, с. 300]. Ефективна мобільність правоохоронних органів у цьому напрямку демонструє перші результати – притягнення до кримінальної відповідальності представників верхівки державної влади.

Втім, суспільство та авторитетні організації Європейського Союзу вимагали від Верховної Ради України якнайшвидшого прийняття нормативно-правового акта, який би чітко врегульовував порядок формування і діяльність правоохоронного органу, що повинен протидіяти кримінальним корупційним правопорушенням, які вчиняють члени уряду, народні депутати, державні службовці I та II категорій посад, судді, прокурори та інші вищі посадові особи. Наслідком цих вимог стало прийняття Закону України від 14.10.2014 року № 1698-VII «Про Національне антикорупційне бюро України» (далі – Закон № 1698-VII) [5].

Варто зазначити, що з прийняттям Закону № 1698-VII, державна політика у сфері протидії груповій злочинності та корупції не закінчилась. У подальшому було прийнято ще ряд необхідних нормативних актів, які в системному взаємозв'язку з існуючою правовою базою створили міцний фундамент для досягнення чітко визначених державою завдань у цьому напрямку. Однак центральне місце в системі правоохоронних органів, які повинні вести боротьбу з корупцією, відводиться саме Націо-

нальному антикорупційному бюро України (далі – НАБУ).

Протягом останніх чотирьох років у науковій юридичній літературі спостерігається активна дискусія щодо зазначеного правового інституту. Вагомий внесок у дослідження теоретичних та практичних проблем цього інституту зробили В.І. Бояров, М.Й. Вільгушинський, Г.П. Власова, О.Г. Добровольська, Ю.М. Дьомін, А.В. Лапкін, О.О. Леляк, В.Т. Нор, Є.В. Повзик, П.В. Пушкар, М.В. Сіроткіна, В.І. Теремецький, Д.В. Філін, М.І. Хавронюк та інші.

У своїх роботах згадані вчені переважно аналізували питання доцільності запровадження угоди про визнання винуватості в систему вітчизняного законодавства та її практичне значення для органів кримінальної юстиції. Досліджувались переваги даного порядку кримінального провадження над традиційними формами кримінального судочинства. Детально вивчались теоретичні, правові та організаційні основи участі прокурора у кримінальному провадженні на підставі угод. Окрему увагу приділено проблемі процесуального статусу захисника в кримінальному провадженні на підставі угоди про визнання винуватості. Проводилось порівняння вітчизняної угоди про визнання винуватості з класичною угодою про визнання вини, яка притаманна країнам англо-саксонської правової сім'ї. Ґрунтовно досліджувалось питання поняття «угоди про визнання винуватості».

Разом з тим, на фоні проаналізованого наукового доробку досить мало уваги було приділено питанням співпраці правопорушника з прокурором (органом досудового розслідування) під час здійснення кримінального провадження на підставі угоди про визнання винуватості. Без належної уваги залишається ряд питань, пов'язаних з підставами та порядком укладення угоди про визнання винуватості у провадженні щодо особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності НАБУ. На наш погляд, інститут угоди про визнання винуватості потребує першочергового дослідження власне через призму співпраці сторін кримінального провадження, зважаючи на останні зміни у вітчизняному законодавстві. Потребу в цьому також зумовлює вектор державної політики, спрямований на швидке та якісне подолання групової злочинності та корупції в Україні.

Мета статті – розглянути умови та порядок укладення угоди про визнання винуватості у провадженні щодо особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності НАБУ. Для досягнення поставленої мети необхідно проаналізувати чинне законодавство з даного питання; розглянути правове становище підозрюваного (обвинуваченого) під час укладення угоди про визнання винуватості з зазначених підстав; змоделювати типові ситуації, які на практиці можуть негативно позначитися на дотриманні прав та забезпеченні інтересів підозрюваного (обвинуваченого) в даній сфері правовідносин; проаналізувати судову практику розгляду справ даної категорії.

Виклад основного матеріалу. Кримінальні правопорушення, підслідні детективам НАБУ, становлять особливу суспільну небезпеку, яка може проявлятися в заподіянні тяжких наслідків свободам та інтересам фізичної або юридичної особи, які охороняються законом, а також державним чи суспільним інтересам (абз. 2 п. 3 ч. 5 ст. 216 КПК України). Часом масштаби цієї шкоди можуть спричинити незворотні наслідки для невизначеного кола осіб. Разом з тим, з метою запобігання, виявлення чи припинення більшої кількості кримінальних правопорушень, швидшого проведення досудового розслідування та судового провадження, державі та суспільству інколи вигідніше пом'якшити правопорушнику покарання, аніж вдаватись до традиційної процедури притягнення останнього до кримінальної відповідальності. По суті, на підставі цього законодавець і передбачив можливість укладення угоди про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим.

Відповідно до п. 2 ч. 4 ст. 469 КПК України, угода про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладена у провадженні щодо особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності НАБУ, за умови викриття підозрюваним чи обвинуваченим іншої особи у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності НАБУ, якщо інформація щодо вчинення такою особою злочину буде підтверджена доказами.

Однак ще зовсім недавно укладення угоди про визнання винуватості допускалось у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості, тяжких злочинів. На цю законодавчу прогалину звертав увагу В.І. Бояров, який справедливо відзначав, що « … чинний КПК України стосовно осіб, які вчинили особливо тяжкі злочини і співпрацюють зі слідством (обвинуваченням) і причому викривають винних, не передбачає і не гарантує або звільнення особи від покарання або отримання заздалегідь обговореного строку позбавлення волі» [6, с. 82]. Думка науковця була цілком аргументованою, оскільки позитивна посткримінальна поведінка підозрюваного (обвинуваченого) не давала йому ніяких правових гарантій того, що взамін за активну співпрацю з органом досудового розслідування останній отримає від держави певні «пільги». Внесення доповнень до ч. 4 ст. 469 КПК України щодо можливості укладення угоди

про визнання винуватості у провадженні щодо особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності НАБУ, ознаменувало про початок нового підходу в боротьбі з груповою злочинністю та корупцією у найвищих ешелонах державної влади.

Згідно з ч. 5 ст. 216 КПК України, детективи НАБУ, за конкретно визначених умов, здійснюють досудове розслідування злочинів, передбачених статтями 191, 206-2, 209, 210, 211, 354 (стосовно працівників юридичних осіб публічного права), 364, 366-1, 368, 368-2, 369, 369-2, 410 Кримінального кодексу України (далі – КК України). Це, власне кажучи, ті злочини, які найчастіше вчиняють службові особи, внаслідок чого підривається довіра суспільства до всієї системи органів державної влади.

Вказані злочини у більшості випадків вчиняються декількома особами, які поєднані спільним умислом та переслідують спільну мету. Тобто має місце прояв групової злочинної діяльності, яка, як вказує Р.А. Сербин, «являє собою підвищену суспільну небезпеку, адже у процесі її здійснення об'єднуються зусилля кількох осіб із метою досягнення злочинних наслідків, які є більш значними, ніж у результаті дій однієї особи» [7, с. 88].

Чинниками, які перешкоджають у притягненні до кримінальної відповідальності співучасників вищевказаних складів злочинів, виступають, як правило, корпоративна ідеологія та кругова порука. Перший чинник, на жаль, глибоко і міцно осів у свідомості державних службовців: мовляв: не дбає про нас держава, подбаємо про себе самі. Другий – чиновницька солідарність зі своїми колегами по фаху, які, за «дивним збігом обставин», опинились в полі зору правоохоронних органів.

Зауважимо, що п. 2 ч. 4 ст. 469 КПК України виділяє три обов'язкові умови, за наявності яких угода про визнання винуватості може бути укладена в провадженні щодо особливо тяжких злочинів:

- особливо тяжкий злочин повинен бути віднесений до підслідності НАБУ;
- викриття іншої особи у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності НАБУ;
- інформація щодо вчинення такою особою злочину повинна бути підтверджена доказами.

Перша умова лежить у площині предметної (родової) підслідності НАБУ як правоохоронного органу. Головним завданням підслідності є недопущення дубляжу, тобто виконання однієї і тієї ж роботи двома й більше суб'єктами [8, с. 156], що може негативно позначитися на результатах досудового розслідування загалом. Тому законодавець визначив критерії розмежування повноважень між НАБУ та рештою органів досудового розслідування.

Класифікація злочинів залежно від ступеня їх тяжкості визначається КК України. Так,особливо тяжким злочином є злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад двадцять п'ять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, позбавлення волі на строк понад десять років або довічного позбавлення волі (ч. 5 ст. 12 КК України).

Особливо тяжкі злочини становлять найвищий ступінь суспільної небезпеки у порівнянні зі злочинами тяжкими, середньої та невеликої тяжкості. Суспільна небезпечність як матеріальна ознака злочину полягає в тому, що діяння або заподіює шкоду суспільним відносинам, які охороняються кримінальним законом, або містить у собі реальну можливість заподіяння такої шкоди [9, с. 32]. Тому, враховуючи обсяг цієї небезпеки, законодавець доповнив КПК України нормою, відповідно до якої між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладена угода про визнання винуватості у провадженні щодо особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності НАБУ. Наслідком укладення даного виду угоди повинно стати викриття іншої особи у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності НАБУ. Такий підхід законодавця можна пояснити тим, що злочини, підслідні НАБУ, становлять особливу загрозу державним та/або суспільним інтересам, відтак виявлення даної категорії злочинів та викриття осіб, які їх вчинили, становить пріоритет для правоохоронної системи держави.

Друга умова полягає у викритті підозрюваним (обвинуваченим) іншої особи у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності НАБУ.

З цього питання в абз. 3 п. 8 Постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – пленум ВССУ) «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод» від 11.12.2015 року № 13 даються такі роз'яснення: «підозрюваний чи обвинувачений у такому злочині попередньо (до укладення угоди про визнання винуватості) викрив іншу особу у вчиненні злочину, який віднесено до підслідності НАБУ (незалежно від ступеня тяжкості вчиненого останнім діяння та в межах якого кримінального провадження здійснюється досудове розслідування)» [10].

Головна суть вказаного роз'яснення зводиться до того, що підозрюваний (обвинувачений) повинен викрити іншу особу у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності НАБУ, попередньо, до самого моменту укладення угоди. Вважаємо таке формулювання дещо неприйнятним з точки зору забезпечення інтересів сторони захисту. На обґрунтування нашої позиції зазначимо, що чинний КПК України не передбачає відповідної норми, яка б гарантувала підозрюваному (обвинуваченому)

стовідсоткове укладення угоди про визнання винуватості, навіть за умови викриття ним іншої особи у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності НАБУ. У такій ситуації стороні захисту залишається лише сподіватись на добросовісність та порядність прокурора.

Пленум ВССУ в абз. 4 п. 10 вищевказаної постанови також звертає увагу на те, що «судам слід відмежовувати таку субсидіарну складову змісту угоди про визнання винуватості, як обов'язки підозрюваного чи обвинуваченого щодо співпраці у викритті кримінального правопорушення, вчиненого іншою особою, від викриття підозрюваним чи обвинуваченим іншої особи у вчиненні злочину, яке є однією із обов'язкових умов, виконання якої поряд з іншими умовами слугує підставою для укладення угоди про визнання винуватості у кримінальному провадженні стосовно особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності НАБУ» [10].

Висловлена правова позиція відображає волю законодавця, який, як нам видається, вважав, що викриття підозрюваним (обвинуваченим) кримінального правопорушення, вчиненого іншою особою (незалежно від предметної підслідності) буде недостатнім для укладення угоди про визнання винуватості у провадженні щодо особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності НАБУ. Тому в законі було чітко передбачено спеціальну умову – викриття підозрюваним чи обвинуваченим іншої особи у вчиненні злочину. Під викриттям розуміємо процес доведення причетності особи до вчинення злочину, тобто збирання уповноваженим суб'єктом доказів та формування достовірного висновку про вчинення злочину саме цією особою.

Третя умова передбачає необхідність підтвердження доказами інформації щодо вчинення іншою особою злочину, віднесеного до підслідності НАБУ.

Варто наголосити на тому, що за даних умов закон покладає на підозрюваного (обвинуваченого) обов'язок надати органу досудового розслідування таку інформацію вже з моменту ініціювання укладення угоди про визнання винуватості. Сутність вказаного обов'язку полягає у вчиненні підозрюваним (обвинуваченим) активних дій, які сприятимуть здобуттю доказової бази, достатньої для доведення вини іншої особи у вчиненні злочину.

Такі дії, наприклад, можуть полягати в наданні слідству вичерпних та достовірних показань (в якості підозрюваного або свідка) щодо конкретних обставин кримінального провадження, з яких вбачається причетність іншої особи до вчинення злочину, віднесеного до підслідності НАБУ. Або ж, з метою викриття іншої особи, підозрюваний (обвинувачений) може представити правоохоронцям відповідні речові докази та/або документи чи вказати на їхнє місцезнаходження.

Не останньою в даній процедурі є роль захисника, участь якого обов'язкова у разі укладення угоди між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим – з моменту ініціювання укладення такої угоди (п. 9 ч. 2 ст. 52 КПК України). Тому захисник, будучи наділений певним обсягом процесуальних прав, повинен активно сприяти укладенню угоди про визнання винуватості. Він, для прикладу, має право збирати докази шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювати проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій; здійснювати інші дії, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів (ч. 3 ст. 93 КПК України).

У подальшому вся сукупність зібраних за сприяння сторони захисту доказів повинна бути піддана ретельній оцінці, а «оцінити докази, як вказує Є.Г. Коваленко, – означає визначити їх силу, переконливість, придатність» [11, с. 114]. Характерною особливістю даних правовідносин є те, що виключно прокурор на даній стадії кримінального провадження має право давати оцінку доказам, які підтверджують інформацію про вчинення іншою особою злочину, віднесеного до підслідності НАБУ. Відповідно до вимог ч. 1 ст. 94 КПК України прокурор за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінює кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення.

Тому для того, аби притягнути іншу особу до кримінальної відповідальності за вчинення злочину, віднесеного до підслідності НАБУ, прокурору потрібно всебічно оцінити ту частину доказів, яка була надана стороною захисту або здобута органом досудового розслідування за сприяння підозрюваного (обвинуваченого). Визначальним у цій ситуації, на нашу думку, повинен бути критерій достатності, який визначає переконливість обсягу доказів, необхідного для прийняття законного і обґрунтованого рішення (укладення угоди про визнання винуватості). Однак критерій достатності, в кожному окремому випадку, може бути різний, залежно від конкретних обставин кримінального провадження. На практиці це може вилитись в про-

блему, яка в переважній більшості випадків цілком імовірно призведе до настання негативних чи небажаних наслідків для сторони захисту.

Ризик у тому, що прокурор, будучи зацікавленим у притягненні особи до кримінальної відповідальності по всій суворості закону, може без жодних на те пояснень відмовитись від укладення угоди про визнання винуватості, при цьому взагалі не мотивуючи своєї позиції. Проте до цього моменту підозрюваний (обвинувачений) викрив, по суті, себе у вчиненні кримінального правопорушення, та ще й іншу особу, до котрої в правоохоронних органів відразу ж з'явиться багато запитань, що негативно позначиться на її репутації та інтересах. Не виключено, що стосовно неї будуть проводитись негласні слідчі (розшукові) дії.

Отже, проаналізувавши обов'язкові умови, за наявності яких угода про визнання винуватості може бути укладена в провадженні щодо особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності НАБУ, можемо обґрунтовано констатувати, що на даний час існує серйозна проблема в ефективному забезпеченні законних прав та інтересів підозрюваного (обвинуваченого) у вказаній сфері правовідносин.

Як нами вказувалось вище, однією з умов для укладення угоди про визнання винуватості у провадженні щодо особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності НАБУ, є обов'язок підозрюваного (обвинуваченого) викрити іншу особу у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності НАБУ. Згідно з правовою позицією пленуму ВССУ, таке викриття повинно відбуватись до укладення самої угоди про визнання винуватості. Однак, навіть при виконанні цієї умови, чинний закон не гарантує підозрюваному (обвинуваченому), що угоду з ним буде укладено. На наш погляд, трактування правової норми (п. 2 ч. 4 ст. 469 КПК України) в такий спосіб, по суті, межує з несправедливістю в розумінні забезпечення прав та інтересів особи, яка притягається до кримінальної відповідальності. Вважаємо, що за даних обставин правопорушнику доцільніше було б іти на співпрацю з органом досудового розслідування, в тому числі і викривати іншу особу у вчиненні злочину, лише після затвердження попередньо укладеної угоди судом. Саме тоді відпадуть усі ризики, які можуть негативно позначитися на правовому становищі підозрюваного (обвинуваченого).

Що стосується змісту угоди про визнання винуватості у провадженні щодо особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності НАБУ, дозволимо собі висловити наступну точку зору. Даний документ, окрім передбачених ст. 472 КПК України умов, повинен містити лише загальну інформацію щодо іншої особи, яку підозрюваний (обвинувачений) зобов'язується викрити у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності НАБУ. В угоді також слід чітко зазначити увесь перелік доказів, які особа зобов'язується представити органу досудового розслідування в майбутньому, проте не вказувати їхнє місцезнаходження. По суті це убезпечить невизначене коло осіб від можливого порушення їхніх прав та дотримання розумного балансу між інтересами сторін кримінального провадження. А у випадку передбачення в угоді будь-яких інших обов'язків підозрюваного (обвинуваченого) щодо сприяння у проведенні кримінального провадження, їх необхідно чітко конкретизувати, оскільки відсутність конкретизації може стати підставою для відмови в затвердженні угоди. На обґрунтування висловленої позиції наведемо два приклади з судової практики.

Так, у справі № 666/2707/15-к ухвалою Дніпровського районного суду м. Херсона від 19 травня 2015 року відмовлено в затвердженні угоди про визнання винуватості в кримінальному провадженні № 12015230030001501 за обвинуваченням ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, укладеної між прокурором прокуратури Дніпровського району м. Херсона та підозрюваною ОСОБА_1 у вчиненні злочинів, передбачених ч. 2 ст. 302, ч. 1 ст. 303 КК України.

Відмовляючи в затвердженні угоди, суд виходив з того, що, відповідно до п.2 б) наданої угоди, на ОСОБА_1 ***покладено обов'язок сприяти розслідуванню кримінального провадження.***

Проте відсутність конкретизації сутності таких зобов'язань, зокрема того, про яке саме кримінальне провадження йде мова, по-перше, не дає суду змоги пересвідчитися у реальності й можливості їх виконання, по-друге, зважаючи на передбачені ст.476 КПК України наслідки невиконання угоди, вже на етапі укладення такої угоди виникає неабияка ймовірність її подальшого скасування [12].

Аналогічно у справі № 666/228/16-к ухвалою Дніпровського районного суду м. Херсона від 1 лютого 2016 року відмовлено в затвердженні угоди про визнання винуватості в кримінальному провадженні № 12015230030004579 за обвинуваченням ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, укладеної між прокурором Херсонської місцевої прокуратури та підозрюваною ОСОБА_1 у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 309 КК України.

Відмовляючи в затвердженні угоди, суд виходив з того, що, відповідно до п.2 б) наданої угоди, на ОСОБА_1 ***покладено обов'язок сприяти розслідуванню кримінального провадження, виявленню та припиненню інших відомих йому подібних кримінальних правопорушень.***

Втім відсутність конкретизації сутності та-

ких зобов'язань, зокрема того, про яке саме кримінальне провадження йде мова, в якій формі та як саме обвинувачений зобов'язаний сприяти виявленню та припиненню інших відомих йому кримінальних правопорушень, по-перше, не дає суду змоги пересвідчитися в реальності й можливості їх виконання, по-друге, зважаючи на передбачені ст.476 КПК України наслідки невиконання угоди, вже на етапі укладення такої угоди виникає неабияка ймовірність її подальшого скасування [13].

При цьому слід ураховувати, що баланс інтересів сторони обвинувачення забезпечується правом прокурора на звернення до суду з клопотанням про скасування вироку, яким було затверджено угоду про визнання винуватості у разі її невиконання (ч. 1 ст. 476 КПК України). Більше того, умисне невиконання вказаної угоди (ч. 5 ст. 476 КПК України) тягне за собою не лише скасування вироку, але також є підставою для притягнення особи до кримінальної відповідальності за ст. 389-1 КК України. Це, власне, ті правові запобіжники, які повинен враховувати підозрюваний (обвинувачений) при укладенні угоди про визнання винуватості.

У контексті вищенаведеного не можна залишити поза увагою ситуацію, коли засуджений все-таки не виконав взяті на себе зобов'язання, або виконав їх не повністю з причин, що не залежали від його волі. Тобто викрити іншу особу у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності НАБУ, не вдалося, проте не було умисного невиконання угоди про визнання винуватості. Доповнюючи висловлену думку, зауважимо, що на практиці можливі випадки, особливо під час розслідування злочинів в сфері службової діяльності, коли в угоді про визнання винуватості був передбачений обов'язок особи надати слідству конкретні документи, які становлять доказову базу в кримінальному провадженні або ж вказати на їхнє місцезнаходження, проте дійсні документи були замінені на фіктивні іншим співучасником або знищені шляхом підпалу. Через те обставини вчинення окремого кримінального правопорушення, його тяжкість, кількість епізодів та учасників злочинного угруповання можуть негативно впливати на формування доказової бази, достатньої для повідомлення іншій особі про підозру [14, с. 177].

Законом передбачено, що суд своєю ухвалою скасовує вирок, яким затверджена угода, якщо особа, яка звернулася з відповідним клопотанням, доведе, що засуджений не виконав умови угоди. Наслідком скасування вироку є призначення судового розгляду в загальному порядку або направлення матеріалів провадження для завершення досудового розслідування в загальному порядку, якщо угода була ініційована на стадії досудового розслідування (ч. 3 ст. 476 КПК України). Отже, після скасування вироку, яким була затверджена угода про визнання винуватості, питання про притягнення особи до кримінальної відповідальності буде вирішуватися в загальному порядку. І, власне кажучи, з приводу цього постає логічне запитання: як у подальшому розцінювати дії підозрюваного (обвинуваченого), який на виконання угоди про визнання винуватості у провадженні щодо особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності НАБУ, активно сприяв у викритті іншої особи у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності НАБУ, проте викрити останню не вдалося з причин, що не залежали від волі засудженого?

Необхідно зауважити, що судова практика розгляду справ даної категорії на сьогодні відсутня. На час написання нами статті в Єдиному державному реєстрі судових рішень не виявилось жодного вироку, яким би затверджувалась угода про визнання винуватості у провадженні щодо особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності НАБУ. Через те було неможливо провести узагальнюючий аналіз предметно-практичної діяльності судів з даного роду питань. Не дає роз'яснення вищевказаного питання і чинна Постанова пленуму ВССУ з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод» від 11.12.2015 року № 13.

Попри відсутність правових позицій стосовно досліджуваного нами питання, приходимо до переконання, що дії засудженого, пов'язані з викриттям іншої особи у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності НАБУ, навіть у випадку, коли вони не увінчалися успіхом, необхідно трактувати як реальне прагнення останнього мінімізувати розмір шкоди, завданий державним та/або суспільним інтересам внаслідок вчинення ним суспільно небезпечного діяння. Даного роду позитивна посткримінальна поведінка свідчить про те, що особа вирішила стати на шлях виправлення, тобто стала менш суспільно небезпечною, аніж була до вчинення особливо тяжкого злочину, підслідного НАБУ. З огляду на зазначене вище, пропонуємо визнавати співпрацю засудженого з органом досудового розслідування щодо викриття іншої особи у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності НАБУ, обставиною, яка пом'якшує покарання. Таким чином, у випадку невиконання засудженим угоди про визнання винуватості, яка передбачала вищевказаний обов'язок, і притягнення його до кримінальної відповідальності в загальному порядку з подальшим призначення покарання, суд, з урахуванням положень ч.2 ст. 66 КК України, повинен визнати факт його попередньої співпраці з органом досудового розслідування як обставину, що пом'якшує пока-

рання. Введення висловленої нами пропозиції в судову практику забезпечить дотримання принципу індивідуалізації кримінального покарання.

За результатами проведеного дослідження можемо відзначити, що в чинному КПК України та судовій практиці існує очевидний дисбаланс правових гарантій стосовно забезпечення прав, свобод і законних інтересів підозрюваного (обвинуваченого) під час укладення угоди про визнання винуватості у провадженні щодо особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності НАБУ. Такий стан речей ставить під сумнів дотримання принципу змагальності сторін кримінального провадження під час застосування даної процедури. Поряд з тим, законодавча регламентація даного різновиду угоди про визнання винуватості говорить про те, що державна політика у сфері боротьби з груповою злочинністю і корупцією вміло пристосовується до сучасних суспільно-політичних умов. Не буде зайвим наголосити й на тому, що зазначений правовий механізм був просто необхідним для подолання системних проявів згаданих негативних явищ на найвищих щаблях державної влади. Отже, на наше глибоке переконання, угода про визнання винуватості у провадженні щодо особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності НАБУ, має вагомі перспективи для широкого практичного застосування.

Висновки. У статті детально проаналізовано чинне законодавство, яке визначає умови та порядок укладення угоди про визнання винуватості у провадженні щодо особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності НАБУ. Проаналізовано правове становище підозрюваного (обвинуваченого) під час укладення даного різновиду угоди. У результаті цього встановлено, що на даний час існує серйозна проблема в забезпеченні прав, свобод і законних інтересів останнього. Суть проблеми полягає у відсутності чітко визначених правових гарантій укладення з підозрюваним (обвинуваченим) угоди про визнання винуватості, навіть при умові викриття ним іншої особи у вчиненні злочину, підслідного НАБУ та надання слідству доказів або сприяння у їх отриманні. Змодельовано типові ситуації, які на практиці можуть негативно позначитися на правовому становищі підозрюваного (обвинуваченого) в даній сфері правовідносин. Встановлено, що на даний час, окрім Постанови пленуму ВВСУ з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод» від 11.12.2015 року № 13, відсутня будь-яка інша судова практика розгляду справ даної категорії. Висловлено пропозицію визнавати факт співпраці засудженого з органом досудового розслідування (у разі невиконання угоди про визнання винуватості) як обставину, що пом'якшує покарання.

Список використаних джерел

1. Безрядін О.В. Кримінальне провадження на підставі угоди про визнання винуватості / О.В. Безрядін // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2014. – № 1. – С. 137 – 144 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/bmju_2014_1_37.pdf

2. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб» від 23.05.2013 року № 314-VII / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/314-18/paran185#n185

3. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» від 12.02.2015 року № 198-VIII / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/198-19

4. Головкін Б.М. Корислива насильницька злочинність в Україні: феномен, детермінація, запобігання: монографія / Б.М. Головкін. – Х.: Право, 2011. – 432 с.

5. Закон України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14.10.2014 року № 1698-VII / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1698-18

6. Бояров В.І. Деякі питання застосування угоди про визнання винуватості / В.І. Бояров // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 2. – С. 79 – 83.

7. Сербин Р.А. Групова злочинність в Україні: поняття та особливості / Р.А. Сербин // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки. – 2014. – № 1 (Том 3). – С. 88 – 92.

8. Патик А.А. Підслідність злочинів на досудовому розслідуванні за новим Кримінальним процесуальним кодексом України / А.А. Патик // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України. – 2014. – № 2. – С. 155 – 164.

9. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Вид. третє, переробл. та доповн. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2006. – 1184 с.

10. Постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод» від 11.12.2015 року № 13 / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-15

11. Коваленко Є.Г. Кримінальний процес України: Навч. посіб. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 576 с.

12. Ухвала Дніпровського районного суду м. Херсона від 19 травня 2015 року у справі № 666/2707/15-к / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44234097

13. Ухвала Дніпровського районного суду м. Херсона від 1 лютого 2016 року у справі № 666/228/16-к / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55372547

14. Паславський С.І. Прокурорський контроль за виконанням засудженими угоди про визнання винуватості / С.І. Паславський // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки. – 2014. – № 2 (Том 4). – С. 175 – 179.

ВОИНСКИЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПО УГОЛОВНОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ. (ПРИЗНАКИ И СИСТЕМА)

Сергей ХАРИТОНОВ,
кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права № 2
НЮУУ имени Ярослава Мудрого

SUMMARY

This article is devoted to the analysis of mandatory signs of crimes against the order of passing of the military service set out by Section XIX of the Criminal Code of Ukraine «Military crimes». The specificity of the social danger of military crimes, penal military illegality, culpability and punishability of military servicemen (conscripts) is considered. We propose the system of military crimes in the basis of which specific objects are laid in.

Keywords: military crime, military servant, armed forces, military service.

* * *

В статье проанализированы обязательные признаки преступлений против порядка прохождения воинской службы, предусмотренных разделом XIX УК Украины «Воинские преступления». Рассмотрена специфика общественной опасности воинских преступлений, военно-уголовной противоправности, виновности и наказуемости военнослужащих (военнообязанных). Предложена система воинских преступлений, в основу которой легли видовые объекты.

Ключевые слова: воинские преступления, военнослужащий, вооруженные силы, военная служба.

Вводная часть (введение). Защита суверенитета, территориальной целостности, неприкосновенности государства, обеспечение его экономической и информационной безопасности возлагается на вооруженные силы страны и иные воинские формирования, созданные в соответствии с законом. Обороноспособность государства зависит от способности военнослужащих во время прохождения (несения) воинской службы самому находиться на должном уровне боевой подготовки, а также соответственно содержать оружие и военную технику для того чтобы с максимальной эффективностью отразить вооруженное нападение со стороны иного государства. Поэтому всегда будут актуальными вопросы охраны общественных отношений, существующих в сфере прохождения (несения) военной службы.

Анализ последних исследований и публикаций. Вопросы уголовной ответственности за воинские преступления за период независимости Украины исследовались в работах следующих авторов: Г.В. Андрусев, В.М. Белоконев, П.П. Богуцкий, В.П. Бондаевский, В.А. Бугаева, В.К. Грищук, М.И. Карпенко, М.И. Мельник, В.А. Навроцкий, Н.И. Панов, Н.И. Хавронюк, Г.И. Чангули и другие.

Цель статьи – проанализировать признаки воинского преступления и систему воинских преступлений.

Изложение основного материала. Понятие воинского преступления базируется на родовом понятии преступления, сформулированном в ч.1 ст. 11 УК Украины (далее УК) «Преступлением признается предусмотренное настоящим Кодексом общественно опасное виновное деяние (действие или бездействие), совершенное субъектом преступления» и является производным от него. Традиционно в науке уголовного права выделяют четыре обязательных признака, присущих любому преступлению.[1;2;3] Общественная опасность как материальный признак означает то, что преступление причиняет существенный вред общественным отношениям, охраняемым уголовным законом, или ставит их в реальную угрозу причинения вреда; противоправность как формальный признак означает что (nullum crimen sine lege) нет преступления без указания на то в законе; виновность олицетворяет принцип субъективного вменения (наказанию подлежит лишь то лицо, которое совершило общественно опасное деяние умышленно или по неосторожности); и, наконец, наказуемость, как четвертый признак преступления характеризуется тем, что, во-первых, преступление запрещено законодателем именно под угрозой применения наказания и, во-вторых, лица, преступившие такой запрет, подвергаются реальному претерпиванию наказания. [4, 92] Вместе с тем воинское преступление имеет ряд специфичных признаков, присущих только ему и вытекающих из содержания ст.401 УК (Понятие воинского преступления). Этими признаками являются:

1) отдельный и относительно самостоятельный объект этих преступлений (родовой объект) – общественные отношения, складывающиеся и функционирующие при прохождении (несении)

военнослужащими (военнообязанными во время прохождения ими учебных (проверочных) или специальных сборов) воинской службы, которые являются основой нормальной деятельности Военной организации Украины;

2) специальный субъект преступления – военнослужащий, а также военнообязанный во время прохождения учебных (проверочных) или специальных сборов;

3) так называемая «воинская противоправность» - признание деяния преступным только в том случае, когда оно непосредственно предусмотрено соответствующей статьей XIX раздела УК Украины и одновременно связанное с нарушением норм законодательства, которое регулирует порядок несения военной службы и правила общежития в воинских коллективах.

Общественная опасность преступления находится в прямой зависимости от социальной ценности тех общественных отношений, на которые оно реально посягает. Эта зависимость находит свое выражение в четкой формуле: «при всех равных условиях общественная опасность преступления тем выше, чем важнее, значимее общественные отношения, которые оно нарушило». [16; 71] Некоторые авторы придают объекту уголовно-правовой охраны еще большее значение в формировании характера общественной опасности, считая его чуть ли не единым фактором в этом процессе. [17; 19]

Общественная опасность воинских преступлений довольно существенна. И ее содержание обусловлено спецификой общественных отношений (родового объекта), которым причиняется вред (ставятся в реальную угрозу причинения вреда) воинскими преступлениями. Порядок прохождения (несения) воинской службы, как родовой объект, определенный Конституцией Украины, воинскими уставами, отдельными законами, приказами министра обороны и иных соответствующих военачальников, инструкциями, наставлениями и другими подзаконными нормативно-правовыми актами регулирует порядок жизнедеятельности и функционирования Вооруженных Сил Украины и иных воинских формирований, созданных в соответствии с законом. Причинение вреда данным общественным отношениям ведет к более серьезным последствиям, а именно нарушению нормальной деятельности военной организации государства, что в свою очередь влияет на ее боеготовность, способность выполнять специфические задачи, возложенные на нее, и как следствие несет угрозу ценности более высоко порядка – безопасности государства. Основной задачей военной организации любого государства является обеспечение военной безопасности государства. Под этим термином следует понимать такое состояние обороноспособности государства и его межгосударственные отношения, при котором вероятность вооруженного нападения со стороны других государств (внешний фактор) либо попытки смены государственной власти неконституционными способами изнутри страны (внутренний фактор) сводятся к минимуму, поскольку не одна из сторон не имеет побудительных мотивов для развязывания боевых действий против другой стороны.

Поэтому для решения военной организацией задач военной безопасности предусмотрен особый порядок функционирования государственных органов и формирований, которые входят в его структуру, выполнения должностных обязанностей объединённых в ней людей путем прохождения воинской службы в тех или иных организациях, исходя из целей военной безопасности и необходимости применения военных средств для ее достижения.

Исходя из этого, общественная опасность воинских преступлений выражается в причинении существенного вреда либо создании реальной угрозы причинения такого вреда интересам военной безопасности государства в сфере его обороноспособности и, соответственно, отличается повышенной степенью общественной опасности. И этот вред (угроза причинения вреда) возникает вследствие нарушения военнослужащим (военнообязанным) соответствующих правил несения воинской службы.

Не следует забывать и о том, что воинские формирования – это вооруженные формирования, обладающие предметами, которые представляют повышенную опасность для окружающих, в которых заложена большая потенциально разрушительная энергия, что существенно повышает их степень общественной опасности, т.к. воинские преступления причиняют вред и ценностям иного уровня: жизни, здоровью, неприкосновенности, собственности и т.п.

Противоправность как признак преступлений против военной службы, как уже отмечалось, в том, что все эти преступления предусмотрены только в разделе XIX УК Украины. Иные, общеуголовные преступления, совершенные военнослужащими (кража, изнасилование, бандитизм и т.д.), необходимо квалифицировать по другим разделам УК Украины. Специфика воинских преступлений заключается, прежде всего, в специальной, назовем ее, военно-уголовной противоправности. Суть

военно-уголовной противоправности означает то, что деяние нарушает не только уголовно-правовое предписание (запрет), образовывая содержание уголовно-правовой нормы, а одновременно признается противоправным нормами иных отраслей права, как правило, военного и административного права, чьи нормы регулируют функционирование военной организации государства и порядок прохождения воинской службы. Соответственно при специальной противоправности нарушаемая норма содержится не только в уголовном законе, а и в иных (не уголовных) законах или подзаконных нормативно-правовых актах. И эти нормативно-правовые акты регулируют определенные аспекты (стороны) военной службы. Военнослужащий, совершая преступление, нарушает, как минимум, два запрета, один, содержащийся в соответствующей статье XIX раздела УК Украины, второй либо «общевойсковой», который находится в военных уставах или в соответствующих законах, имеющих общий характер, либо специальный, который содержится в подзаконных актах (положениях, инструкциях, наставления и т.п.). Специфика воинской службы, как вида государственной службы особого характера, вместе с иным выражается в том, что все ее компоненты имеют четкую правовую регламентацию в специальных нормативно-правовых актах.

Вследствие того, что все воинские преступления имеют специальную противоправность и посягают на разнообразные аспекты (стороны) порядка прохождения воинской службы, которые закреплены в специальном законодательстве, большинство диспозиций XIX раздела УК Украины имеют бланкетный характер. Эти нормы, по сути, не устанавливают полного содержания уголовно-правового запрета [5, 235-247; 6, 107-123] (диспозиция не очерчивает признаки состава преступления или очерчивает не все его признаки), ее содержание определяется не только законом об уголовной ответственности а и нормами военного и административного законодательства. Исходя из этого, сущность бланкетных признаков конкретного воинского преступления зависит от другой, в большинстве случаев, подзаконной нормы, которая относится к иной отрасли права. Это в свою очередь обуславливает трудности при квалификации преступления, т.к. необходим системный анализ правил поведения военнослужащего, которые находятся за пределами уголовно-правового регулирования.

Виновность, как обязательный признак преступлений против военной службы, означает, что воинским преступлением может быть только виновно совершенное общественно опасное деяние. По своему содержанию виновность (вина) есть психическое отношение лица к общественно опасному деянию (действию или бездействию) и его общественно опасным последствиям. Воинская специфика заключается в предметном содержании вины. Виновность в воинских преступлениях отражает воинскую природу общественно опасного деяния (нарушения правил прохождения воинской службы) и наступивших последствий (причинение существенного вреда или создания реальной угрозы, причинения вреда нормальной деятельности военной организации государства). Отдельного внимания заслуживает вопрос о наличии у военнослужащего реальной возможности осознавать, что его деяние нарушает определенные правила прохождения воинской службы, и я является не только общественно опасным, но и противоправным. В настоящее время, когда воинская служба связана с использованием высокотехнологичного оборудования, когда вчерашний «гражданский» погружается в специфические воинские отношения требовать от него выполнения определенных правил поведения возможно лишь при надлежащем уровне подготовки, которая зависит от его командиров (начальников). И, как следствие, в данном случае не в полной мере действует конституционный принцип «незнание закона не освобождает от уголовной ответственности». Лицо, которое, например, должным образом не было подготовлено к несению караульной службы или боевого дежурства и приказом назначено в суточный наряд, связанный именно с прохождением этих видов служб, нельзя привлекать к уголовной ответственности за нарушения порядка несения этих служб, если эти нарушения специфические, понятные только лишь военнослужащему с определенным багажем знаний (умений), а лицо, которое не обладает этими знаниями, соответственно, не осознает свое нарушение, не предвидит и не может предвидит возможности наступления общественно опасных последствий.

Наказуемость преступлений против воинской службы характеризуется тем, что за все воинские преступления предусмотрены конкретные виды и размеры наказания. При чем некоторые виды наказания являються специальными, применение которых возможно только лишь в отношении военнослужащих (содержание в дисциплинарном батальоне, служебные ограничения для военнослужащих). Под наказуемостью следует понимать не реальное наказание и не факт его назначение за конкретное воинское преступление, а установленню законом возможность применить наказание

за каждый случай совершения деяния, предусмотренного разделом XIX УК Украины.

Наличие всех вышерассмотренных признаков создает содержание понятия воинского преступления, нормативно закрепленного в ст. 401 УК Украины. В то же время отсутствие хотя бы одного из этих признаков исключает возможность признания того или иного деяния как преступления против порядка прохождения военной службы (воинского преступления).

Определение систем преступлений, в том числе и воинских, имеет важное теоретическое и практическое значение, поскольку дает возможность не только упорядочить их в относительно стройную, логически согласованную систему, но и более четко и полно установить наиболее существенные черты (признаки), которые им присущи и по которым они отличаются одно от другого и от смежных (невоинских) преступлений. Система воинских преступлений как ограниченный во внешней среде и взаимодействующий с ней объект, состоящий из относительно самостоятельных, но взаимосвязанных компонентов, обладающих интегративностью и имержентностью [7, 53], обладает своим системообразующим критерием, которым является родовой объект преступлений против порядка прохождения военной службы. Под родовым объектом воинских преступлений, как уже было отмечено, следует понимать общественные отношения, складывающиеся и функционирующие при прохождении определенными категориями лиц воинской службы, являющиеся основой нормальной деятельности Военной организации Украины. Предложенное решение проблемы родового объекта воинских преступлений носит паллиативный характер и не дает возможность определить его внутреннюю структуру. Для более углубленного его решения необходимо использовать иную категорию – «видовой (подгрупповой) объект», который выступает в качестве звена, соединяющего родовой объект с непосредственным и во многом определяет фактические, социальные и юридические признаки преступлений (определенной их группы), которые посягают на один и тот же родовой объект. [8, 754] Видовой (подгрупповой) объект по определению Е.А. Фролова соотносится с родовым как часть с целым или как вид и род. Потребность в нем возникает когда в середине большой группы родственных общественных отношений (родовой объект), которые заслуживают единой комплексной уголовно-правовой охраны, нормами одного и того же раздела, есть основания выделять более узкую по объему группу отношений, для которых характерным является наличие одного и того же (совместного) интереса у всех участников этих отношений, или они отображают некоторые взаимосвязанные интересы одного и того же субъекта. [9, 200-201]

Исходя из изложенных общих положений относительно видового объекта, есть основания для решения вопроса о видовых объектах преступлений против порядка прохождения (несения) воинской службы, которые в свою очередь являются критериями разделения воинских преступлений внутри системы на соответствующие подсистемы. Итак, внутреннюю структуру родового объекта в качестве видовых объектов образуют следующие виды общественных отношений, как особые разновидности порядка несения или прохождения воинской службы: 1) порядок подчиненности и воинской чести; 2) порядок пребывания на воинской службе; 3) порядок сохранности и пользования военным имуществом; 4) порядок эксплуатации вооружения и военной техники; 5) порядок несения специальных служб; 6) порядок охраны государственной тайны; 7) порядок осуществления своих полномочий военными должностными лицами; 8) порядок выполнения воинского долга в бою и в иных особых условиях; 9) порядок соблюдения обычаев и правил ведения войны.

Эти отношения, несомненно, охватываются более широким родовым понятием – общественные отношения, которые возникают и функционируют при прохождении (несении) военнослужащими (военнообязанными во время прохождении ими учебных (проверочных) или специальных сборов) военной службы и являются основой нормальной деятельности военной организации государства. Они обладают всеми существенными признаками последних, но, в свою очередь, имеют свои специфические признаки, обусловленные, главным образом, соответствующими сферами воинской службы. Поэтому есть все основания признать эти общественные отношения видовыми объектами, на которые посягают преступления, предусмотренные разделом XIX УК Украины.

Исходя из этого, в зависимости от видового объекта все воинские преступления, предусмотренные УК Украины, можно поделить на отдельные группы: преступления против порядка подчиненности и воинской чести (ст.ст. 402 - 406); преступления против порядка пребывания на воинской службе (ст.ст. 407 - 409); преступления против порядка сохранности и пользования военным имуществом (ст.ст. 410 - 413); преступления против порядка эксплуатации вооружения и военной техники (ст.ст. 414 - 417); преступления против порядка несения специальных служб

(ст.ст. 418 - 421); преступления против порядка охраны государственной тайны (ст. 422); преступления против порядка осуществления своих полномочий военными должностными лицами (воинские должностные преступления) (ст.ст. 425 – 426-1); преступления против порядка выполнения воинского долга в бою и в иных особых условиях (ст.ст. 427 - 432); преступления против порядка соблюдения обычаев и правил ведения войны (ст. ст. 433 - 435).

Выводы. Воинские преступления согласно уголовному законодательству Украины, помимо общих признаков, присущих любому преступлению, а именно: общественная опасность, противоправность, виновность и наказуемость обладают рядом своих специфических признаков. Специфика общественной опасности воинских преступлений заключается в том, что они, посягая на общественные отношения в сфере порядка прохождения воинской службы, причиняют вред (ставят в угрозу причинения вреда) ценностям более высокой категории – безопасности государства. Кроме того, в силу обладания представителями воинских формирований предметов, в которых скрыта потенциально высокая разрушительная энергия, существенно повышается общественная опасность деяний, совершенных данными субъектами. Воинская противоправность, представляет собой, так называемую, смешанную противоправность при которой деяние не только нарушает уголовно-правовой запрет, но и одновременно нарушает предписания иных отраслей права, по большей части административного и военного. Виновность при воинских преступлениях также имеет свою особенность. В связи с тем, что некоторые виды воинской службы предполагает наличие у военнослужащих определенных (специальных) знаний (умений), и их отсутствие в связи с которым, при совершении общественно опасного деяния военнослужащий не осознавал общественную опасность своего деяния, не предвидел и не мог предвидеть общественно опасные последствия, исключает уголовную ответственность. И, наконец, специфика наказуемости заключается в том, что за совершение воинских преступлений могут быть применены специальные виды наказания, неприменимые ни за какие иные преступления.

Субъектом воинских преступлений могут быть исключительно две категории специальных субъектов, а именно: военнослужащие, проходящие воинскую службу в Вооруженных Силах Украины и иных воинских формированиях, созданных в соответствии с законодательством Украины, а также военнообязанные во время прохождения учебных (проверочных) или специальных сборов.

Критерием деления системы воинских преступлений на группы является видовой объект, который связывает между собой родовой объект (общественные отношения, складывающиеся и функционирующие при прохождении определенными категориями лиц воинской службы, являющиеся основой нормальной деятельности Военной организации Украины) и непосредственный объект (конкретное общественное отношение, страдающее при совершении конкретного воинского преступления.)

Библиографические ссылки

1. Дурманов Н.Д. Понятие преступления. М.-Л., 1948. – 315 с.;
2. Герцензон А.А. Понятие преступления в советском уголовном праве. М.- Госюриздат, 1955 -53 с.
3. Ковалев М.И. Понятие преступления в советском уголовном праве. Свердловск, 1987. – 203 с.
4. Уголовное право. Общая часть / Под ред. Л.Л. Кругликова. М., 1999.
5. Ляпунов Ю.И. Общественная опасность деяния как универсальная категория уголовного права. Учебное пособие. – М.: ВЮЗШ МВД СССР, 1989.
6. Тоболкин П.С. Методологические предпосылки исследования категории «общественная опасность». – В сб.: Вопросы эффективности уголовно-правовых норм. Свердловск, 1978
7. Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. 2-е изд., перераб. и дополн. – М.: АО «Центр ЮрИнформР», 2003. - 448 с.
8. Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений: Лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений» / науч.ред и пред. академика В.Н. Кудрявцева. - М.: Издательский дом «Гордец», 2007. – 336 с.
9. Скляров И.Ф. Система – системный подход – теории систем. – М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2011. – 152 с.
10. Панов М.І. Вибрані наукові праці з проблем правознавства/ М.І. Панов; передм. В.П. Тихого. – К.: Ін Юре, 2010. – 812 с.
11. Фролов Е.А. Спорные вопросы общего учения об объекте преступления // Сб.уч.тр. Свердл.юрид.ин-та. – 1969. – Вып. 10

OBIECTUL JURIDIC AL INFRACŢIUNII DE INSOLVABILITATE FICTIVĂ

Adrian LEBEDINSCHI,
doctorand ULIM
Viorel SAVVA,
doctorand ULIM

SUMMARY

Legal classification of offenses relating to insolvency is particularly current and also of great importance in contemporary science of criminal law both in Moldova and abroad. Obviously the complexity and multiple factors determining the timeliness issue. It becomes clear that while the state owns the monopoly of the means of production, to admit the existence of the institution of insolvency is equivalent recognition errors in state leadership opportunities and thus discredit the state, affecting economic prosperity (as happened in ex-USSR). Reasons given were determined lack of regulations related crimes insolvency at the time of development of the country.

Keywords: insolvency, legal object, economic crime, economic system, social relationships, social values

REZUMAT

Calificarea juridică a infracţiunilor legate de insolvabilitate este deosebit de actuală şi totodată de mare importanţă în ştiinţa contemporană a dreptului penal atît din Republica Moldova, cît şi din străinătate. Este evident caracterul complex şi multiplu al factorilor care determină actualitatea acestei probleme. Devine cert faptul că în condiţiile în care statul este proprietarul monopolist al mijloacelor de producţie, admiterea existenţei instituţiei insolvabilităţii este echivalentă recunoaşterii posibilităţilor erorilor în conducerea statului şi, implicit, discreditarea statului, afectîndu-i prosperitatea economică (aşa cum s-a întîmplat în ex-URSS). Motivele invocate au determinat lipsa unor reglementări a infracţiunilor legate de insolvabilitate în acea perioadă de evoluţie a Republicii Moldova.

Cuvinte-cheie: insolvabilitate, obiect juridic, infracţiune economică, sistem economic, relaţii sociale, valori sociale

Introducere. Cursul transformării nu numai de drept, ci şi de fapt a sistemului economic într-o economie de piaţă a reclamat necesitatea apărării intereselor legitime ale societăţilor comerciale de bunăcredinţă. Unele elemente evolutive şi de dezvoltare a intereselor economice condiţionează totuş, un număr crescînd de agenţi economici insolvabili. Cadrul normativ în materie de drept penal, care vizează în mod nemijlocit infracţiunile legate de insolvabilitate, trebuie să apere creditorii contra unor fapte de reacredinţă, care afectează drepturile patrimoniale ale acestora. Dificultatea impusă este legată de faptul că specificul acestui tipar normativ prezumă o interpretare şi aplicare în strînsă concordanţă cu normele dreptului comercial şi dreptului civil. Or, după cum se constată, multe dintre conceptele circuitului de afaceri (inclusiv şi insolvabilitatea), în pofida caracterului lor evident, au nevoie de o interpretare univocă în cazurile în care se atestă sau nu răspunderea penală.

Rezultate şi discuţii Susţinem opinia autorilor V. B. Malinin, M. A. Caufman, E. M. Juravliova etc., care menţionează că politica juridico-penală se realizează atît prin activitatea de elaborare a normelor, cît şi prin cea de aplicare a lor [3, p. 9]. De altfel, susţine M.-A. Hotca, scopul legii penale poate fi realizat în limite rezonabile, numai dacă în opera de aplicare a acesteia organele judiciare îmbină tehnica cu ştiinţa dreptului penal, adică nu este importantă în sine simpla expunere a scopului legii penale în cadrul dispoziţiilor generale ale Codului penal, ci esenţială este organizarea pe baze ştiinţifice a represiunii penale [2, p. 5].

Or, anume legislaţia penală creează baza juridică de luptă contra infracţionalităţii, anume în această sferă complexă se determină infracţionalitatea şi pasibilitatea de sancţionare pe cale penală a faptelor socialmente periculoase săvîrşite [3, p. 9]. De aici şi contextul teoretic precum că componenţa de infracţiune constituie o categorie fundamentală a dreptului penal, care se plasează permanent ca o limită superioară a interesului profesional [3, p. 579].

Autorul rus V. N. Kudriavţev susţine că pentru soluţionarea problemelor legate de delimitarea infracţiunilor în baza obiectului juridic este prioritară indicarea la structura acestuia, în special care particularităţi ale obiectului infracţiunii sînt incluse în limitele semnelor componenţei de infracţiune şi au importanţă, pe această cale, pentru calificarea juridică a acesteia [4, p. 347; 2, p. 210]. Gh. Alecu enunţă că cunoaşterea structurii conţinutului infracţiunii este determinantă atît pentru aflarea elementelor componente ale acesteia, cît şi pentru cunoaşterea anumitor condiţii sau elemente pentru existenţa infracţiunii, a relaţiilor reciproce şi a naturii poziţiei acestora în raport cu actul de conduită [5, p. 35].

În opinia lui V. Drăghici, dacă, în principiu, orice normă de incriminare este menită să ocrotească o valoare socială, precum şi relaţiile sociale care se creează şi se dezvoltă în jurul ei, aceasta nu înseamnă că, întotdeauna, în descrierea normei trebuie să apară

şi obiectul juridic, cel mai adesea acesta se deduce prin eforturile de interpretare a doctrinei penale [6, p. 50].

Astfel, o condiţie indispensabilă vizînd respectarea legalităţii este ca orice infracţiune concretă săvîrşită de o persoană să corespundă conţinutului unei infracţiuni din legea penală [7, p. 278]. Oricare persoană, săvîrşind o faptă socialmente periculoasă, prevăzută în mod penal, cauzează prejudicii societăţii şi, evident, relaţiilor existente în cadrul acestei societăţi. Toate relaţiile pe care le apără legea penală şi sînt încălcate ca rezultat al săvîrşirii infracţiunii, în teoria şi practica dreptului penal constituie obiectul juridic al infracţiunii. Oricare infracţiune săvîrşită, manifestîndu-se printr-o anumită faptă socialmente periculoasă (infracţiunea este definită ca fiind acea faptă – acţiune sau inacţiune – prejudiciabilă, prevăzută de legea penală, săvîrşită cu vinovăţie şi pasibilă de o anumită pedeapsă), constituie prin esenţa sa un atentat la o anumită valoare socială ocrotită de legislaţia în vigoare. Legea penală nu prevede nici o infracţiune prin lipsa obiectului juridic de atentare [8, p. 73-81]. Toate faptele prevăzute de legea penală în mod exclusiv atentează la unul dintre obiectele apărate de legea penală.

În opinia autorului Iu. V. Solopanov, obiectul juridic al infracţiunii este constituit din totalitatea de relaţii sociale protejate de legea penală, cărora, drept urmare a unor atentate socialmente periculoase, li se cauzează ori li se pot cauza anumite daune sociale [9, p. 39], Adică, obiectul juridic al infracţiunii, avînd o structură internă complexă şi complicată, este constituit din anumite relaţii sociale [3, p. 347]. De altfel, conchide Gh. Alecu (citîndu-l pe M. Zolyneac) [5, p. 39], obiectul infracţiunii este însăşi valoarea socială şi relaţia socială formată în jurul şi datorită acestei valori care sînt vătămate, lezate sau puse în pericol prin săvîrşirea faptei socialmente periculoase. În acest sens, obiectul infracţiunii preexistă faptei (semn/entitate preexistent/-ă al/-a infracţiunii) [6, p. 50; 5, p. 39; 2, p. 210].

În acelaşi sens, M.-A. Hotca subliniază că obiectul infracţiunii este acel factor al infracţiunii care constă în valoarea socială şi relaţiile sociale generate de aceasta, vătămate prin fapta (acţiunea sau inacţiunea) interzisă de norma de incriminare [2, p. 209]. Nicio faptă nu poate fi concepută şi incriminată fără să se fi avut în vedere obiectul împotriva căruia se îndreaptă [10, p. 199]. După A. S. Mihlin, obiectul juridic al infracţiunii predetermină caracterul prejudiciabil al faptei comise, iar pe măsura determinării caracterului prejudiciabil al infracţiunii se poate indica la o delimitare a infracţiunii de alte încălcări de lege [11, p. 26]. Cu alte cuvinte, obiectul juridic al infracţiunii indică asupra conţinutului, caracterului şi gradului de pericol social al infracţiunii.

Susţinînd pe deplin ideea autorului român M.-A. Hotca, precum că obiectul infracţiunii prezintă importanţă din mai multe puncte de vedere, în particular:

• constituie unul dintre elementele esenţiale ale oricărei incriminări;

• constituie un criteriu de aşezare şi clasificare a infracţiunilor;

• este elementul care permite individualizarea victimei infracţiunii;

• reprezintă unul dintre criteriile de personalizare a sancţiunilor penale;

• este un element care ajută la activitatea de interpretare a normelor de incriminare [2, p. 212],

constatăm că teoria dreptului penal face distincţie între mai multe categorii de obiecte ale infracţiunii (atît pe verticală, cît şi pe orizontală [12, p. 73]), acestea fiind:

◊ *obiect juridic*:

► obiect juridic general;

► obiect juridic generic (de grup);

► obiect juridic special (nemijlocit);

▪ obiect juridic special (nemijlocit) principal (de bază);

▪ obiect juridic special (nemijlocit) adiacent (secundar, facultativ);

◊ *obiect material*.

Cu adevărat, consemnează V. N. Kudriavţev, obiectul infracţiunii include în sine anumite limite complexe:

a) relaţiile sociale faptice;

b) forma juridică a acestor relaţii;

c) formele materiale, condiţiile şi legităţile de existenţă a acestor relaţii [4, p. 347].

Obiectul juridic, după cum menţionează C. Bulai, presupune obiectul propriu-zis al infracţiunii, adică valorile şi relaţiile sociale ameninţate sau vătămate efectiv prin săvîrşirea faptei şi ocrotite prin incriminarea acesteia [10, p. 196]. În aserţiunea autoarei M. Mutu-Strulea, obiectul juridic îl constituie ansamblul de relaţii sociale şi valori sociale ocrotite de legea penală [12, p. 73].

► *Obiectul juridic general* este obiectul juridic format dintr-un ansamblu de relaţii sociale, împotriva cărora sînt orientate toate împreună şi fiecare infracţiune în parte, consemnează Iu. V. Solopanov [9, p. 41]. Cu adevărat, acest obiect este unul comun pentru toate infracţiunile incriminate de legea penală. Şi acesta reiese, mai cu seamă, din conţinutul art. 2 alin. (1) C. pen. al RM, care determină că „legea penală apără, împotriva infracţiunilor, persoana, drepturile şi libertăţile acesteia, proprietatea, mediul înconjurător, orînduirea constituţională, suveranitatea, independenţa şi

integritatea teritorială a Republicii Moldova, pacea şi securitatea omenirii, precum şi întreaga ordine de drept" [1].

Obiectul juridic general al infracţiunii îl constituie valoarea socială şi relaţiile sociale privitoare la aceasta, apărate de legea penală prin incriminarea faptelor care aduc atingere ori le pun în pericol [13, p. 74-75]. Anume obiectul juridic general oferă posibilitatea de a determina conţinutul social-politic al dreptului penal, a stabili caracterul faptelor săvîrşite şi, în unele cazuri, a deosebi infracţiunile de alte încălcări de lege [8, p. 73-81]. Pentru orice infracţiune prevăzută de legea penală relaţiile sociale şi valorile ce corespund acestor relaţii apărate de lege au un caracter comun. În consecinţă, obiectul juridic general al infracţiunilor economice şi, în particular, al infracţiunilor legate de insolvabilitate îl constituie acele relaţii sociale proclamate şi apărate de legea penală în vigoare şi care asigură ordinea de drept în RM.

Considerăm că obiectul juridic general al infracţiunii este important mai cu seamă din perspectiva unor posibilităţi de delimitare a infracţiunilor de alte încălcări de lege [14, p. 113]. În materie de infracţionalitate, acest semn obiectiv şi preexistent nu determină nicio semnificaţie delimitativă, deoarece el este în aceeaşi manieră şi cu acelaşi conţinut pentru absolut toate infracţiunile prevăzute de legea penală. După cum menţionează M. Mutu-Strulea, obiectul juridic general este comun pentru toate componenţele de infracţiune, constituind totalitatea relaţiilor sociale şi valorilor sociale ocrotite prin legea penală [12, p. 74]. V. Drăghici subliniază, pe bună dreptate, că, în procesul de selectare a valorilor susceptibile să fie ocrotite cu ajutorul legii penale, legiuitorul are în vedere, pe de o parte, importanţa acestor valori sociale ce reflectă interesele fundamentale ale individului şi ale colectivităţii, iar pe de altă parte – faptul că protecţia acestor valori nu ar fi eficientă prin folosirea altor mijloace juridice sau nejuridice [6, p. 51].

Pe această ultimă cale, A. Borodac detaliază obiectul general al infracţiunilor economice (grupul omogen de infracţiuni care include în componenţa sa şi infracţiunea de insolvabilitate fictivă) prin intermediul relaţiilor sociale ale căror existenţă şi normală desfăşurare sînt condiţionate de ocrotirea ordinii de drept a RM privind activitatea agenţilor economici [8, p. 303]. Nu sîntem de acord cu acest ultim fapt, susţinînd că obiectul juridic general urmează a fi uniform şi acelaşi pentru oricare infracţiune, iar particularizarea ordinii de drept în materia activităţii agenţilor economici denaturează semnificaţia şi esenţa specifică obiectului juridic general al infracţiunii.

În mod nemijlocit, referitor la infracţiunea de insolvabilitate fictivă, considerăm că problema naturii juridice a infracţiunii, după cum subliniază autorul A. Doroftei, este strîns legată de tipul de unitate infracţională compatibil cu conţinutul acestei infracţiuni [15, p. 109]. În aceste limite de analiză, nu susţinem autorii I. N. Kojevnikov şi G. M. Spirin, care operează în contextul analizei infracţiunilor legate de insolvabilitate cu categoria generală de *obiect al infracţiunilor* (fără o particularizare a categoriei invocate), fiind descrisă prin intermediul activităţii legale de producere, comerciale, financiare şi al altei activităţi economice a întreprinderii, organizaţiei, firmei, întreprinzătorului individual [16, p. 361]. În opinia noastră, se invocă obiectul juridic special (nemijlocit), deşi autorii fac precizarea că anume aceste detalii au determinat plasarea infracţiunilor legate de insolvabilitate în conţinutul Cap. 22 C. pen. al FR – *Infracţiuni în sfera activităţii economice* [16, p. 361]. Or, obiectul juridic generic este determinat, în mare parte, în calitate de criteriu al repartizării infracţiunilor în anumite grupuri omogene, în particular grupuri prevăzute de diferite capitole ale C. pen. O asemenea abordare reiese şi din analiza C. pen. al Germaniei şi C. pen. al Elveţiei, care prevăd ca obiect al infracţiunilor legate de faliment drepturile patrimoniale ale creditorilor asupra satisfacerii creanţelor sale din contul masei debitoare [17, p. 37].

► *Obiectul juridic generic* (de grup) al infracţiunii indică la obiectul juridic comun al unui grup de infracţiuni, constituit, menţionează C. Bulai, dintr-un şir de relaţii sociale (interese sociale [11, p. 26]), formate în jurul şi datorită uneia dintre valorile fundamentale ale societăţii (statul, persoana umană, proprietatea etc.) [10, p. 197]. Această categorie a obiectului juridic al infracţiunii este caracteristică unui anumit grup omogen de infracţiuni, adică, după cum subliniază S. Copeţchi şi I. Hadîrcă, obiectul juridic generic este constituit din cumulul de valori sociale de aceeaşi natură, ocrotit de legea penală [14, p. 113] (deşi, în opinia noastră, se cere şi precizarea relaţiilor sociale constituite în baza acestor valori sociale).

După cum evidenţiază autorul Iu. V. Solopanov, anume în baza obiectului juridic generic (de grup) are loc repartizarea infracţiunilor în Partea specială a C. pen. Se enunţă că, deoarece anumite obiecte ale protecţiei juridico-penale comportă o valoare socială diferită, legea penală diferenţiază în baza semnelor obiectului juridic generic şi pedeapsa penală pentru diferite categorii de atentate infracţionale [9, p. 41].

Obiectul juridic generic, comparativ cu obiectul juridic general, are un caracter mai restrîns. Astfel, dacă obiectul juridic generic al infracţiunii se nominalizează prin acelaşi conţinut, indiferent de infracţiunea analizată, atunci obiectul juridic general comportă particularităţi specifice de la un grup omogen de infracţiuni la altul.

În dreptul penal român, obiectul juridic generic al infracţiunilor la regimul stabilit pentru anumite activităţi economice îl formează acele relaţii sociale referitoare la buna desfăşurare a activităţilor economice, a regimului legal stabilit pentru acestea [18, p. 222-223]. Autorii V. Cuşnir şi V. Berliba susţin în prealabil anume această idee, specificînd însă că sistemul economic ce cuprinde aceste activităţi economice constituie acel ansamblu de procese sociale care au loc în baza raporturilor patrimoniale şi a formelor ei organizaţionale existente în societate. Ca elemente de bază ale acestui sistem sînt evidenţiate [19, p. 61-70]: relaţiile social-economice, bazate pe toate formele de proprietate recunoscute în societate asupra resurselor şi rezultatelor activităţii economice; formele juridico-organizatorice ale activităţii economice; raporturile concrete create între subiecţii economici.

În acest sens, după cum subliniază A. Doroftei, obiectul juridic generic al infracţiunii de bancrută frauduloasă (insolvabilitate fictivă în cazul legislaţiei penale a RM, deşi este doar un element component al bancrutei frauduloase prevăzute de legislaţia penală a României) îl constituie relaţiile sociale privind organizarea, funcţionarea, dizolvarea şi lichidarea societăţilor comerciale, indiferent de forma lor juridică de organizare, de domeniul în care îşi desfăşoară activitatea sau de forma de proprietate pe care se întemeiază [15, p. 109].

M. Molnar consideră că obiectul juridic generic al infracţiunii de bancrută simplă îl constituie relaţiile sociale referitoare la normala desfăşurare a activităţii în domeniul economic [20].

În opinia autorilor C. Voicu, A. Boroi, F. Sandu, I. Molnar, infracţiunea de bancrută frauduloasă are ca obiect juridic generic relaţiile sociale, a căror normală existenţă şi dezvoltare este condiţionată de respectarea dispoziţiilor legale privind desfăşurarea activităţilor comerciale [21, p. 106].

Obiectul juridic generic (de grup) al infracţiunii de bancrută frauduloasă, consideră V. Paşca, îl constituie relaţiile sociale privind funcţionarea normală şi în conformitate cu scopul social economic al societăţilor comerciale, motiv pentru care infracţiunea a fost incriminată prin Legea privind organizarea şi funcţionarea societăţilor comerciale [22, p. 65; 23, p. 162].

M. Mutu-Strulea susţine că obiectul juridic generic al infracţiunilor economice (în particular se operează cu infracţiunea de spălare a banilor) îl constituie economia ca fiind ansamblul activităţilor umane exercitate în sfera de producere, al celor privind repartiţia şi consumul de bunuri, al celor în sfera serviciilor, care sînt corelate de scopul comun al dezvoltării generale a ţării şi al asigurării prosperităţii cetăţenilor [12, p. 75]. Nu ne raliem pe deplin la acest ultim punct de vedere, deşi autorul citat ulterior îl concretizează, fapt care dictează realitatea susţinerii depline anume a acestei ultime viziuni: precum că obiectul juridic generic al infracţiunilor economice este constituit din relaţiile sociale care asigură desfăşurarea normală a activităţii economice [12, p. 77].

Autorul V. Stati detaliază conţinutul obiectului juridic generic al infracţiunilor economice prin intermediul ansamblului de relaţii sociale cu privire la economia naţională (relaţiile social-economice), bazate pe următoarele principii de desfăşurare a activităţii economice: libertatea activităţii economice; exercitarea activităţii economice în temeiuri legale; concurenţa loială (născută din libertatea comerţului [22, p. 3]) a subiectelor activităţii economice; buna-credinţă a subiectelor activităţii economice; interzicerea formelor vădit infracţionale ale conduitei subiectelor activităţii economice [24, p. 13]. Susţinem pe deplin această opţiune ştiinţifică, doar cu remarca neevidenţierii unor principii care depăşesc cadrul relaţiilor sociale ce formează obiectul juridic generic al infracţiunilor economice. Mai cu seamă că limitele acestor principii pot fi mult mai numeroase, iar interpretarea normei prin intermediul blanchetei poate determina o evaluare instabilă a textului legii penale.

În concluzie, obiectul juridic generic al infracţiunilor economice este constituit din ansamblul de relaţii sociale, a căror existenţă şi desfăşurare normală este condiţionată de apărarea sistemului economic în ansamblu (relaţiile social-economice).

► *Obiectul juridic special* (nemijlocit, individual) presupune obiectul juridic propriu-zis al infracţiunii, specific fiecărei infracţiuni, constituit din relaţiile sociale formate în jurul şi datorită unei valori specifice, subordonate uneia dintre valorile fundamentale, relaţii a căror formare, desfăşurare sau dezvoltare nu ar fi posibilă fără apărarea împotriva infracţiunii a acelei valori [10, p. 197] (relaţii sociale specifice care se subsumează valorilor sau relaţiilor sociale fundamentale [12, p. 78]).

Cu alte cuvinte, obiectul juridic special îl formează relaţiile sociale la care atentează infracţiunea individuală [11, p. 26]. În acest ultim sens, nu achiesăm la opinia autorului Iu. V. Solopanov, care consideră că obiectul juridic special constituie un element al unei componenţe concrete de infracţiune [9, p. 41]. În opinia noastră, componenţa de infracţiune are întotdeauna un caracter abstract şi ea nu poate fi catalogată cu nuanţe abstracte şi, concomitent, cu nuanţe de altă natură (reală). De asemenea, este incompatibil caracterul concret cu componenţa de infracţiune. Or, infracţiunea este ceva concret, iar componenţa de infracţiune este o categorie abstractă.

În opinia autorului Gh. Alecu, obiectul juridic spe-

cial este valoarea socială concretă căreia i se aduce atingere prin infracţiune, această categorie a obiectului juridic avînd importanţă la determinarea individualităţii unei infracţiuni în cadrul grupului [5, p. 40].

Nu sîntem de acord că între obiectul juridic generic şi obiectul juridic special al infracţiunii există întotdeauna un raport de subordonare, în sensul că obiectul juridic special reprezintă o parte din obiectul juridic generic, după cum susţin C. Bulai [10, p. 197], S. Copeţchi şi I. Hadîrca [14, p. 113]. Aserţiunea noastră o fundamentăm pe ideea că, uneori, legislaţia penală a Republicii Moldova indică la infracţiuni descrise normativ prin intermediul a două categorii de obiect juridic special principal, unul dintre care nu formează un raport de subordonare logică cu obiectul juridic generic. În acelaşi context, obiectul juridic special facultativ nu conturează acest raport de subordonare invocat. În concluzie, în opinia noastră, de principiu *obiectul juridic special de bază formează un raport de subordonare logică cu obiectul juridic generic*. Totuşi, ca regulă generală, distincţia dintre obiectul juridic generic (de grup) şi obiectul juridic special (nemijlocit) se fundamentează pe ierarhia şi legăturile care se stabilesc în cadrul sistemului de valori [10, p. 198]. În context, susţinem pe deplin ideea autorilor S. Copeţchi şi I. Hadîrca, care consemnează că dacă obiectul juridic special de bază al infracţiunii este situat în planul obiectului juridic generic al infracţiunii, atunci obiectul special secundar se situează, de regulă, în planul altor obiecte juridice generice ale infracţiunii [14, p. 114].

De aici şi susţinerea opiniei autorului Gh. Alecu, care invocă prezenţa unui *obiect juridic complex*, evidenţiind că uneori obiectul juridic al infracţiunii este complex atunci cînd prin fapta socialmente periculoasă sînt lezate deodată două sau mai multe relaţii sociale, cea mai importantă dintre acestea dînd natura acelei infracţiuni [5, p. 40]. Or, caracterul complex al unei infracţiuni este dictat inclusiv de caracterul complex al obiectului juridic de atentare. Însă, se impune, în viziunea noastră, consemnarea ideii precum că caracterul complex al infracţiunii poate descrie uneori specificul naturii unei anumite infracţiuni, dar nu întotdeauna acest specific poate fi constatat pe calea determinării obiectului juridic special principal.

În opinia autorilor A. Doroftei, M. Zarafiu, M. Molnar, obiectul juridic specific (special) al infracţiunii de bancrută este unul complex [20]. infracţiunea fiind descrisă atît prin intermediul unui obiect juridic principal, cît şi printr-un obiect juridic special secundar [25, p. 74; 15, p. 109].

Aceeaşi poziţie este susţinută şi de V. Paşca. Se menţionează în acest ultim sens că infracţiunea de bancrută frauduloasă presupune, sub aspectul laturii obiective, conjugarea a cel puţin două activităţi distincte: o faptă omisivă, starea de încetare a plăţilor, care trebuie să fie precedată, însoţită sau urmată de acţiuni sau inacţiuni indicate de lege şi care pot constitui infracţiuni de sine stătătoare, dar care, grefate pe starea de incapacitate de plată, conferă acesteia caracter infracţional, contopindu-se într-o infracţiune distinctă, avînd un obiect juridic complex [23, p. 153, 162]. Cu alte cuvinte, obiectul juridic specific (individual) al infracţiunii de bancrută frauduloasă este complex, caracteristic de altfel infracţiunilor complexe [23, p. 162].

C. Voicu, A. Boroi, F. Sandu, I. Molnar nu consideră obiectul juridic special al infracţiunii de bancrută frauduloasă ca fiind unul complex, acesta urmînd a fi determinat de relaţiile sociale privind normala desfăşurare a activităţilor unei societăţi comerciale, încrederea mediilor comerciale şi a publicului, precum şi procedura falimentului, a căror normală existenţă şi dezvoltare este condiţionată de corectitudinea anumitor categorii de persoane referitoare la îndeplinirea obligaţiilor societăţii [21, p. 106].

V. Berliba şi R. Cojocaru opinează asupra faptului că infracţiunile de insolvabilitate sînt descrise în aspect dualist, prin intermediul unui obiect juridic special de bază şi a unui obiect juridic special secundar [26, p. 551].

Specificul incriminării infracţiunii de insolvabilitate fictivă, potrivit art. 253 C. pen. al RM, prezumă existenţa unui obiect juridic complex al infracţiunii, acesta fiind derivat din contextul relaţiilor sociale protejate primar prin norma de incriminare, precum şi din relaţiile sociale care vizează interesele creditorilor.

▪ Obiectul juridic special *principal* (de bază) conturează o corelaţie cu obiectul juridic special adiacent în cadrul unor categorii de infracţiuni complexe (în sensul că se cauzează daune mai multor valori sociale şi relaţii sociale conturate în acest context, se produc mai multe urmări ori consecinţe prejudiciabile). Nu susţinem opinia autorului C. Bulai, care remarcă că prin obiect juridic special principal al infracţiunii se înţelege valoarea socială împreună cu relaţiile sociale împotriva cărora se îndreaptă şi care sînt apărate prin incriminarea acţiunii principale în cadrul unei infracţiuni complexe [10, p. 199]. Or, şi printr-o singură acţiune, care identifică conţinutul unitar al elementului material al infracţiunii, se pot cauza daune mai multor valori şi relaţii sociale, antrenîndu-se, pe această cale, preexistenţa mai multor obiecte juridice speciale (cu specific principal – fără atentarea la care nu poate fi constatată existenţa infracţiunii – şi cu specific adiacent: fără atentarea la care, în unele cazuri particulare, nu poate fi determinată existenţa infracţiunii corespunzătoare).

În acelaşi sens, autorul V. Paşca remarcă în calitate de obiect juridic specific principal relaţiile sociale privind dreptul de gaj al creditorilor societăţii asupra patrimoniului acesteia şi executarea cu bună-credinţă a obligaţiilor comerciale [23, p. 162; 22, p. 65] (relaţiile sociale privind dreptul de gaj al creditorilor societăţii asupra patrimoniului acesteia şi executarea cu bună credinţă a obligaţiilor comerciale [23, p. 163]), iar obiectul juridic specific adiacent sau secundar este identic cu obiectul juridic specific al infracţiunilor absorbite, respectiv al infracţiunilor de fals, sustragere sau distrugere de înscrisuri sau gestiune frauduloasă. Se vizează încrederea pe care publicul o poate avea în evidenţele societăţii şi actele care emană de la aceasta [22, p. 65-66].

S. Brînză şi V. Stati nu fac o diferenţă principială între obiectul juridic special principal şi adiacent în cazul infracţiunilor legate de insolvabilitate, deşi constată diferite limite ale relaţiilor sociale care conturează acest semn obiectiv preexistent al infracţiunii. În context, referitor la insolvabilitatea intenţionată, se menţionează în calitate de obiect juridic special relaţiile sociale cu privire la corectitudinea onorării de către debitor a obligaţiilor în faţa creditorilor [27, p. 299]. Or, subliniază V. Stati, tocmai de această corectitudine depinde cît de eficientă va fi procedura de restructurare sau procedura falimentului, precum şi distribuirea masei debitoare [24, p. 472]. În calitate de obiect juridic special al infracţiunii de insolvabilitate fictivă se anunţă relaţiile sociale cu privire la temeinicia intentării unui proces de insolvabilitate [24, p. 484; 27, p. 299].

V. Berliba şi R. Cojocaru susţin că obiectul juridic special de bază este constituit din relaţiile sociale care apără activitatea legală de întreprinzător, bancară etc. şi determină asigurarea intereselor legitime ale creditorilor [26, p. 551].

Referitor la infracţiunea de bancrută frauduloasă, consemnează A. Doroftei, aceasta se identifică prin intermediul unui obiect juridic special principal, constituit din relaţiile sociale privind dreptul de gaj al creditorilor societăţii asupra patrimoniului acesteia şi executarea cu bună-credinţă a obligaţiilor comerciale, precum şi a unui obiect juridic special secundar, ocrotit de lege, după cum menţionează autorul citat anterior, identic cu obiectul specific al infracţiunilor absorbite, respectiv al infracţiunilor de fals, sustragere sau distrugere de înscrisuri, vizîndu-se astfel încrederea pe care publicul o poate avea în actele care emană de la societăţile comerciale [15, p. 109]. Cu alte cuvinte, invocă autorul român citat, prin reglementarea infracţiunii de bancrută frauduloasă, legiuitorul urmăreşte protejarea în egală măsură a intereselor asociaţilor, acţionarilor, deţinătorilor de obligaţiuni, a terţilor, creditori ai societăţilor comerciale, şi a statului prin sancţionarea faptelor de ascundere a unei părţi din activul societăţii, înfăţişarea de datorii inexistente sau prezentarea în registrele societăţii, de sume nedatorate, precum şi a intereselor creditorilor prin sancţionarea faptelor de înstrăinare în frauda acestora, în caz de insolvenţă a unei societăţi, a unei părţi însemnate din activ [15, p. 109].

În acelaşi context, M. Zarafiu precizează că prin incriminarea acestor fapte sînt ocrotite în primul rînd relaţiile sociale referitoare la buna desfăşurare a activităţii societăţilor comerciale, iar în al doilea rînd – relaţiile sociale referitoare la încrederea publicului în aceste societăţi comerciale [25, p. 74]. Deoarece aceste fapte se săvîrşesc în legătură cu starea de încetare a plăţilor, menţionează M. Zarafiu, sînt ocrotite prin această incriminare şi interesele legitime ale persoanelor prejudiciate prin omisiunea de onorare a plăţilor ajunse la scadenţă [25, p. 74].

În opinia autorului M. Molnar, obiectul juridic specific vizează în primul rînd relaţiile sociale referitoare la buna funcţionare a activităţii economice desfăşurate de către persoanele care se află în stare de insolvenţă [20].

În aserţiunea noastră, avînd în vedere faptul că relaţiile sociale care formează categoria obiectului juridic special al infracţiunilor de insolvabilitate urmează a identifica un raport de subordonare logică cu cumulul de relaţii sociale care se înscriu în elementul de obiect juridic generic al infracţiunilor respective, obiectul juridic special principal trebuie să respecte legătura sistematică cu sistemul de relaţii sociale care vizează sistemul economic în ansamblu. Astfel, obiectul juridic special principal al infracţiunii de insolvabilitate fictivă este constituit din relaţiile sociale, a căror existenţă şi normală desfăşurare sînt condiţionate de respectarea dreptului de gaj a creditorilor şi de asigurarea unui context legal procedurilor de realizare a procesului concursual (relaţiile sociale privitoare la corectitudinea onorării obligaţiilor faţă de creditori [27, p. 299]; relaţiile sociale ale căror existenţă şi normală desfăşurare sînt condiţionate de realizarea activităţii legale de întreprinzător, asigurîndu-se interesele prevăzute de lege ale creditorilor în situaţia de insolvabilitate).

Aşadar, în literatura de specialitate se apreciază, pe drept cuvînt, precum că buna-credinţă a persoanelor care desfăşoară activitatea de întreprinzător se exprimă în conformarea acestor persoane cu cerinţele etico-morale, în îndeplinirea corectă a obligaţiilor reciproce, precum şi a obligaţiilor faţă de bugetul de stat. În acest context, onestitatea, vrednicia de încredere şi respectarea promisiunii sînt nişte deziderate fără de care nu poate fi concepută o economie de piaţă civi-

lizată [28, p. 32]. Despre buna-credinţă a persoanelor care desfăşoară activitate de întreprinzător se vorbeşte ca despre un principiu al raporturilor contractuale, care presupune obligativitatea onorării lor de către toţi participanţii, precum şi despre un principiu al responsabilităţii economice, conform căruia orice pagubă cauzată în rezultatul activităţii economice trebuie să fie reparată de către persoana vinovată. Anume din considerentul determinării şi instaurării unui climat de bună-credinţă în activitatea de întreprinzător, legiuitorul nostru a instituit răspunderea penală pentru insolvabilitatea fictivă.

În baza celor consemnate, pericolul social al infracţiunii reiese anume din modul şi modalitatea de manifestare a încălcării intereselor creditorului, iar în cazuri particulare – şi a intereselor statului [29, p. 546-550]. Pe cale de consecinţă, stabilim că pericolul social al infracţiunii de insolvabilitate fictivă decurge din daunele pricinuite activităţii legale de antreprenoriat, privite prin prisma aspectului financiar. Altfel spus, pericolul social rezidă în încălcarea drepturilor şi intereselor legale ale creditorilor şi ale altor persoane interesate, în destabilizarea subiectelor implicate în activitatea legală de antreprenoriat, precum şi în încălcarea drepturilor lucrătorilor societăţilor comerciale, în particular, pe calea micşorării neîntemeiate a locurilor vacante de muncă [30, p. 440].

▪ Obiectul juridic special *facultativ* (secundar), în viziunea autorului C. Bulai, este tratat ca fiind valoarea socială şi relaţiile sociale corespunzătoare acesteia, împotriva cărora se îndreaptă şi care sînt apărate prin incriminarea acţiunii secundare sau adiacente în cadrul unei infracţiuni complexe [10, p. 199]. Am enunţat anterior lipsa unui acord de opinie cu cele consemnate de C. Bulai, mai cu seamă că însuşi autorul determină că în cazul infracţiunilor complexe, pentru determinarea obiectului juridic generic şi deci pentru aşezarea infracţiunii într-un grup sau altul de infracţiuni, hotărîtor este obiectul juridic special principal al acestora [10, p. 199]. De altfel, limitele obiectului juridic special facultativ pot depăşi limitele obiectului juridic generic (de grup), lipsind de relevanţă certitudinea unei relaţii de subordonare logică între obiectul juridic generic şi obiectul juridic special adiacent al infracţiunii.

V. Berliba şi R. Cojocaru susţin că obiectul juridic special facultativ al infracţiunilor de insolvabilitate este format din relaţiile sociale care asigură interesele patrimoniale ale creditorilor [26, p. 551].

M. Molnar conchide asupra faptului că obiectul juridic specific vizează în al doilea rînd (adică în calitate de obiect juridic specific adiacent) relaţiile sociale care se formează în legătură cu protejarea drepturilor creditorilor debitorului aflat în stare de insolvenţă [20].

După cum menţionează V. Paşca, obiectul juridic specific adiacent sau secundar este identic cu obiectul juridic specific al infracţiunilor absorbite, respectiv al infracţiunilor de fals, sustragere sau distrugere de înscrisuri sau gestiune frauduloasă. Se vizează încrederea pe care publicul o poate avea în evidenţele societăţii şi actele care emană de la aceasta [23, p. 163].

În context, avînd în vedere faptul că infracţiunea de insolvabilitate fictivă poate fi evaluată ca infracţiune avînd la bază semnificaţia daunei cauzate creditorilor, precum şi diversitatea de modalităţi faptice incidente (inclusiv falsul şi uzul de fals), atestăm determinarea obiectului juridic specific diferit de la o categorie la alta. Adică pot fi incidente, în această ipoteză, relaţiile sociale privitoare la interesele patrimoniale ale creditorilor, precum şi relaţiile sociale care reies din conţinutul infracţiunilor consumate (uzul de fals).

Concluzii:

1. Componenţa de infracţiune are întotdeauna un caracter abstract şi nu poate fi catalogată cu nuanţe abstracte şi concomitent cu nuanţe de altă natură (reală).

2. În principiu, obiectul juridic special de bază formează un raport de subordonare logică cu obiectul juridic generic.

3. Avînd în vedere faptul că relaţiile sociale care formează categoria obiectului juridic special al infracţiunilor de insolvabilitate urmează a identifica un raport de subordonare logică cu cumulul de relaţii sociale, care se înscriu în elementul de obiect juridic generic al infracţiunilor respective, obiectul juridic special principal trebuie să respecte legătura sistematică cu sistemul de relaţii sociale care vizează sistemul economic în ansamblu.

4. Obiectul juridic generic al infracţiunilor economice este constituit din ansamblul de relaţii sociale a căror existenţă şi desfăşurare normală sînt condiţionate de apărarea sistemului economic în ansamblu (relaţiile social-economice).

5. Luând în consideraţie faptul că infracţiunea de insolvabilitate fictivă poate fi evaluată ca infracţiune avînd la bază semnificaţia daunei cauzate creditorilor, precum şi diversitatea de modalităţi faptice incidente (inclusiv falsul şi uzul de fals), atestăm determinarea obiectului juridic specific diferit de la o categorie la alta.

Referinţe bibliografice

1. Codul penal al Republicii Moldova din 18.04.2002, nr. 985-XV. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova din 14.04.2009, nr. 72-74, art. 195. http://lex.justice.md/index.php?action=view&view= doc&id=331268.

2. Hotca M.-A. Codul penal. Comentarii şi explicaţii. Bucureşti: Editura C. H. Beck, 2007, 1593 p.

3. Энциклопедия уголовного права. Т. 2. Уголовный закон. Санкт-Петербург: Издание профессора Малинина, 2005, 848 с.

4. Кудрявцев В. Н. Избранные труды по социальным наукам. Том. 1. Москва: Наука, 2002, 567 с.

5. Alecu Gh. Instituţii de drept penal. Partea generală şi partea specială. Constanţa: Ovidius University Press, 2010, 635 p.

6. Drăghici V. Obiectul juridic în conţinutul normei de incriminare. În: Revista de drept penal. Anul VIII, nr. 2 (aprilie-iunie). Bucureşti: Asociaţia Română de Ştiinţe Penale, 2001, p. 49-54.

7. Oancea I. Curs de drept penal general. Vol. I-III. Bucureşti, 1954.

8. Borodac A. Drept penal. Partea generală. Chişinău, 1994, 368 p.

9. Советское уголовное право. Общая и особенная части. Под редакцией Ю. В. Солопанова. Москва: Юридическая литература, 1981, 464 с.

10. Bulai C. Manual de drept penal. Partea generală. Bucureşti: Editura ALL, 1997, 648 p.

11. Уголовное право. Часть общая. Часть особенная. Под редакцией А. С. Михлина. Москва: Юриспруденция, 2000, 400 с.

12. Mutu-Strulea M. Analiza juridico-penală a spălării banilor. Monografie. Chişinău: CEP USM, 2006, 190 p.

13. Ungureanu U. Drept penal român. Partea generală. Bucureşti, 1995.

14. Copeţchi S., Hadîrca I. Calificarea infracţiunilor. Chişinău: S. n., 2015, 352 p.

15. Doroftei A. Infracţiunea de bancrută. În: Revista de drept penal. Anul XVI, nr. 1 (ianuarie-martie). Bucureşti: Asociaţia Română de Ştiinţe Penale, 2009, p. 107-118.

16. Расследование преступлений в сфере экономики. Руководство для следователей. Под общей редакцией И. Н. Кожевникова. Москва: Издательство «Спарк», 1999, 415 с.

17. Stati V. Faptele penale legate de faliment în legislaţiile Germaniei şi Elveţiei. În: Revista Naţională de Drept, 2001, nr. 6(9), p. 37-39.

18. Predescu O. Dreptul penal al afacerilor. Bucureşti: Continent XXI, 2000.

19. Cuşnir V., Berliba V. Aspecte juridico-penale ale evaziunii fiscale a întreprinderilor, instituţiilor şi organizaţiilor. Chişinău, 2003.

20. Molnar M. Infracţiunea de bancrută simplă prevăzută de Legea insolvenţei. http://www.tribunaeconomica.ro/index.php?id_tip_categorie=1&&id_categ=10&id_revista=7642&id_nr_revista=199&mod=arhiva.

21. Voicu C., Boroi A., Sandu F., Molnar I. Drept penal al afacerilor. Bucureşti: Editura Rosetti, 2002, 464 p.

22. Paşca V. Bancruta frauduloasă. Comentarii de practică judiciară. Bucureşti: Lumina Lex, 2000. 103 p.

23. Paşca V. Falimentul fraudulos. Răspundere şi sancţiuni. Bucureşti: Lumina Lex, 2005, 272 p.

24. Stati V. Infracţiuni economice. Note de curs. Chişinău: CEP USM, 2014, 530 p.

25. Zarafiu M. Bancruta frauduloasă, infracţiune din domeniul afacerilor. În: Revista de drept penal. Anul VIII, nr. 2 (aprilie-iunie). Bucureşti: Asociaţia Română de Ştiinţe Penale, 2001, p. 72-77.

26. Barbăneagră A., Alecu Gh., Berliba V. ş.a. Codul penal al Republicii Moldova. Comentariu. Chişinău: Centrul de Drept al Avocaţilor, 2009, 860 p.

27. Brînză S., Stati V. Tratat de drept penal. Partea specială. Vol. II. Chişinău: S. n., 2015, 1300 p.

28. Панкратов Ф. Г., Серегина Т. К. Коммерческая деятельность. Москва, 1996.

29. Codul penal al Republicii Moldova. Comentariu (sub red. Lui A. Barbăneagră). Chişinău, 2003.

30. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Издание 2-е. Под ред. Ю. И. Скуратова, В. М. Лебедева. Москва, 1999.

Recenzent:
Viorel V. BERLIBA,
doctor habilitat în drept,
conferenţiar universitar

Criminologie

ЩОДО КОНЦЕПЦІЇ КОНВЕНЦІЙНОЇ ІСТИНИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Юрій МИРОШНИЧЕНКО,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного, адміністративного та міжнародного права
Маріупольський державний університет

SUMMARY

The article studies the basic approaches to the studying of the nature of the truth in criminal procedure as well as emphasizes its dialectic and material conception. The author also analyzes philosophical background of the concept of the conventional truth and concludes that any proceeding presupposes that the court, while making final judgement, is obliged to acknowledge that any convention should conform with the existing circumstances of the criminal proceedings in order to hold liable every person who has committed a crime to the extent of his or her guilt and not to accuse or condemn an innocent person. Therefore, a guilty verdict of a court which is brought through the summary proceedings must be objectively true decision on circumstances of a crime a person who committed it.

Key words: criminal procedure, proof, conventional truth.

АНОТАЦІЯ

В статті аналізуються основні підходи до з'ясування природи істини в кримінальному процесі, наголошується на її діалектико-матеріалістичному розумінні. Досліджуються філософські витоки концепції конвенційної істини та обґрунтується висновок, згідно з яким за будь-якої процедури суд, ухвалюючи остаточне рішення у справі, повинен бути переконаний, що всілякі конвенції узгоджуються з дійсними обставинами кримінального провадження з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, а жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, а отже й обвинувальний вирок ухвалений в порядку спрощених судових процедур має бути об'єктивно істинним рішенням суду про обставини злочину та особу, яка його вчинила.

Ключові слова: кримінальний процес, доказування, конвенційна істина.

Вступна частина. Запровадження чинним кримінальним процесуальним кодексом України нових форм спрощеного кримінального провадження, посилення процесуального впливу сторони захисту на хід досудового розслідування, розширення функції судового контролю, ліквідація інституту додаткового розслідування, заборона використання судом свідчень, одержаних стороною обвинувачення під час досудового розслідування та інші новели процесуального законодавства суттєво поглибили змагальні засади кримінального судочинства і водночас загострили давню дискусію щодо проблем пізнання та сутнісної характеристики істини в кримінальному судочинстві.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В різні роки тією чи іншою мірою тема істини в кримінальному процесі висвітлювалася в працях С.А. Альперта, Р.С. Бєлкіна, Л.Є. Владимирова, Т.В. Варфоломеєвої, Ю.М. Грошевого, Т.М. Добровольської, О.О. Ейсмана, В.Т. Маляренка, Я.О. Мотовіловкера, І.В. Михайловського, М.М. Михеєнка, І.Д. Перлова, Д.Г. Тальберга, В.М. Тертишника, О.О. Хмирова та інших представників наук кримінального процесу й криміналістики.

Встановлення істини в кримінальному судочинстві здійснюється шляхом доказування, яке є центральною віссю всього кримінального процесу й полягає в регламентованій законом діяльності уповноважених осіб зі збирання, перевірки й оцінки фактичних даних про наявність чи відсутність суспільно небезпечної події, винуватості або невинуватості причетної до неї особи та інших обстави, що мають значення для кримінального провадження і є необхідними для ухвалення законного й обґрунтованого процесуального рішення.

Не зважаючи на те, що юридична література рясніє різноманітністю визначень поняття доказування, підхід, згідно з яким його метою є встановлення істини у кримінальному провадженні, залишається домінуючим. Питання лише в тому якою має бути ця істина: об'єктивною (матеріальною) чи формальною (процесуальною). Попри простоту формулювання проблеми, саме вона розділила теоретиків доказового права на два основні наукові табори. Одні з них наполягають на необхідності відшукування у кожній справі матеріальної (об'єктивної) істини, як єдиної підстави для ухвалення обвинувального вироку [1], тоді як інші заявляють про несумісність об'єктивної істини і змагальності судочинства або цілком заперечують

можливість осягнення об'єктивної істини в умовах кримінального процесу [2], залишаючи за нею статус «… юридично формалізованої судової істини, з більш-менш високим ступенем ймовірності (поза розумних сумнівів) наближеним до дійсності» [3].

Поряд із цим, окремі автори пропонують компромісні підходи до розуміння істини в кримінальному процесі, намагаючись інтегрувати всі відомі концепції істини в єдину комплексну категорію. Так, зокрема, російським процесуалістом Є.О. Карякіним висунута ідея динамічної моделі «судова істина», яка передбачає можливість встановлення об'єктивної, процесуальної або конвенційної істин залежно від тієї чи іншої ситуації судового розгляду [4]. В українській кримінальній процесуальній доктрині схожої точки зору дотримується В. Вапнярчук [5], концепцію конвенційної істини підтримує О.П. Кучинська [6].

Мета дослідження. Саме на конвенційній істині зупинився автор цієї статті, маючи на меті з'ясування її природи та придатності для вирішення завдань кримінального судочинства.

Виклад основного матеріалу. Дослідження означеної проблематики неможливе без розуміння філософських основ вчення про пізнання істини. Можна, напевне, прийняти докір проф. Ю.К. Якимовича щодо надмірного захоплення процесуалістів суміжними науками і особливо філософією, пізнання в якій, за словами вченого, у них не настільки великі, щоб робити серйозні філософські умовиводи стосовно кримінального процесу [7]. Проте, як відомо, перш ніж братися за розв'язання окремих питань слід визначитися із загальною проблемою, а тому в дискусії стосовно фундаментальних основ теорії доказування навряд чи можна уникнути базових філософських положень, що виражають найбільш загальні й суттєві закономірності об'єктивної реальності.

Сучасний стан юридичної науки характеризується посиленням уваги до філософського обґрунтування своїх рішень і висновків. Тому застосування філософських категорій у кримінальному процесі є природним явищем, яке поглиблює знання про характер об'єктивної істини [8]. Попри певні особливості, обумовлені специфікою пізнавальних задач, кримінально-процесуальне доказування за своєю гносеологічною сутністю зрідні науковому пізнанню, методологічну основу якого становлять положення діалектико-матеріалістичної філософії, що в силу їх всезагальності застосовні в усіх сферах пізнавальної діяльності, а «екстраполяція матеріалістичної діалектики як гносеології та методології на кримінально-процесуальне пізнання лише підіймає науково-філософський рівень правосуддя» [9]. При цьому, як справедливо зазначає В.С. Балакшин, ігнорування, як загальних законів, так і особливостей кримінально-процесуального пізнання і доказування в однаковій мірі призводить до помилкових висновків, у тому числі концептуального характеру [10, с. 10].

Ставлячи під сумнів можливість поширення на сферу кримінально-процесуального пізнання класичних філософських уявлень про сутність об'єктивної істини, її противники забувають, що колискою істини конвенційної, насправді, є не юриспруденція, що вона як і низка інших підходів до розуміння феномену істини має філософські витоки. Відомо, що у філософії склалися чотири основні концепції істини: кореспондентна (знання відповідає об'єктивній реальності), когерентна (істинність знання визначається його узгодженістю з більш загальною системою знання), прагматистська (істинним вважається знання корисне для людини) і конвенціоналістська (знання є істинним, якщо воно визнається таким більшістю вчених).

Конвенціоналізм, як особливий погляд на істинне знання, виник на початку XX століття і особливо проявив себе у філософії науки. Конвенціоналісти жодну наукову теорію не розглядають як істинну достовірно, а лише як «істинну за угодою» [11]. Свою увагу конвенціоналізм зосереджує на ролі суб'єктивних моментів пізнання, ставлячи при цьому під сумнів існування об'єктивної істини і відображаючий характер пізнання. Питання про істинність вихідних положень теорії він оголошує наслідком суб'єктивного розуміння поза емпіричних критеріїв оцінки істинності теорії зручності, простоти, краси, несуперечливості і т.д. Для конвенціоналізму в цілому характерні дві особливості: нехтування емпіричними компонентами і збіднене розуміння факторів, що детермінують формування наукових принципів [12].

Вважається, що в судочинстві так звана конвенціональна або конвенційна істина встановлюється при визнанні обвинуваченим кримінального позову, як наслідок договірного судоговоріння, взаємовигідної угоди сторони обвинувачення і захисту. Конвенціональний вирок - це рішення про задоволення кримінального позову, навіть якщо суд переконаний у протилежному, що представляє собою судове посвідчення конвенційної істини [13]. За Є.О. Карякіним судження у відповідності з указаною концепцією є істинним не тому, що воно відповідає дійсності, а тому, що суб'єкти домовилися вважати його істиною [14]. В спеціальній літературі в якості прикладу ухвалення судового рішення заснованого на конвенційній істині називають провадження за спрощеними судовими процедурами, зокрема на підставі домовленість учасників судового розгляду про недоцільність дослідження об-

ставин кримінального провадження, які ніким не оспорюються (ч. 3 і 4 ст. 349 КПК) та на підставі кримінально-процесуальних угод (ст. ст. 468–476 КПК).

Загальновідомим є той факт, що інститут угод між сторонами кримінального провадження найбільш розвинений в кримінальному процесі США, де «…угоди застосовуються на практиці вже понад 150 років, при цьому виявлена тенденція до постійного збільшення числа справ, розглянутих із застосуванням данного інституту ...» [15, с. 117]. За деякими даними від 80 до 90% справ про фелонії в США вирішуються на основі угод про визнання провини [16, с. 226]. Утім необхідно визнати, що з кінця минулого століття інститут кримінально-процесуальних угод став поступово впроваджуватись і в європейські праві системи.

Істинність судових рішень у таких провадженнях є фікцією (правовим припущенням), яка ґрунтується на принципі fictio est contra veritatem, sed pro veritate habetur (лат.), що означає - фікція протистоїть істині, але фікція визнається за істину. Проте в публічно-змагальному процесі, до якого ми відносимо українське кримінальне судочинство, діє інше правило: fictio cedit veritati (лат.) – фікція поступається істині, або фікція не має сили, коли їй протистоїть істина [16, с. 63-64].

У США процедура укладання угоди досить демократична і допустима практично по всіх категоріях кримінальних справ. У якості сприятливих наслідків визнання виступають перекваліфікація діяння на більш м’яке, зміна форми співучасті, виключення окремих пунктів звинувачення і скасування посилань на обтяжуючі обставини. Щоправда, оскільки в США обвинувачений не має права на повне ознайомлення з матеріалами справи, нерідкі випадки приховування від обвинуваченого стороною обвинувачення факту недостатності доказів у справі. Однак такого роду обман, за рішеннями касаційних судів, визнаний допустимим (Лойд 1985: 102 і далі). Тому в країнах континентальної Європи, де в порівнянні з англо-американським кримінальним процесом домінуючим є публічне начало, існує більш вузький похід до практики кримінально-процесуальних угод: визнається не вина, а звинувачення; суддя має право винести виправдувальний вирок за відсутності переконливих доказів; звужено коло сприятливих наслідків для визнає (тільки обмеження обсягу обвинувального висновку в Іспанії; тільки зниження терміну покарання на одну третину в Італії) і встановлені категорії справ, що підпадають під цю процедуру (що можуть спричинити позбавлення волі до 6 років - ст. 655 КПК Іспанії; до 3 років - ст. 444 КПК Італії) [17].

Таким чином, можна говорити про те, що провадження на підставі угод в українському кримінальному процесі більш наближена до відповідних процедур в законодавстві континентально-європейських країн. При цьомуне можна не визнати, щоспрощенісудовіпроцедуридійсноробляться судочинствобільшоперативним і економним, проте істину не можна визначати через корисність, прагматичність і т. п. Корисним може бути як те, що істинне, так і те, що неправдиве. Брехня на спасіння може бути вельми корисною, але, нажаль, ніколи не є істинною [18]. Цілком очевидно, що «конвенційна істина нічого не має спільного з об'єктивною істиною, проте вона зручна» [19]. Особливо, вона зручна в умова зростання кількості нерозкритих злочинів і судових помилок, адже домовленість сторін, на думку прихильників конвенційного судочинства, звільняє компетентні органи від повного всебічного та об'єктивного з'ясування всіх обставин справи, а суд - від необхідності перевірки їх доказами.

Незважаючи на те, що в чинному КПК України законодавець відмовився від терміну «істина», системний аналіз його норм показує, що встановлення істини як і раніше залишається метою судового доказування. Про це, зокрема, свідчить те, що одним із основних завданнями кримінального провадження є забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, а жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений (ст. 2). Судове рішення повинно бути законним, обґрунтованим і вмотивованим. При цьому обґрунтованим є таке рішення, яке ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, що підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом у встановленому законом порядку (ст.370). Обвинувальний вирок не може ґрунтуватися на припущеннях (ч. 3 ст. 373) і підлягає скасуванню у разі неповноти судового розгляду та невідповідності висновків суду, викладених у судовому рішенні, фактичним обставинам кримінального провадження (ч. 1 ст. 409). Ці та інші положення процесуального закону вимагають встановлення достовірних фактів, сукупність яких становить конкретну, абсолютну, об’єктивну істину стосовно основних питань кримінального провадження: вчинено злочин; злочин вчинено засудженим. Істина об’єктивна за своєю суттю й іншої істини не існує, її поняття, як і все істинне, просте - «...чи відповідають наші знання й висновки тому, що мало місце в дійсності чи ні. Якщо відповідають, то істина встановлена» [20].

Висновки. Економія сил, засобів, часу і, з рештою, процесуальна економія - річ безумовно ко-

рисна, але важливо, щоби спрощення не призвело до спрощенства. Важливо узгодити процесуальну економію зі встановленням дійсних обставин досліджуваної події, як запоруки обґрунтованого судового рішення, ухваленого на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, що підтверджені наданими учасниками кримінального провадження доказами, жоден з яких, в тому числі й показання обвинуваченого, не має наперед встановленої сили. Це означає, що за будь-якої процедури суд, ухвалюючи остаточне рішення у справі, повинен бути переконаний, що всілякі конвенції узгоджуються з дійсними обставинами кримінального провадження з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, а жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, а отже й обвинувальний вирок ухвалений в порядку спрощених судових процедур має бути об'єктивно істинним рішенням суду про обставини злочину та особу, яка його вчинила. Методи встановлення об'єктивної істини у спрощених кримінальних провадженнях вимагають окремого дослідження, яке в подальших планах автора.

Список використаної літератури

1. Див.: Азаров В.А. Функция предварительного расследования в истории, теории и практике уголовного процесса России : моногр. / В. А. Азаров, Н. И. Ревенко, М. М. Кузембаев. – Омск : Изд-во ОмГУ, 2006. – С. 267; Викторский С.И. Русский уголовный процесс: Учебное пособие / С.И. Викторский. - М., 1997 (издание 1912 г.). - С. 3; Головко Л.В. Теоретические основы модернизации учения о материальной истине в уголовном процессе / Л.В. Головко // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2012. № 4 (5). - С. 65–84; Зинатуллин З.З. Категория «истина», «предмет» и «социально-полезный результат» в уголовно-процессуальном доказывании; их содержание и социально-ценностное значение / З.З. Зинатуллин // Вестник Удмуртского университета. – 2010. – Вып. 4. - С.104-107; Ларин А.М., Мельникова Э.Б., Савицкий В.М. Уголовный процесс России // Лекции-очерки. - М., 1997. - С. 83–85; Нор В.Т. Істина в кримінальному судочинстві: ідея, догма права, реалізація [Електронний ресурс] / В.Т. Нор // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2010. – №2. - Режим доступу: http://www.lj.oa.edu.ua/articles/2010/n2/10nvtdpr.pdf; Орлов Ю.К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе / Ю.К. Орлов. — М.: Юристъ, 2009. - С. 11-32; Рязановский В.А. Единство процесса / В.А. Рязановский. - М., 1996. - С. 65; Томин В.Т. Уголовный процесс: актуальне проблемы теории и практики. М.: Юрайт, 2009. - С. 208.

2. Див.: Мизулина Е.Б. Уголовный процесс: концепция самоограничения государства: дисс. … докт. юрид. наук / Е.Б. Мизулина. - Ярославль,1991. - С.97; Лазарева В.А. Объективна ли «объективная истина»? / В.А. Лазарева // Библиотека криминалиста. Научный журнал. - 2012. - № 4 (5). - С. 171-176; Михайловский И.Б. Основные принципы организации уголовного суда / И.Б. Михайловский Томск, 1905. - С. 93; Пашин С.А. Проблемы доказательственного права // Судебная реформа: юридический профессионализм и проблемы юридического образования. М., 1995. – С. 312; Розин Н.Н. Уголовное судопроизводство / Н.Н. Розин. - СПб., 1905. - С. 93; Тальберг Т.Г. Русское уголовное судопроизводство. Т. 2. / Т.Г. Тальберг. - М., 1891. - С. 83.

3. Стойко Н.Г. Достижение истины в современном следственном и состязательном уголовном процессе / Н.Г. Стойко // Библиотека криминалиста. Научный журнал. - 2012. - № 4. - С. 264–273.

4. Карякин Е.А. Пятнадцать тезисов о формировании судебной истины по уголовному делу в суде первуй инстанции / Е.А. Карякин // Вестник ОГУ. – 2012. - № 3(139). – С. 72-78.

5. Вапнярчук В. Сущность истины в уголовном процессе / В. Вапнярчук // Закон и жизнь. – 2013. - № 9/2. – С. 53-56.

6. Кучинська О. П. Чи можливо встановити об'єктивну істину в кримінальному процесі [Електронний ресурс] / О. П. Кучинська // Часопис Академії адвокатури України. – 2011. – № 10(1). – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaau/2011-1/11kopvkp.pdf

7. Якимович Ю.К. О возможности достижения объективной истины в современном уголовном судопроизводстве / Ю.К. Якимович // Уголовная юстиция. – 2014. - № 1(3). - С. 69-74.

8. Грошевий Ю.М., Стахівський С.М. Докази і доказування у кримінальному процесі Науково-практичний посібник (2-ге вид, стереотипне). – К.: КНТ, Вид. Фурса С.Я., 2007. – 272 с.

9. Белов М.В. К вопросу о критериях истины в уголовном процессе / М.В. Белов // LexRussica (Научные труды МГАЮ). – 2008. - № 2. – С. 298-306.

10. Балакшин В. С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания : важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации : автореф. дис. … докт. юрид. наук ; 12.00.09 / В.С. Балакшин. - Екатеринбург, 2005. - 62 с.

11. Минасян Л.А. Новейшие аспекты методологи познания сложных саморазвивающихся систем (на матери але результатов современной физики элементарных частиц) / Л.А. Минасян // Вестник Томского госудаственного университета. Философия. Социология. Политология. - 2012. - №4. - вып. 1 (20). - С.65-72.

12. Коськов С.Н. Основные неоконвенционалистские версии методологии научного познания. Ч. 2 / С.Н. Каськов // Ученые записки ОГУ. Серия: Гуманитарные и социальные науки . 2008. №3. С.78-83.

13. Маткина Д.В. Конвенциальная форма судебного разбирательства / Д.В. Маткина // Вестник ОГУ. - 2009. - №3. - С. 82-84.

14. Карякин Е.А. Проблеми устранения судебных ошибок в светеучения об истине / Е.А. Карякин // Весник ОГУ. - № 3. – 2005. - С.162-166.

15. Уголовный процесс в США: Учебное пособие / Стойко Н.Г., Семухина О.Б. ; Краснояр. гос. ун-т. - Красноярск, 2000. - 315с.

16. Смирнов А.В. Уголовный процесс: учебник / А.В. Смирнов, К.Б. Калиновский ; под. общ. ред. проф. А.В. Смирнова. – изд. 4-е, перераб. и доп. - М. : КНОРУС, 2008. — 704 с.

17. Е.Д. Горевой. Особый порядок производства по уголовнымделам: история и современность [Электронный ресурс] / Е. Д. Горевой //Ученые записки. Электронный Журнал Курского государственного университета. – Режим доступа: http://scientific-notes.ru/pdf/005-12.pdf

18. Колоколов Н.А. Истина в состязательном процессе: проблемы аргументации (избранные тезисы выступления) / Н.А. Колоколов // Юридическая техника. - 2013. - №7-1. - С.11-18.

19. Кругликов А.П. Ещё раз об истине в уголовном судопроизводстве // Современное состояние и проблемы уголовного и уголовно-процессуального права, юридической психологии. Секции «Уголовно-процессуальное право» и «Юридическая психология»: материалы Междунар. науч.-практ. конф., Россия, г. Волгоград, 13-14 дек. 2012 г.; сост.: И.С. Дикарев, А.В. Боровков, Е.И. Елфимова. – Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2012. - С. 232-243.

20. Толстик В.А. Специфика аргументации в юридической науке / В.А. Толстик // Юридическая техника. – 2013. - № 7-1. – С. 28-35.

UNII FACTORI CARE CONTRIBUIE LA FORMAREA CONCEPŢIEI POLITICII PENALE

Larisa BUGA,
doctorandă, Institutul de Ştiinţe Penale şi Criminologie Aplicată

SUMMARY

In the current development conditions of the Republic of Moldova it is increasing more than ever the need for a concept of criminal policy, which would help to reduce/maintain an acceptable level of criminality. In this sense the author mentions some important factors that contribute to the criminal policy-making.

Keywords: criminal policy, criminal policy concept, criminological security

REZUMAT

În condiţiile actuale de dezvoltare a Republicii Moldova se accentuează mai mult ca niciodată necesitatea elaborării unei concepţii a politicii penale, care ar contribui la reducerea/menţinerea unui nivel acceptat al infracţionalităţii. În acest sens, autorul menţionează unii factori importanţi care contribuie la formarea politicii penale.

Cuvinte-cheie: politică penală, conceptul politicii penale, securitate criminologică

Introducere. În unul dintre studiile anterioare [1] ne-am referit la conceptul de politică penală. În prezentul studiul vom aborda factorii care contribuie la formarea politicii penale. În prezent, elaborarea unei politici penale noi este absolut stringentă, sarcină pusă în seama legiuitorului şi nu numai. Realitatea actuală, în condiţiile unei instabilităţi politice, economice, accentuării fenomenului corupţional, accelerării migraţiunii şi politizării instituţiilor care înfăptuiesc justiţia, demonstrează clar că societatea noastră traversează o etapă dificilă, fără precedent. Se evidenţiază cert actualizarea politicii penale a statului, care să corespundă condiţiilor actuale.

Politica penală a Republicii Moldova se caracterizează prin instabilitate din cauza lipsei unei concepţii a statului în acest sens, bazate pe evaluarea situaţiilor problematice în domeniu.

Scopul studiului îl formează elucidarea şi analiza unor factori determinanţi care contribuie la formarea politicii penale a statului.

Metode aplicate. În procesul elaborării prezentului studiu au fost utilizate următoarele metode de cercetare: a documentării ştiinţifice, a analizei de conţinut şi cea ipotetico-deductivă.

Rezultate obţinute şi discuţii. Elaborarea politicii penale presupune evaluarea situaţiei existente în legislaţie şi a realităţilor sociale pe care o încadrează juridic, stabilirea chestiunilor care cer o nouă reglementare, stabilirea priorităţilor, determinarea obiectivelor de atins, evaluarea finală a eficienţei noilor direcţii de politică penală. Aşadar, pentru elaborarea unei politici penale eficiente, legiuitorul va trebui să perceapă priorităţile care se evidenţiază actualmente şi să le aleagă pe cele mai importante şi urgente.

Elaborarea unei politici penale poate fi asimilată unei activităţi de creare a unui proiect, în care ar fi implicate toate structurile statului. În acest sens, cercetătorul rus T. Sabitov [9] menţionează că la formarea politicii penale participă:

- Poporul (prin intermediul referendumurilor);
- Preşedintele ţării;
- Guvernul;
- Parlamentul;
- Partidele politice;
- Societatea civilă;

Însă, în opinia unui alt cercetător, G. Lesnikov [10], rolul primordial în formarea politicii penale a statului îi revine sistemului organelor de drept din ţară. Împărtăşind această opinie, vom sugera că nu doar poliţia, procuratura şi justiţia influenţează politica penală, ci şi interesul criminal, promovat de demnitarii corupţi.

Unul dintre aspectele majore la determinarea politicii penale este raportarea realităţii sociale la problema care capătă caracter prioritar. De asemenea, trebuie avute în vedere şi alte variabile care pot influenţa respectiva prioritate, şi anume mijloacele financiare pe care legiuitorul este dispus să le aloce pentru soluţionarea acestei probleme. Totodată, mijloacele umane ce pot fi mobilizate la un moment dat pentru realizarea unei probleme contribuie la stabilirea gradului de prioritate ce va fi acordat situaţiei respective [6, p. 83-84].

Nevoile societăţii la etapa actuală presupun actualizarea obiectivelor de politică penală. Frecvenţa actualizărilor reprezintă o problemă ce trebuie raportată la criteriul necesităţii [6, p. 81]. Astfel, doar un raport strict de necesitate între fenomenele sociale care cer răspuns penal şi adoptarea unor noi obiective de politică penală justifică aceste modificări.

În condiţiile actuale pe care le traversează Republica Moldova, legiuitorul trebuie să caute măsuri

penale eficiente, iar în acest sens trebuie întreprinse *studii privind evaluarea situaţiei sociale şi infracţionale*. Informaţiile obţinute sînt extrem de preţioase; cunoaşterea etiologiei unui fenomen criminal permite tragerea anumitor concluzii şi luarea unor decizii care să ia în considerare componenta socială sau cea economică [6, p. 82]. În acest sens, un rol deosebit îl au studiile de sociologie, care au capacitatea de a evidenţia modul în care persoanele, societatea reacţionează la fenomenul criminal şi la acţiunile statului de gestiune şi control al acestor fenomene. Aceste studii pot furniza date cu privire la modul în care anumite schimbări sociale se reflectă în plan infracţional, informaţii foarte preţioase, deoarece cunoaşterea etiologiei unui fenomen criminal facilitează concluzionarea şi luarea deciziilor prin aprecierea componentei sociale sau economice. Evaluarea realităţii infracţionale constituie un pas necesar, or rezultatele obţinute pot contribui la găsirea celor mai potrivite soluţii.

Unul dintre aspectele importante în elaborarea politicii penale îl are *statistica criminologică* [6, p. 82], deoarece datele statistice furnizează cifrele privind tendinţele criminalităţii, dinamica, crimele comise pe grupe de persoane, tipurile de infracţiuni etc. Astfel, în urma analizei acestor date, este apreciată eficienţa politicii penale. Deoarece considerăm că scopul politicii penale constă în menţinerea în limite acceptabile a infracţionalităţii, în apărarea şi garantarea drepturilor şi libertăţilor persoanelor, la elaborarea politicii penale trebuie să se respecte raportul de proporţionalitate între măsura statală şi interesele destinatarilor acestora.

Un alt moment care merită atenţie în procesul elaborării politicii penale îl constituie *evaluarea impactului modificărilor legislative asupra societăţii*. Şi aici un rol semnificativ îl au organele de drept, care aplică legea şi restabilesc ordinea încălcată. Instabilitatea legislativă (modificare/completarea legislaţiei penale continuă şi accelerată) se reflectă în calitatea redusă a activităţii normative, caracterizată de o tehnică legislativă lipsită de coerenţă şi claritate, iar nerespectarea regulilor elementare de tehnică legislativă antrenează consecinţe asupra destinatarilor actelor normative şi situaţiilor reglementate. Insecuritatea legislativă în domeniul penal determină atît o reglementare prea deasă, cît şi lipsa intervenţiei legislative, atunci cînd reprezintă o obligaţie pentru legislativ [6, p. 91]. O politică penală funcţională nu se caracterizează prin multitudinea măsurilor legislative, ci prin sistematizarea problemelor existente pentru a elabora soluţii pe termen lung.

Pentru realizarea sarcinilor politicii penale, organele de drept vor depista situaţiile în care legea nu este aplicată unitar, din cauza dificultăţilor de înţelegere a sensului acesteia, şi vor elabora rapoarte referitor la modul de soluţionare a cauzelor controversate, la diferenţele în aplicarea legii. Organele de drept pot influenţa politica penală prin propuneri de modificare a legii în privinţa aspectelor pe care le consideră controversate, astfel să-şi justifice propunerile de îmbunătăţire a legislaţiei. Regulile de tehnică legislativă trebuie să fie respectate în primul rînd de organul legislativ, or indiferenţa manifestată faţă de normele de tehnică legislativă este pusă în evidenţă de jurisprudenţa Curţii Constituţionale, care are sarcina de realizare a controalelor respectării acestor reguli, prin raportare la principiile statului de drept.

Legea trebuie să fie accesibilă şi previzibilă [3]. În acest sens s-a expus şi Curtea Constituţională a României, care consideră că lipsa previzibilităţii şi a clarităţii unei norme juridice poate avea consecinţe restrictive în privinţa drepturilor şi libertăţilor persoanelor, acestea „(…) trebuie să aibă o reprezentare clară a normelor juridice aplicabile, astfel încît sa-şi adapteze conduita şi să prevadă consecinţele ce decurg din nerespectarea acestora” [5]. Astfel, caracterul general obligatoriu al hotărîrilor, deciziilor şi avizelor Curţii Constituţionale şi efectele pe care Constituţia le acordă acestora fac ca jurisprudenţa acestei instanţe să aibă potenţialul să determine în mod decisiv politica penală a statului [6, p. 145].

Atunci cînd decide asupra constituţionalităţii unei prevederi legale, instanţa constituţională îşi impune punctul de vedere, pe care îl pronunţă putînd provoca încetarea efectelor juridice ale normelor, dispoziţiilor constatate neconstituţionale sau obligarea Parlamentului sau a Guvernului de a le pune în acord fie cu dispoziţiile Constituţiei, fie cu decizia Curţii Constituţionale. Actele emise de Curte reprezintă ghidul care determină modificarea unei dispoziţii legale, ceea ce echivalează cu implicarea destul de importantă a acestei instanţe în crearea politicii penale.

Atunci cînd vorbim despre politica penală, la elaborarea acesteia legiuitorul urmăreşte sporirea excesivă a sancţiunilor [6, p. 32]. Una dintre modalităţile de înăsprire a regimului sancţionator constă în incriminarea de noi forme de agravate ale unor infracţiuni. Efectul acestora este de creştere a limitelor în care se realizează activitatea de individualizare a pedepsei, ceea ce duce la restrîngerea libertăţii individuale a persoanei. În asemenea cazuri se va analiza dacă măsura de restrîngere a libertăţii individuale luată de stat în raport de o faptă penală săvîrşită în anumite circumstanţe este proporţională cu mărimea concretă de comitere a infracţiunii şi cu vătămarea suferită de subiectul infracţiunii.

Finalitatea sistemului de politică penală constă în protecţia persoanei, a drepturilor şi a libertăţilor ei

individuale, şi nu normarea în sine, ceea ce creează instabilitate, or abundenţa legilor penale bulversează societatea.

În conţinutul politicii penale includem:

- Elaborarea şi realizarea sarcinilor statului în domeniul prevenirii şi combaterii criminalităţii.

- Stabilirea mijloacelor, formelor şi metodelor activităţii statului/organelor statului în domeniul combaterii criminalităţii;

Conţinutul politicii penale presupune necesitatea stabilirii unor asemenea sarcini, determinarea mijloacelor, formelor şi metodelor de contracarare a criminalităţii care:

1) să fie legale;

2) să fie eficiente, să corespundă surselor financiare alocate de stat în domeniul contracarării criminalităţii;

3) să asigure protejarea şi garantarea drepturilor şi intereselor legale ale cetăţenilor.

Aceasta a treia componentă nu va fi posibil de realizat fără o putere politică stabilă, fără un sistem de organe de stat capabile să realizeze lupta cu criminalitatea şi fără susţinerea societăţii civile. Eficienţa puterii de stat constituie temelia apărării intereselor şi însăşi existenţa a statului. Prin urmare, elaborînd şi realizînd politica penală, organele de stat soluţionează sarcinile fortificării statalităţii, anumite sarcini socioeconomice, ideologice şi politice. De asemenea, formarea politicii penale este determinată de următorii factori:

✓ Studii teoretice, elaborarea conceptelor teoretice care ar permite formularea şi justificarea ideilor politicii penale.

✓ Elaborarea, adoptarea şi perfecţionarea noţiunilor juridice, în scopul realizării sarcinilor politicii penale.

✓ În temeiul legii supreme, a altor acte normative – formularea directivelor la diverse niveluri de conducere.

✓ Gestionarea realizării politicii penale, ceea ce presupune organizarea măsurilor concrete în vederea contracarării criminalităţii.

Politica penală se formează sub influenţa schimbărilor din economie, ideologie, din situaţia politică din ţară. Aceste circumstanţe urmează a fi analizate periodic şi utilizate la corectarea sarcinilor politicii penale.

Concepţia politicii penale poate fi influenţată de o serie de circumstanţe:

✓ indicatorii criminalităţii în general sau pe tipuri, care arată înrăutăţirea, stabilizarea sau îmbunătăţirea situaţiei criminogene;

✓ posibilităţile de care dispun organele de drept, rezultatele obţinute prin indicarea nivelului latent, corupţia, recidiva, alţi indicatori ai criminalităţii, precum şi posibilitatea asigurării pedepsei echitabile celor vinovaţi;

✓ factorii care influenţează indirect situaţia criminogenă: situaţia economică şi caracteristicele acesteia: procentul şomerilor, inclusiv din numărul infractorilor; corelarea posibilităţilor informaţionale, metodice şi organizaţionale cu organele puterii executive, organele administraţiei publice locale;

✓ nivelul conştiinţei juridice a populaţiei, „reacţia" faţă de activitatea organelor de drept; nivelul conştiinţei juridice a subiectelor ce realizează politica penală;

✓ sarcinile şi scopurile politice de stat stabilite în concepţia securităţii naţionale, alte acte conceptuale ale organelor de stat.

Concepţia politicii penale, în opinia lui V. Revin, trebuie să includă direcţia privind „corectarea" viziunii populaţiei, or populaţia nu are încredere în capacităţile profesionale ale organelor de drept, care valorifică sceptic posibilităţile organelor de stat, inclusiv ale celor de drept în eficacitatea contracarării criminalităţii [8]. De asemenea, concepţia politicii penale trebuie să corespundă specificului perioadei istorice de dezvoltare a statalităţii, să se ţină cont de specificul situaţiei de tranziţie pe care o traversează Republica Moldova în toate domeniile.

Vorbind despre politica penală, nu putem să nu menţionăm legătura indisolubilă dintre aceasta şi criminologie, or dreptul penal constituie punctul de pornire al ambelor.

Criminalitatea reprezintă un flagel cu un grad de pericol social sporit pentru fiecare persoană din societate. Savantul rus M. Babaev menţionează că piatra de temelie a politicii penale o constituie conceptul ***securităţii criminologice*** [7]. Acest concept îl atestăm la savanţii M. Babaev şi V. Bujor, care, încă în anul 2003, au propus introducerea în circuitul ştiinţific a noţiunilor de *securitate criminologică* şi *asigurare a securităţii criminologice* [2]. În acest sens, criminologii sus-numiţi au formulat noţiunea de securitate criminologică, prin care înţeleg starea obiectivă de protecţie a intereselor vitale şi a intereselor de altă natură ale persoanei, ale societăţii şi ale statului; a valorilor naţionale: a modului naţional de viaţă împotriva atentatelor criminale şi a pericolului acestor atentate, cauzat de diferiţi factori criminogeni (fenomene şi procese), de activitatea criminală şi de interesele criminale. Securitatea criminologică înseamnă şi conştientizarea de către cetăţeni a acestei protecţii contra pericolului criminal (sau a atentatelor criminale).

Într-un alt studiu, realizat recent [7], cercetătorul M. Babaev menţionează că o politică penală bazată pe concepţia securităţii criminologice poate modifica

situaţia potrivit căreia politica penală este orientată spre contracararea criminalităţii, or obiectul securităţii criminologice îl constituie interesele vitale, drepturile şi libertăţile, viaţa şi sănătatea cetăţenilor, proprietatea, instituţiile statale şi sociale, a căror funcţionare asigură prevenirea crimelor şi protecţia contra atentatelor criminale. Însă, criminologul susţine că, în afară de crime şi criminali, mai există şi victimele infracţiunilor, persoanele cu un grad sporit de victimizare, care necesită protecţie, societatea şi populaţia, care necesită apărare din partea ameninţărilor criminale. Din acest punct de vedere, cercetătorul rus menţionează că organele de drept nu le acordă niciun fel de protecţie. Astfel, o politică penală bazată pe concepţia securităţii criminologice va schimba radical această situaţie, or securitatea ca idee de bază a concepţiei acordă politicii penale un sens suprem.

Totodată, politica penală la etapa actuală nu mai poate fi gîndită şi dezvoltată insular şi independent de politica penală a statelor cu care sîntem parteneri în structuri la care am aderat sau în proiecte comune. Se cere armonizarea dreptului penal material cu sistemele celorlalte state-membre ale Uniunii Europene, ca o premisă a cooperării judiciare în materie penală bazată pe recunoaştere şi încredere reciprocă.

Preocupările privind colaborarea între state în scopul elaborării unor acte normative cît mai eficiente, accesibile şi în concordanţă cu principiile fundamentale ale drepturilor şi libertăţilor omului, au animat atît politicienii, cît şi profesioniştii dreptului în fiecare etapă istorică de organizare şi dezvoltare a statului. În scopul reducerii infracţionalităţii, este necesară consolidarea şi dezvoltarea unei politici penale comune la nivel european, bazate pe norme penale comune tuturor statelor. Schimbul de experienţă şi furnizarea reciprocă a informaţiilor generate de experienţa fiecărui stat în domeniul luptei cu infracţionalitatea trebuie să genereze o colaborare permanentă între toate statele-membre ale Uniunii Europene.

Consiliul Europei recomandă: „Oricît de gravă ar fi situaţia unei societăţi cu privire la criminalitate, toate măsurile vizînd să o combată care nu ar ţine de valorile democratice, de drepturile omului şi de preeminenţa dreptului ar fi inacceptabile”.

Concluzii. Elaborarea unei noi politici penale constituie un imperativ al timpului în condiţiile schimbărilor la nivel de persoană, societate, stat. În opinia noastră, factorii nominalizaţi mai sus ar contribui la formarea unei concepţii de politici penale ale statului eficiente şi capabile să contribuie la contracararea criminalităţii în mod substanţial.

Referinţe bibliografice

1. L. Buga. Reflecţii asupra conceptului de politică penală. În: Legea şi Viaţa, august 2013, p. 8-13.

2. Babaev M., Bujor V. Noţiune de securitate criminologică. În: Revista de criminologie, drept penal şi criminalistică, nr. 1-2. Chişinău, 2003, 146 p.

3. Cauza Sunday Times c. Regatului Unit, 1979, par. 49; cauza Rotaru c. României, 4 mai 2000, par. 52 (http://www.echr.coe.int; Malone c. Royaume-Uni, 2 august 1984, seria A, nr. 82, p. 32, par. 67.

4. Consiliul Europei, Recomandarea nr. R (96) 8 (1996). www.coe.int.

5. DCC nr. 1258/2009. În: Monitorul Oficial al României, nr. 798 din 23 noiembrie 2009.

6. Putinei Mădălina Cristina. Politica penală şi libertatea individuală. Studiu comparativ în dreptul român şi elveţian. Bucureşti: Editura C-H-Beck, 2014.

7. Бабаев М.М. Криминологические предпосылки формирования уголовной политики. В: Ученые труды Российской Академии адвокатуры и нотариата. № 3 (26), 2012, с. 94-99.

8. Ревин В.П. О разработке концепции уголовной политики Российской Федерации и совершенствовании законодательства. В: Пробелы в Российском законодательстве, № 1, с. 262-264.

9. Сабитов Т.Р. Уголовно-правовая политика Российской Федерации и ее принципы. В: Вестник НГУ. Серия: Право, 2007, том 3, выпуск 1, с. 167-174.

10. Лесников Г.Ю. Уголовная политика Российской Федерации (проблемы теории и практики). Москва, 2004, 200 с.

Drept contravențional

ПРОГОЛОШЕННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ ЯК СКЛАДОВА ПРИНЦИПУ ГЛАСНОСТІ І ВІДКРИТОСТІ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА

Олена МІЛІЄНКО,
здобувач кафедри адміністративного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

SUMMARY

This article analyzes the issue pronouncements of judicial decisions as part of the principle of transparency and openness of administrative proceedings. Noted a certain inconsistency in the terminology of international statutory instruments and national legislation on designation of principles of «transparency», «openness», «publicity» and not entirely successful formulation of the principle of transparency in the national legislation (including the Code of Administrative Court Procedure of Ukraine), which generates debate in legal doctrine regarding the feasibility of isolating the «internal» and «external» transparency of court procedure. It is noted that native legislation does not establishes exceptions to publicity of pronouncement of judicial decisions, while limits for declaration full judicial decisions are specified, in cases while a closed court hearing it is possible only public declaration of the resolution of the relevant kind of judgment. It is indicated on the declaration of three options (combinations of parts that must be proclaimed) – a complete solution, introductory and operative part, only the operative part notes the desirability of reducing them to two of these options (complete solution or introductory and operative part).

Key words: judicial decisions, proclamation of judicial decisions, publication of judicial decisions, transparency, openness, publicity.

АНОТАЦІЯ

У статті аналізуються питання проголошення судових рішень як складової принципу гласності та відкритості адміністративного судочинства. Зазначається на певну непогодженість у термінології міжнародних нормативно-правових актів та національному законодавстві щодо позначення принципів «гласності», «відкритості», «публічності» та не зовсім вдале формулювання принципу гласності у вітчизняному законодавстві (в тому числі у Кодексі адміністративного судочинства України), що породжує дискусії у процесуальній доктрині щодо доцільності виокремлення «внутрішньої» та «зовнішньої» гласності судочинства. Зазначається, що винятків щодо прилюдності проголошення судових рішень вітчизняне законодавство не закріплює, натомість встановлені обмеження щодо проголошення повністю судових рішень, коли у випадках закритого судового засідання можливим є публічне проголошення лише резолютивної частини відповідного різновиду судового рішення. Вказується на три варіанти проголошення (комбінації частин, які обов'язково мають проголошуватись) – повне рішення, вступна та резолютивна його частина, лише резолютивна його частина та зазначається на доцільність зведення їх до двох таких варіантів (повне рішення або вступна та резолютивна його частина).

Ключові слова: судові рішення, проголошення судових рішень, оприлюднення судових рішень, гласність, відкритість, публічність.

Постановка проблеми. У процесуальній науці дискусійними є питання щодо змісту принципів гласності та відкритості того чи іншого різновиду судового процесу, і адміністративне судочинство не є винятком у цьому питанні. Ті законодавчі формулювання принципу гласності та відкритості судочинства, які існують нині у спеціальному щодо судоустрою та статусу суддів вітчизняному законодавстві та кодифікованих процесуальних актах, не відповідають формулюванням, які закріплюють міжнародні нормативно-правові акти, де найчастіше йдеться про принцип публічності. До того ж у вітчизняному кодифікованому процесуальному законодавстві відповідні норми про гласність та відкритість судочинства сформульовані таким чином, що дають змогу вченим-процесуалістам виокремлювати «внутрішню» та «зовнішню» гласність, що навряд чи можна визнати вдалою побудовою відповідних норм. Всі ці та інші питання, пов'язані із проголошенням судових рішень (всіх їх різновидів) як складової принципу гласності та відкритості стосовно специфіки адміністративного судочинства, потребують детального дослідження.

Основоположною базою дослідження принципів адміністративного права загалом, та принципів адміністративного судочинства зокрема, а також безпосередньо принципів гласності та відкритості є наукові праці таких радянських та сучасних вітчизняних та зарубіжних вчених-юристів,

як В.Б. Авер'янов, Д.М. Бахрах, В.М. Бевзенко, Ю.П. Битяк, В.А. Власов, В.В. Галунько, П.В. Діхтієвський, М.Г. Кобилянський, Ю.М. Козлов, Т.О. Коломоєць, В.К. Колпаков, А.Т. Комзюк, О.П. Коренєв, О.В. Кузьменко, Б.М. Лазарєв, Д.М. Лук'янец, О.Є. Луньов, В.М. Манохін, Р.С. Мельник, Г.І. Петров, С.Г. Стеценко, С.С. Студеникін, Ю.О. Тихомиров, Г.А. Хом'яков, А.М. Школик та інші. Протягом останніх років було захищено декілька дисертаційних досліджень, в яких безпосередньо чи опосередковано досліджувалась визначена нами проблематика, а саме: О.О. Овсяннікова («Транспарентність судової влади», 2009 р.); А.А. Пухтецька («Європейські принципи адміністративного права та їх запровадження в законодавстві України», 2009 р.); С.А. Бондарчук («Принципи адміністративного судочинства України», 2011 р.); П.О. Баранчик «Принципи адміністративного права», 2012 р.); О.О. Гаврилюк («Принцип гласності та відкритості у адміністративному судочинстві України», 2012 р.); В.М. Кондратенко («Принципи гласності та відкритості в адміністративному судочинстві України», 2013 р.) тощо. Однак, попри багатогранність досліджень, присвячених з'ясуванню поняття, змісту та місця принципу гласності та відкритості адміністративного судочинства, не зважаючи на вказаний стан наукової розробки окресленого питання, у сучасній правовій науці загалом та в адміністративному процесі зокрема, визначення та зміст зазначеного принципу лишається дискусійним, а питання проголошення судових рішень як складова цього принципу майже не висвітлюються.

Метою цієї статті є аналіз окремих питань, пов'язаних із проголошенням судового рішення як складової принципу гласності та відкритості адміністративного судочинства, зокрема: дослідження питань співвідношення цього принципу із принципом публічності; виявлення недоліків у нормативному врегулюванні питань проголошення судових рішень та формулювання пропозицій щодо їх усунення.

Виклад основного матеріалу. У складі ст. 12 Кодексу адміністративного судочинства України «Гласність і відкритість адміністративного судочинства» (далі – КАС України) є положення, якими регулюються окремі питання проголошення судових рішень (ч. 9), що дає змогу віднести цей аспект до складу принципу гласності і відкритості. Як вірно зазначають Р. Куйбіда та О. Сироїд, відкритість судових рішень – це потреба суспільства в інформації про діяльність судів як органів державної влади, що утримуються за рахунок платників податків. Саме судові рішення є чи не найважливішим індикатором якості послуг суду. Щоб суди мали довіру, правосуддя має бути зрозумілим і прозорим для людей [1, с. 19-20]. Отже, проголошення судових рішень є «виданням у світ» результату правосуддя. Про доцільність визнання публічного проголошення рішення необхідним елементом засади гласності та відкритості адміністративного судочинства, та про те, що реалізація принципу гласності та відкритості судового розгляду адміністративної справи невід'ємно пов'язана з доступністю ознайомлення із судовими рішеннями, зазначається й в наукових джерелах [2].

Частина 9 ст. 12 КАС України окремо регулює питання проголошення судових рішень у справах, розгляд яких проводився відкрито (загальне правило), та у справах, щодо яких було прийняте рішення про закритий їх розгляд. Так, зокрема, судове рішення, ухвалене у відкритому судовому засіданні, проголошується прилюдно. Якщо судовий розгляд відбувався у закритому судовому засіданні, прилюдно проголошується лише резолютивна частина рішення. Відтак, винятків щодо прилюдності проголошення не існує, а йдеться про обмеження проголошення прилюдно частин рішення: загальним є правило про прилюдне оголошення всього судового рішення (всіх чотирьох його частин), а винятком – прилюдне проголошення лише частини рішення суду, а саме резолютивної його частини.

Прилюдне проголошення судового рішення (або резолютивної його частини) має неабияке значення, адже з ним пов'язується декілька аспектів адміністративного судочинства. Аналіз норм КАС України дозволяє зробити висновок про залежність багатьох питань, пов'язаних з рішенням суду, із моментом його проголошення, адже саме цей момент є визначальним для питань оскарження, набрання законної сили, видання копій судових актів та інших. Так, зокрема, з часом проголошення судових рішень пов'язані:

1) строк для внесення зауважень щодо неповноти або неправильності технічного запису і журналу судового засідання (сім днів з дня проголошення рішення – ч. 1 ст. 43 КАС України);

2) строк для оскарження в апеляційному порядку:

– судових рішень за наслідками розгляду справ, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму (у дводенний строк з дня проголошення судових рішень – ч. 5 ст. 177 КАС України);

– судових рішень у справах за адміністративними позовами з приводу видворення іноземців

та осіб без громадянства (п'ятиденний строк з дня проголошення такого рішення – ч. 5 ст. 183-5 КАС України);

– постанови суду першої інстанції (протягом десяти днів з дня її проголошення; протягом десяти днів з дня отримання копії постанови – ч. 2 ст. 186 КАС України);

– ухвали суду першої інстанції (протягом п'яти днів з дня її проголошення; протягом п'яти днів з дня отримання копії ухвали – ч. 3 ст. 186 КАС України);

3) час набрання законної сили:

– судовим рішенням суду апеляційної інстанції за наслідками розгляду справ, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму, та їх оскарження (набирають законної сили з після закінчення строку апеляційного оскарження, а у разі їх апеляційного оскарження – з моменту проголошення судового рішення суду апеляційної інстанції ч. 3 ст. 177 КАС України);

– судових рішень Вищого адміністративного суду України (набирають законної сили з моменту проголошення – ч. 3 ст. 177 КАС України);

– судовими рішеннями у справах за адміністративними позовами з приводу видворення іноземців та осіб без громадянства (набирають законної сили після закінчення строку апеляційного оскарження, а в разі їх оскарження – з моменту проголошення судового рішення суду апеляційної інстанції – ч. 7 ст. 183-5 КАС України);

– постановами або ухвалами суду апеляційної чи касаційної інстанції за наслідками перегляду, постановами Верховного Суду України (з моменту проголошення; через п'ять днів після направлення їх копій особам, які беруть участь у справі (ч. 5 ст. 254 КАС України);

– ухвалами суду за результатами розгляду заяви про звернення постанови до негайного виконання (набирає законної сили з моменту проголошення – ч. 4 ст. 256 КАС України).

4) строк для видання копій судових актів:

– невідкладне видання особам, які брали участь у справі, або надсилання особам, які не були присутні під час проголошення судового рішення за наслідками розгляду справ, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму, та їх оскарження, його копій (ч. 2 ст. 177 КАС України);

– невідкладне видання особам, які брали участь у справі, або надсилання копії судового рішення, якщо вони не були присутні під час його проголошення рішення у справах за адміністративними позовами суб'єктів владних повноважень про обмеження щодо реалізації права на мирні зібрання (ч. 7 ст. 182 КАС України);

– невідкладне видання особам, які брали участь у справі, або надсилання особам, які не були присутні під час проголошення рішення у справах за адміністративними позовами про усунення обмежень у реалізації права на мирні зібрання, його копії (ч. 5 ст. 183 КАС України) тощо.

Слід розрізняти поняття «проголошення» судових рішень та «оприлюднення» судових рішень. Перше поняття стосується зачитування судових рішень (або їх частин) уголос відразу після виходу з нарадчої кімнати, в якій вони ухвалювались. Щодо проголошення законодавчою є вимога про його негайність – «негайне проголошення». Також дещо обмеженим може бути й коло осіб, в присутності яких судові рішення проголошуються. Друге поняття також безпосередньо пов'язане із питаннями гласності та відкритості адміністративного судочинства (хоча, на наш погляд, воно більш «тяжіє» до принципу «публічності», аніж до принципу «гласності та відкритості»), натомість «оприлюднення» включає у себе як «проголошення» (своєрідний перший етап «відкриття» судових рішень для громадськості), так й інші способи оприлюднення. Як зазначається у виданнях, розрахованих безпосередньо на суддів [1, с. 19], способів оприлюднення судових рішень багато: проголошення у судовому засіданні; друк у засобах масової інформації чи збірниках судових рішень; розміщення у загальнодоступному реєстрі на офіційному веб-порталі судової влади відповідно до Закону України «Про доступ до судових рішень». Це ж саме закріплено і нормативно-правових актах. Так, відкритість судових рішень знайшла своє подальше нормативне закріплення та була деталізована у Законі України «Про доступ до судових рішень» від 22.12.2005 р. № 3262-IV. Зокрема ст. 2 «Відкритість судових рішень» цього Закону закріплює загальне правило про прилюдне проголошення рішень суду, встановлюючи одночасно винятки з цього правила (крім випадків, коли розгляд справи проводився у закритому судовому засіданні), та право кожного на доступ до судових рішень. Нині чинна редакція цього Закону (ч. 2 ст. 2) вміщує імперативне правило про обов'язкову відкритість усіх судових рішень та їх оприлюднення в електронній формі не пізніше наступного дня після їх виготовлення і підписання. Судові рішення також можуть публікуватися в друкованих виданнях із додержанням вимог цього Закону. Також встановлено, що якщо судовий розгляд відбувався у закритому судовому засіданні, судове рішення оприлюднюється з виключенням інформації, яка за рішенням суду щодо розгляду справи у закритому судовому засіданні підлягає

захисту від розголошення. Отже, якщо питання проголошення судових рішень регулюються загальним Законом України «Про судоустрій та статус суддів» та процесуальними кодифікованими актами, то інші способи оприлюднення регулюється вже спеціальними законодавчими та іншими нормативно-правовими актами. І якщо йдеться про інші (крім проголошення) способи оприлюднення, то коло осіб, які мають доступ до цього рішення, розширюється.

Зупинимось на останній тезі більш детально. У ст. 12 КАС України щодо питань, пов'язаних із гласністю та відкритістю адміністративного судочинства, стосовно осіб та інформації, яку можуть отримати ті чи інші особи, закріплено декілька положень (узагальнення подано у таблиці). Так, зокрема, йдеться:

хто може отримати інформацію	яка інформація може бути отримана	обмеження
1) особи, які беруть участь у справі	усна або письмова інформація щодо *результатів розгляду справи*	звернення особи, яка бере участь у справі, не підлягає розгляду та не потребує відповіді, якщо у ньому не зазначено: – місце проживання чи місцезнаходження (для юридичних осіб); – не підписано автором (авторами); – неможливо встановити його авторство; – звернення містить вислови, що свідчать про неповагу до суду
2) особи, які не брали участі у справі, але суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси чи обов'язки	усна або письмова інформація щодо *результатів розгляду справи*	обмеження відсутні
3) будь-хто (у законодавчому формулювання – ніхто не може бути обмежений у праві на отримання … інформації)	інформація про дату, час і місце розгляду *своєї* справи	обмеження відсутні
4) будь-хто (у законодавчому формулювання – ніхто не може бути обмежений у праві на отримання … інформації)	інформація про те, які *судові рішення* ухвалені у *його* справі	обмеження відсутні
5) кожен	судові рішення у будь-якій розглянутій у *відкритому* судовому засіданні справі, *які набрали законної сили*	право на ознайомлення може бути обмежено відповідно до закону: – в інтересах нерозголошення конфіденційної інформації про особу; – в інтересах нерозголошення державної таємниці; – в інтересах нерозголошення іншої таємниці, що охороняється законом

Отже, КАС України окремо згадує про три категорії суб'єктів отримання інформації про результати розгляду справи: 1) осіб, які брали участь у справі; 2) осіб, які не брали участі у справі (за певної умови – якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси чи обов'язки); 3) будь-хто (кожен). Говорячи про категорії, звичайно маємо на увазі умовність такого позначення, адже навряд чи можна виокремити як певну категорію таких суб'єктів, як «кожен», «будь-хто», зрозуміло, що вона поглинає всі інші – і осіб, які брали участь у справі, і осіб, які не брали участі у розгляді справі. Виокремлення пов'язане лише зі змістом інформації та певними встановленими законодавчими обмеженнями щодо отримання відповідної інформації.

Як вбачається з наведених у таблиці положень ст. 12 КАС України, виокремлюючи складові принципу гласності та відкритості адміністративного судочинства щодо «інформації, яка може бути отримана» згадується про «результати розгляду справи» та про «судові рішення, ухвалені у спра-

ві», відтак необхідним є аналіз співвідношення цих понять.

Поняття «результати розгляду справи» є ширшим порівняно із «судовими рішеннями, ухваленими у справі», адже результатом розгляду справи може бути, наприклад, закриття провадження у справі. Але, якщо прийняти до уваги, що законодавчою вимогою є оформлення адміністративним судом певного процесуального документа як результату своїх дій, а таким процесуальним документом щодо закриття провадження у справі є ухвала, то маємо «плавне перетікання» від дії (результат розгляду справи) до акту – певного судового рішення (у наведеному прикладі – ухвала). Що ж стосується поняття «судові рішення», то цим поняттям охоплюються постанови та ухвали адміністративного суду. Це випливає з аналізу положень ст. 160 КАС України «Порядок ухвалення судових рішень, їх форма».

Вирішення питання щодо того, чи підлягає розголошенню інформація про зміст судових рішень до моменту вступу їх у законну силу, залежить від того, хто є суб'єктом, заінтересованим в отриманні такої інформації – особи, які мають відношення до справи, чи інші особи. У першому випадку момент розголошення інформації про зміст відповідного судового рішення не пов'язаний із моментом вступу його у законну силу, у другому – безпосередньо пов'язаний, адже кінцевого результату по справі може ще й не бути, оскільки сторони можуть скористатись наданим їм правом у встановлений строк оскаржити відповідне судове рішення, а, відтак, момент набуття ними законної сили певним чином відстрочений і пов'язаний із закінченням розгляду справи у порядку апеляційного провадження.

Щодо самого порядку проголошення судового рішення, він регулюється окремою статтею КАС України – ст. 167 «Проголошення судового рішення, видача або направлення судового рішення особам, які беруть участь у справі, та особам, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи, інтереси чи обов'язки». Зокрема, проголошення судових рішень пов'язується із дотриманням чітко встановлених вимог:

1) негайність (момент, з якого має відраховуватись початок дії цієї оціночної категорії – вихід із нарадчої кімнати);

2) роз'яснення головуючим особам, які присутні при проголошенні відповідного судового рішення, трьох моментів:

– його змісту;

– порядку його оскарження;

– строку його оскарження.

При цьому таке роз'яснення обов'язково має відбуватись у судовому засіданні, у момент (чи після) проголошення.

Інші питання, які врегульовані у ст. 167 КАС України, належать вже не безпосередньо до проголошення судових рішень, а до інших етапів, які, в свою чергу, охоплюються поняттям «оприлюднення».

Так, подальшим (після проголошення) етапом оприлюднення відповідних судових рішень адміністративного суду є вручення (надсилання) копії постанови (ухвали) апеляційного суду особам, які брали участь у справі, та особам, які не брали участь у справі, але щодо яких суд вирішив питання про їх права, свободи, інтереси чи обов'язки. Строк такого вручення (надсилання) залежить від вимоги сторін. Якщо відповідна вимога про видання копії постанови (або її вступної та резолютивної частин) чи ухвали суду надійшла від осіб, які беруть участь у справі, або від осіб, які не брали участі у справі, але щодо яких суд вирішив питання про їх права, свободи, інтереси чи обов'язки, суд має видати відповідну копію у цей самий день, а також повідомити про час, коли особи, які брали участь у справі, можуть одержати копію постанови в повному обсязі (у разі проголошення в судовому засіданні лише вступної та резолютивної частин постанови). Дещо інший порядок вручення копій судових рішень особам, які брали участь у справі, але не були присутні у судовому засіданні. У такому випадку копія відповідного судового рішення надсилається рекомендованим листом з повідомленням про вручення протягом трьох днів з дня його ухвалення чи складення у повному обсязі або у разі їх звернення вручаються під розписку безпосередньо в суді. Якщо справа розглядається судом за місцезнаходженням суб'єкта владних повноважень і він не був присутній у судовому засіданні під час проголошення судового рішення, суд не надсилає копії такого рішення, а лише повідомляє такому суб'єкту про можливість отримання копії судового рішення безпосередньо в суді. Також у 2011 р. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення окремих положень адміністративного судочинства» від 17.11.2011 р. № 4054-VI ст. 167 КАС України була доповнена положеннями про те, що особа, яка бере участь у справі, а також особа, яка не брала участі у справі, але щодо якої суд вирішив питання про її права, свободи, інтереси чи обов'язки, може отримати в суді, де знаходиться адміністративна справа, копію рішення, що є в матеріалах цієї справи, ухваленого адміністративним судом будь-якої інстанції (ч. 5).

Аналіз норм КАС України щодо проголошення

всього рішення чи певних його частин дає змогу констатувати, що є три варіанти: 1) проголошення всього рішення (всіх чотирьох частин відповідної постанови або ухвали – вступної, описової, мотивувальної та резолютивної); 2) проголошення лише вступної та резолютивної його частин (у виняткових випадках залежно від складності справи можливе відкладення складення постанови у повному обсязі – ч. 3 ст. 160 КАС України. Також цей виняток можна застосовувати і до ухвал, адже відповідно до ч. 7 ст. 160 КАС України, до складення ухвал застосовуються правила ч. 3 цієї статті); 3) проголошення лише резолютивної частини судових рішень (ч. 9 ст. 12 КАС України). Незрозумілим, на наш погляд, є, чому у змісті ст. 12 КАС України йдеться лише про резолютивну частину, а про вступну не йдеться, адже аналіз норм ст. 163 «Зміст постанови» та ст. 165 «Зміст ухвали» КАС України щодо вступної частини вказаних різновидів судових рішень дозволяє констатувати, що ця частина відповідних судових рішень не вміщує тої інформації, яка може бути підставою для проведення закритого судового засідання (не є такою, що не може проголошуватись). Доцільною було б зміна ч. 9 ст. 12 (додання до резолютивної ще й вступної частини при проголошенні судових рішень у справах, розгляд яких проводився у закритому судовому засіданні).

Як вже було вказане вище, «проголошення судових рішень» є одним з етапів більш широкого поняття – «оприлюднення судових рішень», а останнє, на наш погляд, більш пов'язане з принципом «публічності», аніж з принципом «гласності та відкритості», з якими більш пов'язане «проголошення» судових рішень. Як вказує О.О. Гаврилюк, ряд вчених-процесуалістів як за радянських часів, так і в наш час, залежно від осіб, які можуть бути ознайомлені з діяльністю суду, виокремлюють «гласність для сторін та інших осіб, які беруть участь у справі» (гласність у вузькому розумінні цього слова), і «гласність для народу, чи публічність» (загальну, зовнішню), – у широкому значенні. Підтримуючи наведену вище позицію, О.О. Гаврилюк зазначає і на протилежну точку зору, яка, щоправда, висловлювалась стосовно кримінального судочинства [3].

Відтак у доктрині процесуального права виокремлюють: «гласність учасників судового розгляду» та «гласність судочинства», у зв'язку із чим дискусійним є питання доцільності чи недоцільності відмежування загальної (зовнішньої) та внутрішньої гласності та щодо їх співвідношення. Продовження дискусії за сучасних часів пов'язане із різною термінологією, яка використовується у міжнародних нормативних документах, де йдеться про публічність, та у національному законодавстві, де починаючи з Конституції України, продовжуючи спеціальним з питань судоустрою та статусу суддів законодавством, та закінчуючи чинними в Україні процесуальними кодексами закріплено саме принцип гласності (в одних процесуальних кодексах – «гласність», в інших – гласність у поєднанні з відкритістю).

Проаналізувавши положення ст. 12 КАС України, врахувавши доктринальні положення та діаметрально протилежні погляди науковців щодо розуміння принципу гласності, О.О. Гаврилюк з урахуванням специфіки КАС України обґрунтовує «гласність у вузькому значенні», під якою розуміє загальне правило, за яким розгляд справ у всіх судах проводиться усно й ніхто не може бути позбавлений права на інформацію про час і місце розгляду своєї справи, а також обмежений у праві на одержанні в суді усної чи письмової інформації, що стосується результатів розгляду його судової справи; та «гласність у широкому значенні», під якою розуміє можливість всім громадянам, які не є учасниками процесу в тій чи іншій судовій справі, бути присутніми під час її розгляду [3]. Вважаємо, що за такого підходу основний (базовий) принцип – «гласність» так би мовити «розчленовується» на певні різні за змістом складові. Натомість, на наш погляд, принцип має бути узагальненим, його тлумачення не має залежати від наявності чи відсутності певних умов чи критеріїв (суб'єкти, різновид інформації тощо). Він може включати складові, але всі вони мають бути у взаємозв'язку та їх зміст має бути однозначним.

Якщо виходити зі змісту основоположних базових нормативних документів, які мають статус міжнародних, зокрема з положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р., то відповідно до ч. 1 ст. 6 «Право на справедливий суд» вказаної Конвенції кожен має право на справедливий і *публічний* розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом. Судове рішення *проголошується публічно*, але преса і публіка можуть бути не допущені в зал засідань протягом усього судового розгляду або його частини в інтересах моралі, громадського порядку чи національної безпеки в демократичному суспільстві, якщо того вимагають інтереси неповнолітніх або захист приватного життя сторін, або – тією мірою, що визнана судом суворо необхідною, – коли за особливих обставин *публічність розгляду* може зашкодити інтересам правосуддя. Вказана Конвенція була ратифікована значною кількістю країн, що

свідчить про певний міжнародний досвід у врегулюванні цього питання. Україна ратифікувала Конвенцію ще у 1997 р. Законом № 475/97-ВР від 17.07.1997 р.

Отже, маємо використання у національному законодавстві терміну «гласність та відкритість», тоді як у міжнародному законодавстві застосовується дещо інший – «публічність». Відтак й постає питання щодо співвідношення «публічності» та «гласності і відкритості», яке час від часу досліджується науковцями. Так, ще у 2009 р. Д.Г. Маханьков зазначав на той факт, що вищевказаною Конвенцією закріплюється термін «публічність розгляду справи» поряд з тим, що у вітчизняному законодавстві мова йде про гласний судовий розгляд [4, с. 387]. Пізніше, у 2011 р. на це ж саме зазначав і О.О. Гаврилюк [2].

Отже, на наш погляд, все що стосується результатів розгляду справи та безпосередньо оприлюднення змісту судових рішень пов'язане із «принципом публічності», який не тотожній «принципу гласності». Співвідношення цих двох принципів є предметом наступного нашого дослідження, а в межах розглянутих питань зазначимо лише, що суд є органом державної влади, а будь-яке його рішення – це результат його діяльності. Будучи органом державної влади, його діяльність і, особливо, її результат, – є об'єктом пильної уваги громадськості, будь-якого з її членів. Вирішивши звернутись за захистом своїх прав до державного органу, особа приватного права так би мовити «виходить з кола своїх приватних інтересів» і постає вже «у ролі» одного з членів громадськості, права якого порушено. Тим більше, що коли йдеться про адміністративне судочинство, адже завданням цього різновиду судочинства є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері *публічно-правових відносин*. І якщо в сфері цивільних процесуальних чи господарських процесуальних правовідносин, де наявні приватноправові інтереси, дискусії щодо співвідношення «гласності» та «публічності», щодо доцільності розмежування «внутрішньої» та «зовнішньої» гласності ще можливі, то у сфері адміністративного судочинства вони, на наш погляд, є недоречними. Використання термінології «публічність» більш відповідатиме змісту міжнародних нормативно-правових документів, що певним чином спростить й правозастосування, адже єдність розуміння правових норм як національного законодавства, так і міжнародного, безперечно є бажаним та пріоритетним напрямом вдосконалення вітчизняного законодавства.

Висновки. Отже, за побудовою норми ст. 12 КАС України проголошення судових рішень є однією зі складових принципу гласності та відкритості адміністративного судочинства (вітчизняний варіант законодавчого формулювання відповідного принципу, оскільки у міжнародних нормативно-правових актах згадується про принцип «публічності судового розгляду»). Різновидами судових рішень адміністративного суду є постанови та ухвали, відтак у ч. 9 ст. 12 КАС мається на увазі обидва ці різновиди. Аналіз вказаної норми свідчить про відсутність винятків щодо прилюдності проголошення будь-якого із вказаних різновидів судових рішень адміністративного суду, обмеження ж стосуються лише частин відповідного різновиду судового рішення, яке проголошується. Але у цій загальній нормі йдеться про проголошення всього рішення (всіх чотирьох його частин), якщо справа розглядалась у відкритому судовому засіданні, та проголошення лише резолютивної частини, якщо справа розглядалась у закритому судовому засіданні. У той час як КАС України передбачає й інші (щодо проголошення окремих частин судових рішень) варіанти. Закріплення значної кількості таких варіантів не сприяє правозастосуванню, відтак необхідним є їх скорочення та певна уніфікація (лише два можливі варіанти – або повне рішення, або його вступна та резолютивна частина). В цій частині норми КАС України потребують узгодження. Перспективним напрямом подальших досліджень є формулювання пропозицій щодо чіткого розмежування категорій «публічність», «гласність», «відкритість» та вироблення пропозицій щодо назви відповідних статей у процесуальних кодифікованих актах (враховуючи специфіку кожного з них та існуючий розподіл інформації щодо її доступності для тої чи іншої категорії суб'єктів та для всієї громадськості).

Список використаної літератури

1. Куйбіда Р. Посібник із написання судових рішень / Р. Куйбіда, О. Сироїд. – К. : Видавництво «Дрім Арт», 2013. – 224 с.

2. Гаврилюк О.О. Процесуальне значення і реалізація принципу гласності та відкритості адміністративного судочинства [Електронний ресурс] / О.О. Гаврилюк. – Режим доступу : http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/2448/%CE#chapter

3. Гаврилюк О.О. Зміст принципу гласності та відкритості в адміністративному судочинстві України [Електронний ресурс] / О.О. Гаврилюк – Режим доступу : http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/34126/%CE#chapter

4. Маханьков Д.Г. Процесуальне значення та реалізація принципу гласності кримінального судочинства / Д.Г. Маханьков // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». – Вип. 12. – Ч. 2. – 2009. – С. 387-390.