

**„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” LL.C.**
Scientific and practical Publication in law

Certificat de înregistrare nr. 101360003111 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 AŞM.

Categorie 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(26) 2017

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); I. Guceac, doctor habilitat în drept, prof. univ., membru corespondent al AŞM; 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 AŞ din Ucraina (Odesa, Ucraina); V. Șepitko, doctor în științe juridice, profesor, membru corespondent al AŞ din Ucraina (Harkov, Ucraina).

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

E-mail: jurnaljuridic@mail.ru

Pagina Web: jurnaljuridic.md

SUMAR

Georgie КОСТАКИ. Конституционное право – фактор обеспечения законности, повышения правовой культуры и гарантирования правовой безопасности в обществе	4
Dumitru BALTAG, Tatiana STAHI. Conceptul de vinovătie – condiție a răspunderii juridice patrimoniale	11
Nadiya MILOVSKA. Legal status of the consumer of insurance services under the law of Ukraine	17
Светлана ЯСЕЧКО. Правопорождающие, правоизменяющие, правопрекращающие односторонние сделки с нематериальными благами	23
Igor SERBINOV. Interpretarea art. 329 al Codului penal din perspectiva jurisprudenței constituționale relevante	28
Octavian BEJAN. Despre contribuția la dezvoltarea teoriei și metodologiei prognозării criminologice, adusă de G. A. Avanesov	34
Eliza COȘMA. Rolul jurisprudenței comunitare în afirmarea principiilor Dreptului comunitar	45
Виктория КОЛЕСНИК. Роль европейской комиссии в формировании концептуальных и правовых основ образовательной политики Европейского союза.....	52
Алимэ МАМЕДОВА. Основные реформы государственного строя и правовой системы	57
Светлана ШОПТЕНКО. По поводу содержания компетенции правоохранительных органов в сфере административно-юрисдикционной деятельности	65
Наталья БЕРЕЗИНА. Охотничьи угодья: понятие и юридическая природа	70
Павел БОЧКОВ. Характеристика философско-правовых взглядов на хозяйствственные отношения в мусульманстве	76
Valeriia MELNYK. Application of international standards for the regulation of depository and clearing activities in Ukraine	82
A. COCHA. О некоторых проблемах применения законодательства, регулирующего трудовую деятельность трудящихся иммигрантов	89
Iurii USMANOV. International legal regulation of the restriction of the right to life in armed conflicts	96

Drept constituțional

CZU: 342.4

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВОСУДИЕ – ФАКТОР ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЗАКОННОСТИ, ПОВЫШЕНИЯ ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ И ГАРАНТИРОВАНИЯ ПРАВОВОЙ БЕЗОПАСНОСТИ В ОБЩЕСТВЕ

Георге КОСТАКИ,

доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Института Юридических и Политических Исследований Академии Наук Молдовы

РЕЗЮМЕ

В этой научной статье предлагается краткое изложение роли конституционного правосудия как фактор обес-
печения, повышения правовой культуры граждан, и гарантирования правовой безопасности в обществе. Особое
внимание уделено определению значимости Конституционного суда в правовом государстве.

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

LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE – FACTEUR QUI ASSURE LA LÉGALITÉ, LE DÉVELOPPEMENT DE LA CULTURE JURIDIQUE ET GARANTIR LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DANS LA SOCIÉTÉ

Gheorghe COSTACHI,

docteur habilitat en droit, professeur Chercheur principal de l’Institut pour les études juridique et politiques
de l’Académie des Sciences de Moldavie

RÉSUMÉ

Cet article scientifique propose une synthèse du rôle de la justice constitutionnelle comme une facteur qui assure la
légalité, le développement de la culture juridique et garantir la sécurité juridique dans la société. Une attention particulière
est accordée à l’identification de l’importance de la Cour constitutionnelle dans un Etat de droit.

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

Введение. Конституционное провозгла-
шение Республики Молдовы правовым,
демократическим государством, закрепление
положения о верховенстве Конституции [17, ст.
1 и 7] предполагает обязательность законности
в деятельности государственных органов. В ны-
нешних условиях законность стала необходима
для обеспечения свободы и реализации прав
граждан, формирования гражданского общества,
и «гарантирования правовой безопасности в об-
ществе» [14, с.17].

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

деятельности и значимость конституционного
правосудия в его обеспечении.

Целью этой статьи является исследование
ряда основных подходов к определению закон-
ности и конституционной законности для того
чтобы определить роль и значение конституци-
онного правосудия в обеспечении их реализации
посредством повышения правовой (конституци-
онной) культуры граждан.

**Изложение основного материала исследо-
вания.** Законность, подразумевая строгое и неу-
коснительное соблюдение в общественной прак-
тике действующего законодательства, является
принципом деятельности всех субъектов права
и одно из непременных условий существования
правового государства [25, с. 3].

В юридической литературе законность опре-
делена как требование соблюдения конституции,

законов и других правовых актов, обращенное ко всем органам государственной власти и местного самоуправления, должностным лицам, гражданам и их объединениям [2, с. 151].

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

Как видно, автор подчеркивает особенное значение соблюдения законов на основе «понимания и убеждения» субъектов. Другими словами, подчеркивается значение *правосознания и правовой культуры* в реализации законности. По нашему мнению [30, с. 10], это необходимый элемент законности в правовом государстве, отсутствие которого предполагает отсутствие самой свободы выбора человека, как важный атрибут демократического общества.

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

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

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

выражения права в законах государства, в самом законотворчестве, в подзаконном нормотворчестве [9, с. 524].

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

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

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

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

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

С нашей точки зрения [30, с. 10] различие между законностью и конституционностью со-

стоит в том, что законность провозглашает верховенство закона, в то время как конституционность нацелено на обеспечение верховенства Конституции, в особенности в процессе законотворчества и нормотворчества.

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

Следует согласиться с суждением ученого в том, что составной частью конституционности является правовой характер самой конституции как основного (высшего) закона государства. Содержание конституционности составляет не только сам по себе факт существования конституции, а наличие конституции, соответствующей праву. Такой конституцией является акт, воплощающий принципы свободы в сочетании с ответственностью, справедливости, равенства, общечеловеческие идеалы и ценности, насущные потребности и интересы человека, объективные тенденции социального прогресса [10, с. 59].

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

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

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

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

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

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

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

В целом, каким бы совершенным ни был парламент, периодически неизбежно принятие им законов, которые не соответствуют или противоречат конституции страны. Во-первых, потому что законов и других нормативных правовых актов принимаются много и разрабатываются они парламентариями и специалистами неодинаковой степенью квалифицированностью. Во-вторых, на принятие законов оказывают влияние различные политические силы, часто ставящие свои партийные или конъюнктурные цели выше всех других. Наконец, столь сложному делу, как разработка и принятие законов, свойственны элементарные человеческие ошибки. Однако вред от неконституционных законов, а тем более от антиконституционных, весьма велик, ибо от таких законов размывается конституционный порядок и страдают права и свободы граждан [3, с. 671].

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

Авторитет Конституции как Основного Закона государства, добровольное и сознательное исполнение ее предписаний, но мировая практика свидетельствует о многочисленных случаях ее несоблюдения. Конституционные требования нередко нарушаются парламентами, представителями исполнительной власти на высшем уровне, главами государств, что нередко ведет к конституциальному кризису. Поэтому очень своевременной и актуальной является проблема установления конституционной ответственности за нарушения норм Основного Закона, выработка адекватных механизмов защиты конституционного строя, его важнейших политico-правовых институтов [18, с. 11; 27, с. 247-248] как необходимое условие для обеспечения конституционной законности.

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

В основном, конституционная законность обеспечивается самими органами законодательной и исполнительной власти в ходе принятия соответствующих актов, а в случае обнаружившихся нарушений – восстанавливается специальными конституционными судами [2, с. 151], основной функцией которых является конституционный контроль.

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

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

Рассматриваемый как необходимый элемент принципа разделения властей и системы «сдержек и противовесов», на сегодняшний момент конституционный контроль стал почти непременным атрибутом демократической государственности и в большинстве государств осуществляется специализированной конституционной юстицией [23].

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

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

В связи с этим важным вопросом в сфере обеспечения законности является высокая юридическая сила решений Конституционного Суда. В настоящее время некоторые его решения о неконституционности тех или иных правовых норм, по существу, считаются источниками права, что признаётся многими учеными.

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

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

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

В Республике Молдова Конституционный Суд является единственным органом конституционной юрисдикции. Он гарантирует верховенство Конституции, обеспечивает реализацию принципа разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную, гарантирует ответственность государства перед гражданином и гражданина перед государством [16, ст. 2].

Конституционный Суд Республики Молдова, один из самых молодых институтов конституционной юрисдикции в Европе, начал свою деятельность 23 февраля 1995 года. Именно после создания Конституционного суда появился реальный механизм защиты Конституции и предотвращения возможного ее нарушения. Конституционный суд стал органом, который в соответствии с законом получил право ограничивать

действия законодательной и исполнительной властей, органом, претендующим на роль особого арбитра, как в отношениях с ветвями власти, так и во взаимоотношениях государства и гражданина [22, с. 1].

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

В системе разделения властей Конституционный Суд является единственным публично-властным субъектом, призванным находить оптимальное равновесие между публичными и частными интересами, защищать личность, общество и государство от необоснованных посягательств, поддерживать состояние защищенности и безопасности конституционно-правового статуса всех и каждого субъекта социальных и правовых отношений. Такой подход вытекает из конституционных полномочий Конституционного Суда как единственного органа, наделенного правом давать толкование Конституции и оценивать на ее основе действующее правовое регулирование и правоприменительную практику [22, с. 3].

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

Деятельность Конституционного Суда по направлению конституционного правосудия непосредственно содействует развитию правовой

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

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

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

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

Выводы. В заключении, подчеркнем, что, безусловно, суды и правоохранительные органы имеют огромное влияние на состояние законности в государстве, но особая роль в этом процессе все-таки принадлежит конституционной юстиции в силу специфики её правового статуса и компетенции. Ведь конституционное правосудие имеет главным объектом своей деятельности Конституцию, то есть закон для законов, обеспечение которой в первую очередь обеспечивает и законность в стране. От организации функционирования конституционного правосудия во

многом зависит и состояние законности и юридической безопасности граждан. И в тоже время несовершенство конституционного правосудия негативным образом сказывается на состоянии законности и юридической безопасности общества в целом.

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

Литература

1. Арутюнян Г.Г. *Конституционное правосудие и развивающееся общество*. (Доклад на Первом Международном конгрессе органов судебного конституционного контроля - Кейптаун, 23-24 января 2009г.) http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/ARM_Harutyunyan_Ru.pdf
2. Арутюнян Г.Г., Баглай М.В. *Конституционное право: Энциклопедический словарь*. Москва: Норма, 2006. 544 с.
3. Баглай М.В. *Конституционное право Российской Федерации*. Учебник для ВУЗов. 10-е издание. Москва: Норма Инфра-М, 2013. 800 с.
4. Байназов Р.С. *Конституционное сознание и правовая культура в российском обществе* В: Правовая культура, 2007, №1. с. 4-10.
5. Батеева Е.В. *Законность и конституционная юстиция в современной России*: Автограф диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2003. 26 с.
6. Бондарь Н.С. *Конституционное правосудие – генератор «живого» конституционализма (в контексте практики Конституционного Суда РФ)*. В: Constitutional Values as factors for the stability of democratic regime, International Conference Chisinau, 22-23 July 2009.
7. Василевич Г.А. *Эффективнее конституционный контроль – выше правовая культура в обществе*. В: Бюллетень нормативно-правовой информации, 2002, № 13. с. 13-15.
8. Василевич Г.А. *Юридические аспекты обеспечения конституционности (законности) в государстве*. В: Проблемы укрепления законности и правопорядка: наука, практика, тенденции. Выпуск 2: сб. науч. тр. Минск: БГУФК, 2009. с. 9-21.
9. Витрук Н.В. *Законность: понятие, защита и обеспечение*. В: *Общая теория права*: Курс лекций / Под общей редакцией профессора В. К. Бабаева. Нижний Новгород, 1993. с. 513-540.
10. Витрук Н.В. *Конституционное правосудие в России (1991-2001 гг.): Очерки теории и практики*. Москва, 2001. 508 с.

11. Витрук Н.В. *Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс*. Москва: Норма ИНФРА-М, 2012. 615 с.
12. Волков В.П. *Проблемы обеспечения конституционной законности избирательного процесса в интересах укрепления российской государственности*. М.: РЦОИТ: Крона, 2009. 262 с.
13. Игнатович Г.Ф. *Сущность конституционного принципа законности: правозаконность или конституционность*. В: Вестник ПАГС, 2010, №4(25). с. 83-88.
14. Казарина А.Х. *Законность как предмет деятельности российской прокуратуры*. В: Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, 2008, №6. с. 16-20.
15. Клишас А.А. *Принцип разделения властей как концептуальная основа институционализации системы конституционного контроля и конституционного правосудия*. В: Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России, 2006, №4 (32). с. 136-137.
16. Кодекс конституционной юрисдикции Республики Молдова, №502 от 16.06.1995. В: Monitorul Oficial Nr. 53-54 от 28.09.1995.
17. Конституция Республики Молдова от 29.07.1994. В: Monitorul Oficial Nr. 1 от 12.08.1994.
18. Костаки Г., Муруяну И. *Сущность и значение Конституции в правовом государстве*. В: Revista Națională de Drept, nr. 6, 2009. с. 9-13.
19. Кравец И.А. *Российский конституционализм: проблемы становления, развития и осуществления*. Санкт-Петербург: «Юридический центр Пресс», 2005. 680 с.
20. Кунев А.Н. *Законность и правовая культура в условиях становления правового государства: теоретико-правовое исследование*. Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2011. 24 с.
21. Мырзалимов Р.М. *Конституционное правосудие и права человека*. В: Вестник Российского университета дружбы народов. Серия юридические науки. М., 2013. № 1. с. 80-91.
22. Пулбере Д. *Воздействие конституционной юрисдикции на общество*. В: “Influential Constitutional Justice: its influence on society and on developing a global human rights jurisprudence”, World Conference on Constitutional Justice Cape Town, 23–24 January 2009. http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/MDA_Pulbere_RUS.pdf.
23. Страшун Б.А. *Перспективы демократии и конституционное правосудие*. В: International Almanac Constitutional justice in the new millennium, 2002 - <http://www.concourt.am/armenian/almanakh/almanac2002/217.htm>.
24. Тодыка Ю.Н. *Конституционные основы формирования правовой культуры*. Харьков: РАЙДЕР, 2001. 158 с.
25. Хабриева Т. *Конституция как основа законности в Российской Федерации*. В: Журнал Российского Права, 2009, nr. 3. с. 3-11.
26. Хабриева Т.Я. *Конституция и законность*. В: Законность в Российской Федерации. М., 2008. с. 59-73.
27. Costachi Gh. *Prin știință spre un stat de drept. Volum omagial*. Chișinău: Institutul de Istorie, Stat și Drept, 2011. 864 с.
28. Railean P. *Reflecții asupra legalității constituționale și a mecanismului de asigurare a acesteia*. В: Legea și Viața, 2011, nr. 1. с. 33-37.
29. Railean P. *Conținutul și valoarea legalității într-un stat de drept*. В: Legea și Viața, 2010, nr. 9. с. 21-24.
30. Костаки Г., Райлян П. *Роль конституционного правосудия в обеспечении законности и повышения правовой культуры общества*. В: Legea și Viața, 2014, nr. 3, p. 9-14.

ОБ АВТОРЕ /ABOUT AUTHOR

Костаки Георге,
доктор хабилитат права, профессор,
главный научный сотрудник
Института Правовых
и Политических Исследований Академии
Наук Молдовы

Costachi Gheorghe,
Candidate of Legal Sciences, professor,
Senior scientific researcher at the Institute of Legal
and Political Studies of the Academy
of Sciences of Moldova
e-mail: costachi70@mail.ru

Drept civil

CZU 347.91/.95

CONCEPUTUL DE VINOVĂȚIE – CONDIȚIE A RĂSPUNDERII JURIDICE PATRIMONIALE

Dumitru BALTAG,

doctor hab. în drept, prof. universitar, ULIM

Tatiana STAHI,

lector universitar la Catedrei „Drept”, UASM, doctorandă ULIM

REZUMAT

Vinovăția, condiție de aplicare a răspunderii juridice patrimoniale: în acest articol se cercetează noțiunea și particularitățile vinovăției în cadrul răspunderii juridice patrimoniale, normele de drept naționale și internaționale ce reglementează vinovăția.

Scopul cercetării îl reprezintă necesitatea identificării relației existente cu privire la vinovăție, condiție de aplicare a răspunderii juridice patrimoniale: abordări teoretico-normative și practice prin prisma influenței deciziilor din domeniul legislativ asupra evoluției sistemului de drept.

Cuvinte-cheie: răspunderea patrimonială, răspunderea pentru daune, vinovăția delictuală, vinovăția contractuală, culpă, vină, intenție, neglijență, etc.

THE CONCEPT OF QUILT – A CONDITION OF PATRIMONIAL LEGAL LIABILITY

Dumitru BALTAG,

dr. hab. in law, university professor, ULIM

Tatiana STAHI,

lecturer at the „Law” chair of the UASM, PhD student ULIM

SUMMARY

Guilt, condition for the application of civil liability: this article is being investigated normative theoretical and practical approaches, it examines the concept and peculiarities of guilt in patrimonial liability, law rules governing national and international guilt.

The purpose of the request is the need to identify the relationship of guilt, condition for the application of patrimonial liability: theoretical approaches and practical in terms of normative influence legislative decisions on the development of the legal system.

Keywords: patrimonial liability, the liability for damage, quilt tort, contractual quilt, fault, quilt, intent, negligence, etc.

Introducere. Scopul răspunderii patrimoniale este de a repara un prejudiciu, această obligație de reparătire urmărind totodată ca fapta susceptibilă a produce prejudiciul să nu mai fie săvârșită.

Funcția preventiv-educativă a răspunderii patrimoniale aduce în centul atenției aspecte ce sunt strict persoanale ale făptuitorului, starea sa mintală, elemente de ordin psihologic ce l-au determinat să săvârșească fapta ilicită, acestea fiind necesare pentru fundamentarea subiectivă a răspunderii [7, p. 40].

Astfel, este importantă o analiză a vinovăției, căci doar o atitudine ce este calificată ca fiind una negativă, reprobată de lege va putea duce la angajarea răspunderii patrimoniale (în toate ramurile de drept).

Pentru ca răspunderea patrimonială a celui care a

cauzat prejudiciul să fie angajată nu este îndeajuns să fi existat o faptă ilicită aflată în raport de cauzalitate cu prejudiciul produs, ci este necesar ca această faptă să fie imputabilă autorului ei, adică autorul să fi avut o vină atunci când a săvârșit-o, să fi acționat deci cu vinovăție [19, p. 102].

Pentru a se putea vorbi despre vinovăție, este necesară o legătură subiectivă, psihologică între autor și fapta ilicită. Cu alte cuvinte, este necesar ca făptuitorul să posede facultatea, pe de o parte, de a aprecia corect, clar, sănătos, la urma urmei, circumstanțele faptei și, pe de altă parte, de a-și conforma conduită în funcție de această apreciere. El trebuie să fie deci capabil, să aibă discernământ, să înțeleagă semnificația faptei sale și a urmărilor acesteia. Doar

în acest fel această latură subiectivă se poate forma [18, p. 220-221].

Metode aplicate și materiale utilizate. În vederea realizării scopului trasat, în respectivul articol științific au fost aplicate un sir de metode ca: metoda logică (bazată pe analiza deductivă și inductivă, generalizare și specificare), metoda sistemică și cea comparativă.

În procesul elaborării articolelor științifice au fost consultate următoarele materiale științifice: Codul civil al Republicii Moldova și Codul muncii al Republicii Moldova, de asemenea, lucrările științifice ale autorilor D.Baltag, Gh. Avornic, B. Negru, E. Cojocaru, S. Baieș, A. Bloșenco, N. Romandaș, R. Vonică, L. R. Boilă, F. Mangu, Laura Georegsu, Al. Ticlea, A. V. Poliacov, E.A. Suhanov, A.E. Sergheev, Iu. Tolstoi, D.A. Pașențev, V.V. Garmita, H.V. Idrisov.

Rezultate obținute și discuții. Vinovăția implică și exprimă o atitudine psihică negativă față de anumite valori sociale, ocrotite de normele de drept, presupune o răsfrângere a factorului - conștiință asupra factorului - voineță și prin intermediul lui, asupra faptei materiale. Voința este necesar să fie liberă, pentru a putea alege între bine și rău, între social și antisocial.

Suștinem părerea autorul rus A. V. Poliacov, în care se menționează că vinovăția și imputarea sunt niște concepte complexe greu de definit, nu numai juridic, ci și filosofic [33, p. 823].

În general, am putea spune că, latura subiectivă a faptei ilicite văzută ca element al răspunderii juridice se exprimă diferit în ramurile dreptului, impunându-se anumite deosebiri, însă aceste deosebiri nu pot înlătura unitatea conceptului în care se exprimă atitudinea subiectivă a autorului faptei ilicite, față de aceasta și urmările ei [1, p. 298].

Aprecierea vinovăției cu care un autor săvârșește o faptă păgubitoare reprezintă un obstacol dificil, având în vedere procesul psihic destul de complex ce compune structura vinovăției, și anume factorii volitivi și intelectivi. În sarcina instanței se regăsește obligația de a emite o hotărâre de valoare cu privire la fapta ilicită și prejudiciul ce a fost produs, acestea fiind niște elemente cu o natură obiectivă. Pornind de la acestea, instanța trebuie să stabilească atât existența sau inexistența, cât și forma vinovăției [8, p. 169]. Având în vedere că legeulitorul nu a intervenit pentru a oferi criterii pe baza căror să se stabilească vinovăția, acest lucru a rămas în sarcina doctrinei și jurisprudenței, unde s-au dezvoltat anumite teorii în privința acestui subiect.

Teoria psihologică. Profesorul D.Baltag menționează, că în conformitate cu teoria psihologică, legeulitorul ia termenul „vinovăție” ca termen primitiv, nedefinit, pe când teoreticienii dreptului îl interpretează altfel, și propun diferite definiții [5, p. 18-22]. Majoritatea autorilor definesc vinovăția ca o atitudine

psihică, subiectivă a persoanei, care comite fapta ilicită, față de această faptă și consecințele ei.

Așa, de exemplu, Gh.Mihai o definește, din punctul de vedere al naturii sale, ca o stare subiectivă, concretizată în atitudinea psihică pe care o are autorul față de fapta pe care a săvârșit-o și față de consecințele acesteia [21, p. 239].

R.Vonică indică asupra faptului că vinovăția sau culpa constă în atitudinea psihică a persoanei, care comite o faptă ilicită, față de fapta sa și consecințele acesteia. Vinovăția este deci, o stare subiectivă care îl caracterizează pe autorul faptei ilicite în momentul încălcării normei juridice [29, p. 517].

A. V. Poliacov menționează că, vinovăția se bazează pe natura de comunicare a omului. Vinovăția poate fi definită ca atitudinea mintală a persoanei asupra faptei ilicite sub formă de intenție sau neglijență [33, p. 825].

La fel, susținătorii ai concepției vinovăției psihologice sunt așa savanți ca: O.S. Ioffe, care consideră că vinovăția este nu numai atitudinea persoanei față de fapta săvârșită, dar și față de consecințe, adică față de prejudiciul cauzat [31, p. 128], E.A. Suhanov [35], P.A. Sergheev și V.S. Tolstoi [34].

Dintre civiliștii ruși mai recenti care abordează noțiunea de vinovăție în dreptul civil putem evidenția: Pașențev D.A., Gramita V.V., [33, p. 22] și Idrisov H. V [30, p. 71].

În opinia autorului Gh. Avornic, vinovăția se consideră că este o anumită atitudine a conștiinței și a voinei față de faptă și urmările ei: și-a dat seama despre fapta și a voit urmările (intenție) sau nu și-a dat seama, dar putea să-și dea seama (culpa) [2, p. 290]. Aceeași opinie o împărtășește și autorii B. Negru și A. Negru [24, p. 471].

O analiză sumară a definițiilor, făcută de către profesorul D.Baltag, referitoare la vinovăție denotă că toate acestea - cu unele deosebiri de nuanță - încearcă să demonstreze că problema abordată este în primul rând de natură psihologică. Într-adevăr, vinovăția are un conținut psihologic și, în consecință, ea se poate pune și cerceta ca problemă numai în legătură cu acțiunile sau inacțiunile conștiente ale omului. Este sătul că orice acțiune sau inacțiune conștientă a individului uman se definește pe plan psihologic prin voineță și conștiință [3, p. 161].

Teoria normativă. Teoria normativă predomină în doctrina penală germană - care a exercitat și continuă să exercite o puternică influență asupra întregii gândiri vest-europene. Această teorie nu mai definește vinovăția ca o legătură psihică între autor și fapta ilicită (teoria psihologică), ci ca o „legătură internă” între autor - ca destinatar - și legitimitatea „normei” în virtutea căreia apare „componența emoțională a decep-

ției pentru violarea normei". În termeni mai concisi și clari, vinovăția este definită, în această concepție, ca un reproș adresat autorului pentru comportamentul său antijuridic și care relevă o lipsă sau insuficientă motivare în sensul respectării normei [3, p. 161-162].

Profesorul D. Baltag, concluzionează că toate faptele ilicite, indiferent de natura lor și de forma de răspundere pe care o generează, și aici includem și răspunderea patrimonială, pot antrena răspunderea numai în măsura în care autorul lor are o anumită poziție subiectivă față de consecințele negative produse de ele [4, p. 420].

După cum susținea Tarrière, unul din redactorii Codului civil francez: „...*prejudiciul este efectul culpei sau unei imprudențe din partea unuia, pentru că, dacă nu poate fi altfel atribuit, nu este decât opera destinului în fața căruia fiecare trebuie să se supună; dar, dacă există culpă sau imprudență, chiar și cea mai lejeră, care a avut o contribuție în producerea prejudiciului, autorul trebuie să răspundă.*” [14, p. 84].

Deci, vinovăția constituie elementul subiectiv al răspunderii patrimoniale, pe cind celelalte condiții ale acestei răspunderi examineate până acum, au caracter obiectiv.

Autorul A. Țiclea menționează că, aptitudinea omului de a alege conștient scopurile propuse și acțiunile adecvate pentru atingerea lor este condiționată din punct de vedere social, întrucât asupra ei acționează un complex de factori variabili privind formarea, educarea și dezvoltarea fiecărei personae [27, p. 137].

Atunci când se dorește a se stabili vinovăția, în special cind îmbracă forma imprudenței sau neglijenței se va ține seama de două orientări stabilite de doctrină. Astfel, în baza unui criteriu subiectiv, se va cerceta capacitatea concretă a autorului faptului prejudiciabil de a înțelege semnificația conducei sale și de a evalua corect consecințele acesteia. O altă orientare ce ajută la stabilirea vinovăției este bazată pe un criteriu obiectiv, în baza căruia se va lua ca și model comportamentul unei persoane abstracte, acest criteriu fiind considerat unul dinamic și variabil [28, p. 241-242].

Spre deosebire de răspunderea patrimonială în dreptul civil, unde există cazuri de răspundere fără vinovăție (răspunderea este numită în aceste cazuri culpă), răspunderea patrimonială în dreptul muncii este inadmisibilă fără dovedirea vinovăției salariatului care a produs prejudiciul.

Noțiunea de vinovăție își are o reglementare fundamentată și în Constituția Republicii Moldova, astfel articolul 21 prevede că: „orice persoană acuzată de un delict este presupusă nevinovată pînă cînd vinovăția sa va fi dovedită în mod legal, în cursul unui proces judiciar public, în cadrul căruia i s-au asigurat toate garanții necesare apărării sale,,[10].

Vinovăția este o condiție specifică tuturor formelor de răspundere, dar reglementarea și practica aplicării este diferită. Ea este prevăzută și cercetată de teoria dreptului atât la nivel național, cât și la nivel internațional care este strîns legată de prezumție, care în unele ramuri de drept este stabilită la nivel de principiu, și care variază de la formă la formă. Prezumția de nevinovăție este înscrisă în art. 14 pct. 2 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice; în Convenția europeană de apărare a drepturilor omului (1950) [17, p.187-190].

Totodată trebuie de accentuat că atât în doctrina autohtonă, cît și practica examinării și soluționării litigiilor civile și economice se acordă tot mai puțină atenție vinovăției cu toate că noi considerăm că importanța ei la aplicarea pedepselor și în aceste cazuri este necesară.

În CC al RM nu există reglementări exprese referitoare la particularitățile vinovăției - condiție a răspunderii juridice patrimoniale, influența gradelor de vinovăție asupra valorii prejudiciului, totuși se evidențiază unele articole care reglementează diferite forme și grade ale vinovăției, în dependență de forma răspunderii juridice civile.

În materie contractuală, acest principiu este corelat cu cel instituit prin dispozițiile art. 602-603 din CC al RM, privind executarea cu bună-credință a obligațiilor asumate și vinovăția neexecutării. Conform art. 603 CC al RM persoana poartă răspundere civilă numai pentru dol (intenție) sau culpa în formă – de neglijență sau imprudență. Dolul are loc atunci când autorul prevedea rezultatul faptei sale, și îl dorea. Imprudența (ușurința) – are loc atunci când autorul prevede rezultatul faptei sale, dar nu-l acceptă, considerândul fără temei, că nu se va produce. Neglijența - are loc atunci când, autorul nu prevede rezultatul faptei sale, dar trebuia și putea să le prevadă. De asemenea putem întâlni reglementări cu privire la vinovăție și în prevederile diferitor categorii de contracte.

Referitor la răspunderea juridică civilă delictuală se întâlnesc diferite reglementări privind vinovăția delictuală. Ele sunt prevăzute de art.1398, CC al RM, care reglementează temeiurile și condițiile generale ale răspunderii civile delictuale. Analizând articolul respectiv, și anume conținutul alin. (1) al articolului, reiese că cel care acționează față de altul în mod ilicit, cu vinovăție este obligat să repare prejudiciul patrimonial, iar în cazurile prevăzute de lege, și prejudiciul moral cauzat prin acțiune sau omisiune. Deci, vinovăția, în toate cazurile de cauzare a prejudiciului în rezultatul unei acțiuni ilicite trebuie să existe.

Din conținutul alin. (2), prejudiciul cauzat prin fapte licite sau fără vinovăție se repară numai în cazurile expres prevăzute de lege, deci rezultă că, în cazurile

prevăzute de lege acțiunile provocatoare de prejudicii se consideră cauzate fără vinovătie, dar ele tot trebuie să fie reparate. În aceste cazuri sanțiuinea se aplică indiferent de vinovătie.

Această excepție este reprezentată de răspunderea obiectivă, care într-o manieră anume face abstracție de subiectivismul situației și reclamă tragerea la răspundere a persoanei, indiferent de forma de vinovătie sau de existența sau inexistența vreunei vinovătii. Exemplu de răspundere obiectivă este răspunderea aferentă dreptului mediului. Tocmai ideea de răspundere obiectivă ne pune sub semnul întrebării felul în care se respectă sau nu principiul presupușei de nevinovătie aici [22, p. 53]. Autoarea Mârzac susține că principiul dat se respectă în cazul răspunderii obiective în aceeași manieră ca și în cazul celei subiective, doar că unele elemente din condițiile de tragere la răspundere diferă între cele două cazuri, iar aceste elemente vizează tocmai latura subiectivă a faptei ilicite, deci vinovăția. Dacă în cazul răspunderii subiective vinovăția este una dintre condițiile care, dacă nu există, duce la inexistența componenței faptei ilicite, atunci în cazul răspunderii obiective o astfel de situație nu pune nici-decum sub semnul întrebării tragerea la răspundere, dimpotrivă, se consideră că există toate temeiurile de facto pentru tragerea la răspundere a făptitorului [22, p. 53-54].

Deși considerăm valabilă existența vinovăției în dreptul civil, suntem interesați de opinia privind dispariția vinovăției în dreptul civil cereprezintă un subiect foarte actual. Astfel, I.D. Romoșan menționează, că în prezent, asistăm la o slabă rezonanță a ideii de vină civilă în virtutea faptului că se argumentează tot mai frecvent și pregnant o teorie a răspunderii obiective, fără culpă [25, p. 11].

Universalismul acestei reguli face să fie aplicabilă în toate cazurile, stabilind cadrul legal în care victimă poate pretinde și poate obține plata despăgubirilor. Acest principiu are profunde semnificații morale, fiind echitabilă restabilirea echilibrului social distrus printr-o faptă ilicită, prin care se asigură reparația pre-judiciului suferit de victimă, de către cel care se face vinovat de situația creată.

Codul civil nu reglementează anumite forme ale culpei, însă doctrina face o ierarhizare a acestora. Din această cauză cel mai des se recurge la dispozițiile Codului penal. Art.8 și 9 prevăd că vinovăția îmbracă două forme și anume: *intenția și imprudența*.

Intenția, are loc când persoana care a săvârșit infracțiunea și își dădea seama de caracterul social-periculoas al acțiunii sau inacțiunii sale, a prevăzut urmările ei social-periculoase și le-a dorit sau admitea în mod conștient survenirea acestor urmări. Intenția poate fi directă (autorul prevede rezultatul faptei) sau indirectă

(autorul prevede rezultatul faptei, nu-l urmărește, dar acceptă posibilitatea producerii lui) [26, p. 200].

Imprudența are loc când persoana care a săvârșit-o, a prevăzut posibilitatea survenirii urmărilor social-periculoase ale acțiunii sau inacțiunii sale, dar consideră în mod ușurat că ele vor putea fi evitate sau n-a prevăzut posibilitatea survenirii unor asemenea urmări, deși trebuia și putea să le prevadă [9].

În ceea ce privește tema abordată de noi, menționăm că distincția între formele culpei, de regulă, nu prezintă interes practic, deoarece răspunderea patrimonială are la bază principiul reparării integrale a pagubei.

De aceea, o persoană care a cauzat alteia o pagubă este obligată să o repare în întregime, indiferent că a acționat cu intenție sau fără intenție. Quantumul reparației depinde de întinderea pagubei și nu de forma culpei. Și totuși, uneori, distincția între diferitele forme ale greșelii sau culpei prezintă importanță. Astfel, în cazul când prejudiciul a fost cauzat prin fapta a două sau mai multe persoane, deși răspund solidar față de victimă, în raporturile dintre ele, cota parte de contribuție la fiecare se stabilește proporțional cu forma și gravitatea culpei.

Doctrina [12, 284-285; 7, p. 76-81], de altfel și art. 603 CC al RM clasifică în dreptul civil vinovăția astfel:

- culpa intenționată sau dolul (culpa intenționată presupune conștiință și voință de a cauza dauna. Ea se identifică cu intenția de a face rău, ca în dreptul penal unde se disting infracțiunile intenționate de cele neintenționate.) [20, p. 35].

- culpa neintenționată (este formată din imprudență sau culpă cu prevedere și neglijență sau culpă fără prevedere.)

Încă dreptul roman a facut distincție între culpa gravă (*culpa lata*), culpa ușoară (*culpa levís*) și culpa foarte ușoară (*culpa levíssima*) [23, p. 141].

În dreptul civil, condiția subiectivă a răspunderii este desemnată prin termenul „culpă”. Este necesar de evidențiat faptul, că în teoria generală a dreptului, dreptul penal, dreptul administrativ, dreptul muncii prin culpă se înțelege săvîrșirea unei fapte ilicite fără intenție, adică prin imprudență sau neglijență (neglijent – lipsa de diligentă sau neglijență, acest termen este folosit în sensul său generic pentru a descrie comportamentul imprudent în toate situațiile care intră în sfera de aplicare a dreptului delictual [36, p. 376]). În toate aceste ramuri de drept latura subiectivă a răspunderii juridice este exprimată prin termenul generic de „vinovăție”, noțiune care determină deopotrivă, intenția și culpa propriu-zisă [15, p. 31].

Având în vedere, că termenul de culpă nu poate cuprinde în conținutul acestei noțiuni toate formele condiției subiective a răspunderii civile, în literatura

de specialitate s-a propus înlocuirea lui cu termenul de „greșală”. În acest sens, în literatură și în dreptul european s-au conturat două concepții. În dreptul francez, se confundă noțiunea de culpă cu noțiunea de ilicit. Din această cauză, greșala sau culpa are definiția ca fiind încălcarea unei obligații preexistente prin care se aduce atingerea unui drept.

În legislația germană și în Codul civil elvețian fapta ilicită și greșala sau culpa sunt două elemente distincte și inconfundabile, condiții ale răspunderii civile [36, p. 380-381].

Studiind literatura de specialitate națională și internațională, legislația în vigoare (art. 603, 475 Cod civil al Republicii Moldova) putem observa, că noțiunea de vinovăție este însotită sau înlocuită cu mai mulți termeni și anume: dol, culpă, greșală, din această cauză, apare necesitatea unei unificări de ordin terminologic pentru a încerca să stabilim care din ele este mai corectă din punct de vedere juridic.

Dicționarul explicativ al limbii Române, definește dolul, ca acțiune făcută cu rea – credință, cu viclenie pentru a determina pe cineva să încheie un contract nefavorabil sau să admită o clauză defavorabilă într-un contract [6, p. 314]. Considerăm necesar ca art. 603 CC RM să fie completat cu această definiție.

Profesorul D. Baltag accentiază că, cercetând definiția legală a culpei, constată că, în esență, conținutul acestui concept este identic în penal și civil, adică: imprudență, neglijență, nesocotință etc [5, p. 12].

Concluzii. Deci, vinovăția – condiție a răspunderii juridice patrimoniale, este nu numai necesară, dar ar fi binevenit ca atunci cînd se va aplica, la determinarea valorii prejudiciului să se țină cont de formele și de gradele acesteia aşa ca în dreptul penal.

Pentru o claritate mai bună este important de a stabili rolul și locul vinovăției în cadrul celor patru condiții obligatorii la stabilirea și aplicarea răspunderii juridice patrimoniale. Salutabilă în acest sens este Decizia Colegiului civil și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.3r-437/2008 din 20.02.2008 în care expres se accentuează că repararea prejudiciului material/patrimonial cauzat, inclusiv de autoritatea publică, este angajată numai în cazurile cînd cumulativ sunt întrunite următoarele elemente: prejudiciul, fapta ilicită, raportul cauzal dintre fapta ilicită și prejudiciu și vinovăția. Temeiurile răspunderii pentru prejudiciul cauzat printr-un act administrativ ilegal sau nesoluționarea în termen legal a unei cereri de către o autoritate publică sau de către o persoană cu funcție de răspundere din cadrul ei sunt expres prevăzute la art.1404 CC RM [11, p. 21].

Evoluția instituției răspunderii pentru daune și aici avem în vedere și răspunderea patrimonială în ultime-

le decenii, multitudinea noilor și diferitelor ipoteze de răspundere au demonstrat necesitatea adaptării reglementării juridice transformărilor sociale și nevoii de reparare a prejudiciilor produse. În foarte multe situații s-a dovedit faptul că răspunderea patrimonială întemeiată pe ideea de vinovăție nu mai corespunde funcției reparatorii, deoarece apare principalul inconvenient, cel al imposibilității dovedirii culpei, și, pe cale de consecință, a stabilirii unei legături cu autorul faptei ilicite. Paradoxal, culpa, dintr-un element de progres, a devenit un obstacol în dovedirea și admiterea cererii de despăgubire, în condițiile în care în tot mai multe cazuri inexistența acesteia ar însemna ca victimă inocentă să suporte consecințele prejudiciabile ale faptei ilicite [7, p. 35-36].

Am menționat deja că doctrina contemporană dezbatе problematica crizei și viitorului răspunderii patrimoniale inclusiv civile, în condițiile „dispariției culpei”, pentru acele situații în care ideea angajării răspunderii patrimoniale cu certitudine în dreptul civil, fundamentată subiectiv nu mai corespunde nevoii sociale de reparare a prejudiciului. Deci în aceste împrejurări, se naște întrebarea: *vinovăția mai poate fi considerată ca o condiție esențială a răspunderii patrimoniale sau a răspunderii civile delictuale?*

Condiția principală specifică pentru răspunderea patrimonială în diferite ramuri ale dreptului este totuși existența prejudiciului patrimonial/material. Deci, considerăm necesar în interacțiunea condițiilor constitutive ale răspunderii patrimoniale, să stabilim în ce măsură vinovăția, poate influența prejudiciul. *Prejudiciile* sunt considerate cele mai grave consecințe care pot fi produse fie din greșelă intenționată sau neintenționată, fie din imprudență sau neglijență, fie independent de orice culpă.

Obiectivul principal al angajării răspunderii patrimoniale este cel privind repararea prejudiciului, indiferent de faptul dacă acesta reprezintă încălcarea unui drept subiectiv sau a unui interes legitim, dacă a fost cauzat din culpă sau fără culpă [7, p. 97].

Făcând o analiză a reglementărilor din domeniul răspunderii patrimoniale, am stabilit că răspunderea patrimonială trebuie să ofere soluții echitabile și pragmatice pentru asigurarea reparării prejudiciului și înlăturarea pericolului ca însăși victimă să suporte, în mod injust, prejudiciul. În dreptul civil răspunderea patrimonială poate fi antrenată și în lipsa vinovăției, ceea ce înseamnă că cel care a cauzat prejudiciul este ținut să-1 repare indiferent de gradul culpei sale. Această regulă este fundamentată pe caracterul răspunderii civile de a avea ca scop repararea daunei victimei. Din această perspectivă, spre deosebire de dreptul penal, dreptul muncii, dreptul administrativ gradul vinovăției nu prezintă relevanță juridică. Autorul faptei ilicite

trebuie să repare prejudiciul indiferent că l-a provocat cu intenție sau din culpă.

Referințe bibliografice

1. Adam. I. Drept civil. Teoria generală a obligațiilor. București: Ed. All Beck, 2004. 498 p.
2. Avornic. Gh. Tratat de Teoria generală a statului și dreptului. Chișinău: Ed. Tipografia centrală, 2010. 580 p.
3. Baltag. D. Teoria răspunderii și responsabilității juridice. Chișinău: Ed. Tipografia Centrală, 2007. 440 p.
4. Baltag. D. Teoria generală a dreptului. Chișinău: Ed. Cartier, 2010. 534 p.
5. Baltag. D. Vinovăția - temei sau condiție a răspunderii juridice? În: Revista Națională de Drept, nr.6, 2006. 18-22 p.
6. Dicționarul Explicativ al Limbii Române. București: Univers Encyclopedic, 1998. 909 p.
7. Boilă. L. R. Răspunderea civilă delictuală subiectivă. București: Ed. C. H. Beck, 2009. 439 p.
8. Cabulea. A. I. Unele considerente privitoare la stabilitarea vinovăției. În: Revista Dreptul, București, nr.3, 2015. 167-172 p.
9. Codul penal al Republicii Moldova aprobat prin Legea Republicii Moldova 985 din 18.04.2002. În: Monitorul Oficial al RM, 13.09.2002, 128-129/1012.
10. Constituția Republicii Moldova, adoptată prin Legea de la 29.07.94. În: Monitorul Oficial RM nr.1, 18.08.1994.
11. Decizia Colegiului civil și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.3r-437/2008 din 20.02.2008.
12. Dogaru. I., Dănișor.D.C., Dănișor. Gh. Teoria generală a dreptului. București: Ed. Științifică, 1999. 466 p.
13. Filipescu. I.P. Drept civil. Teoria generală a obligațiilor. București: Ed. Actami, 1994. 183 p.
14. Georgescu. L. Răspunderea patrimonială a lucrătorilor – răspundere civilă contractuală. Drept intern și comparat. București: Ed. Universul Juridic, 2011. 277 p.
15. Ivancova. T. Particularitățile vinovăției - condiție a aplicării răspunderii juridice civile contractuale. În: Legea și viață, nr.2, 2012. 31-37 p.
16. Ivancova T., Cojocari E. Caracterele specifice vinovăției – condiție a răspunderii juridice civile. În: Studia Universitatis, Chișinău: 2015, nr.3 (83). 105-109 p.
17. Ivancova T., Cojocari E. Prezumția nevinovăției în dreptul civil. Conf. Științifică internațională: „Creșterea impactului cercetării și dezvoltarea capacității de inovare”. Chișinău: V.I. CEP USM, 2011. 187-190 p.
18. Mangu. F. I. Răspunderea civilă. Constantele răspunderii civile. București: Ed. Universul Juridic, 2014. 359 p.
19. Mangu. F. I. Despre vinovăție – condiție esențială a răspunderii civile delictuale pentru fapta proprie, potrivit Codului civil. În: Analele Universității de Vest din Timișoara, seria Drept, nr 2-2011. 102-116 p.
20. Malaurie. Ph., Aynes L., Stoffel-Munck. Ph. Drept civil. Obligațiile, Ed. a III – a., Paris: Ed. Defrenois, 2007, traducere în limba română de Dănișor, D. sub coordona-
- rea lui Șcheaua, M. București: Ed. Wolters Kluwer, 2010. 928 p.
21. Mihailescu. Gh. Teoria generală a dreptului. București: Ed. Lumina Lex, 2001. 413 p.
22. Mîrzac (Mititelu). D. Principiul răspunderii pentru fapta săvîrșită cu vinovăție și principiul prezumției nevinovăției. În: Legea și viață nr.1, 2010. 51-56 p.
23. Molcuț. E., Oancea D., Drept roman. București: Ed. Șansa, 1993. 342 p.
24. Negru B., Negru A. Teoria generală a dreptului și statului. Chișinău: Ed. Bons offices, 2006. 520 p.
25. Romoșan. I-D. Vinovăția în dreptul civil român. București: Ed. All Beck, 1999. 351 p.
26. Stătescu. C., Bîrsan. C. Drept civil. Teoria generală a obligațiilor. București: Ediția a IX – revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, 2008,. 492 p.
27. Țiclea. A. Răspunderea pentru daune în raporturile de muncă. Teorie și jurisprudență. București: Ed. Universul juridic, 2014. 504 p.
28. Urs. I. R., Ispas. P.E. Drept civil. Teoria obligațiilor. București: Ed. Hamangiu, 2015. 520 p.
29. Vonică. R. P. Întroducere generală în drept. București: Ed. Lumina LEX, 2000. 599 p.
30. Идрисов. Х. Вина как условие ответственности в Российском гражданском праве. Грозный: ИГУ, 2008. 182 p.
31. Йоффе. О. С. Обязательственное право. Москва: Юридическая литература, 1975. 880 p.
32. Пашенцев. Д.А., Гарамита. В.В. Вина в гражданском праве. Москва: Юркомпани, 2010 143 p.
33. Поляков. А. В. Общая теория и права, Санкт – Петербург: Издательский дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2004. 863 p.
34. Сергеев. А.Е., Толстой. Ю. Гражданское право, 4-е издание, Москва: Проспект, 2003. 846 p.
35. Суханов. Е.А., Гражданское право, 3-е издание, Москва: Статут, 2008. 766 p.
36. Шершеневич. Г.Ф. Курс гражданского права. Тула: 2001. 720 p.

INFORMAȚIA DESPRE AUTORI

Dumitru Baltag,
doctor hab. în drept, prof. universitar, ULIM
Tatiana Stahi,
lector universitar la Catedra „Drept” UASM,
doctorandă, ULIM
e-mail: tstahi@mail.ru
tel. 068639991

INFORMATION ABOUT AUTHORS

Dumitru Baltag,
dr. hab. in law, university professor, ULIM
Tatiana Stahi,
lecturer at the „Law” chair of the UASM, PhD
student ULIM
e-mail: tstahi@mail.ru
tel. 068639991

Гражданское право и процесс

УДК 347.764:368

LEGAL STATUS OF THE CONSUMER OF INSURANCE SERVICES UNDER THE LAW OF UKRAINE

Nadiya MILOVSKA,

Candidate of Juridical Sciences, associate professor, research associate of department of contract law issues of F. H. Burchak Scientific-Research Institute of Private Law and Entrepreneurship NALS of Ukraine

SUMMARY

In the scientific article the content of the civil-legal status of the consumer of insurance services as one of the participants in contractual insurance relations is researched, its concept and features are revealed. It is established that the main elements of the legal status of the consumer of insurance services, the specificity of which manifests itself in the moment when a person has such a status and in empowering the consumer with additional legal opportunities, are his rights and duties, fixed in special laws and normative legal acts. Classification of the rights of consumers of insurance services is carried out, and features of their realization are determined.

Keywords: the insurance contract, the insurance service, consumer, the insured, the insurer, the insured person, the beneficiary, legal status, the conditions of the contract.

АННОТАЦИЯ

В научной статье исследуется содержание гражданско-правового статуса потребителя страховых услуг, как одного из участников договорных страховых правоотношений, раскрывается его понятие и особенности. Установлено, что основными элементами правового статуса потребителя страховых услуг, специфика которого проявляется в моменте возникновения у лица такого статуса и в наделении потребителя дополнительными правовыми возможностями, являются его права и обязанности, закрепленные в специальных законах и нормативно-правовых актах. Осуществляется классификация прав потребителей страховых услуг, и определяются особенностей их реализации.

Ключевые слова: договор страхования, страховая услуга, потребитель, страховщик, страхователь, застрахованное лицо, выгодоприобретатель, правовой статус, условия договора.

Formulation of the problem. The development of a market economy in Ukraine leads to an increase in consumer demand for a variety of goods and services, as a result of which there is an increase in the number of obligations to provide services, including those provided for the realization of insurance activity. However, some of the types of insurance services have a rather complex content and procedure of providing, and the consumer of these services, as a rule, objectively lacks the knowledge necessary to evaluate contracts for their acquisition, which often have the form of a formalities or other standard form, thereby, there is objective need to provide special protection for a weaker subject of legal relations, which is the consumer of insurance services.

To date, insurance legal relations remain the object of research of many domestic and foreign scientists. However, despite the considerable number of scientific works devoted to the study of various aspects of the legal regulation of insurance relations, the protection of consumer rights in general, it is necessary

to recognize the incompleteness of civil researches on the legal status of consumers namely insurance services, the absence of a clear systematization of all participants in insurance relations, as well as the existence of contradictions in current legislation and judicial practice in this area.

The modern period of development of legal thought in the study of insurance legal relations is characterized by the attention for a certain types of insurance, or various aspects of insurance. Among such works should be distinguished scientific works by T. V. Blashchuk, O. V. Grynyuk, V. V. Elbrekht, O. S. Krasilnikova, V. M. Nykyforak, N. B. Patsuriya, R. B. Sabodash, R. V. Sobotnyk, O. S. Udalov, O. A. Fayer, I. B. Chaikin, V. M. Yurakh, V. P. Yanishen and others. Insurance relations with the participation of consumers of insurance services were investigated in the works of Zh. O. Andriychenko, S. Yu. Bugayeva, P. M. Gushchyn, G. O. Ilchenko, L. M. Sokil, O. Yu. Chernyak, Ye. G. Shablova.

Relevance of the topic. The absence for today of

fundamental research in the legal plane, directly devoted to the rights of consumers of insurance services, confirms the relevance of conducting an appropriate civil-law scientific study. After all, the insufficient certainty of the legal status of the consumer of insurance services creates obstacles to the protection of their rights, which is confirmed by the judicial practice of considering civil cases in the field of contractual insurance obligations [1].

The purpose of the article is to define the concept of the consumer of insurance services, the peculiarities of his civil-law status under the legislation of Ukraine, as well as the classification of the rights of the consumers of insurance services and the identification of the features of their realization.

The main research material. As follows from the content of Article 984 of the Civil Code of Ukraine (hereinafter – CC of Ukraine) [2], the insurer and the insured are the parties of the insurance contract. However, the circle of participants in insurance relations is much broader. For example, V. P. Yanyshen notes that two categories of persons can participate in insurance legal relations other than the insurer and the insured: the insured person and the person appointed by the insured to receive insurance payments (the beneficiary) [3, p. 519]. Thus, the insured and the insurer are the main participants of insurance legal relations, as they take a direct part in their occurrence, change or termination. Participation of all other participants depends on the will of the insurer and / or the insured.

According to Part 1 of Article 3 of the Law of Ukraine «On Insurance» [4] insureds are recognized legal entities and capable individuals who have concluded insurance contracts with insurers, or are insureds in accordance with the legislation of Ukraine. Moreover, foreigners, stateless persons and foreign legal entities on the territory of Ukraine enjoy the right to insurance protection on a par with citizens and legal entities of Ukraine.

O. A. Shergunova identifies the following signs of the insured as a special participant in insurance relations: 1) the insured is a person, who is always interested in insurance (has an insurance interest); 2) the insured is a person insuring a certain interest (his or a third person) as the object of insurance; 3) the insured is always a party of the insurance contract; 4) in the insurance obligation, the insured acts as a creditor in the case of occurrence of an insurance event, regardless of whether he is a beneficiary or not 5) the insured carries the burden of non-occurrence of the insurance event during the all term of the insurance contract [5, p. 23].

Some scientists consider insurers, who are a

«weak» party in contractual insurance legal relations, as consumers of insurance services and accordingly combine issues of realization and protecting their rights with the realization and protection of consumers' rights. To a certain extent, this was facilitated by the adoption by the Cabinet of Ministers of Ukraine of the Concept of the Protection of the Consumer's Rights of Non-Bank Financial Services [6], which include insurance services.

As for the spread of the Law of Ukraine «On Protection of Consumer Rights» [7] to insurance relations, in particular, in clause 2 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine «On the Practice of Consideration of Civil Cases on Claims for Protection of Consumer Rights», it is noted that as the Law of Ukraine «On Protection of Consumer Rights» does not define certain limits, the courts should bear in mind that the relations that are regulated by them include, in particular, those arising from insurance contracts [8]. In addition, in the letter of the Supreme Court of Ukraine dated February 1, 2013, analyzing the judicial practice of considering civil cases on the protection of consumers' rights, it is indicated that if the insurance contract is aimed at satisfying the personal needs of an individual, such legal relations are regulated by the Law «On Protection of Rights Consumers» in the part not regulated by a special law. Moreover, this conclusion also applies to property insurance contracts, where the insureds are physical persons and the relevant relations are aimed at protecting the personal property interests of the insured or another person specified in the contract by satisfying the insured's property requirement that arises or may arise after the occurrence of certain events. At the same time, the Supreme Court of Ukraine in its letter dated July 19, 2011 [9], indicated that the Law of Ukraine «On Protection of Consumer Rights» can not apply to legal relations arising from the provisions of the Law «On Compulsory Insurance of Civil Liability of Owners of Land Vehicles», since it is aimed at protecting the life, health and property of third parties, while the Law «On Protection of Consumer Rights» regulates relations arising from contracts aimed at satisfying exclusively personal needs.

Consumer protection issue is regulated by a number of international legal documents, among which the Consumer Protection Charter adopted by the Consultative Assembly of the European Union on May 17, 1973 (resolution 543) [10, p. 39] and the Guiding Principles for the Protection of Consumer Interests approved by the United Nations General Assembly on April 9, 1985 (resolution 39/248) [11].

The provisions of these international documents are reflected in the Law of Ukraine «On Protection of

Consumer Rights». According to clause 22 of Article 1 of this Law, a consumer is an individual who purchases, orders, uses or intends to purchase or order products for personal needs that are not directly related to entrepreneurial activity or the performance of the duties of a hired employee.

Thus, the distinctive features of the consumer as a special subject of civil legal relations are: a) the consumer is only an individual (this can be both Ukrainian citizens, foreigners and stateless persons); b) the person purchases, orders, uses or intends to purchase or order products (has the right to purchase or order, but is not obliged to do so) c) the specific purpose of purchasing products - to meet personal needs that are not directly related to the business activity or the performance of the duties of a hired employee.

O. Yu. Chernyak, exploring the civil legal status of the consumer in the context of adaptation of Ukrainian legislation to the EU legislation, notes that in the legislation of a number of states the concept of "consumer" is used without specifying any definitions, in other states this concept is introduced into legal terminology by the judicial practice and / or legal doctrine. Within the EU there is a separate concept of consumer rights protection, which can operate without reference to the right of the EU member states. Taking into account the established judicial practice, the consumer is considered from the standpoint of protecting the weaker party to the contract, he is recognized by the person who purchases the goods (services) for use, but not for the purpose of his commercial or professional activity [12, p. 7].

The interpretation of the concept of «consumer» solely as an individual is not only Ukrainian specificity, but corresponds to the widespread European practice in this matter. So, according to Article 2 Council Directive 93/13 / EEC of April 5, 1993 on unfair terms of consumer contracts, the consumer is any individual who, in contracts governed by this Directive, acts for purposes that are outside his professional activities, business, profession [13]. When comparing this definition with the definition of the Law of Ukraine «On the Protection of Consumers' Rights», there is clearly a significant difference. Firstly, according to the Directive on granting a person a consumer status does not depend on the nature of the actions performed by him, and in the Law the consumer must necessarily order something, acquire, use or have an intention to do it. Secondly, the Directive, unlike the Law, allocates a limited number of non-consumptive purposes, while all others are considered consumer purposes. Therefore, by definition of the Directive, a significantly larger number of persons will fall under consumer protection.

Not only the insured - an individual who acquires or orders a service may be a consumer of insurance services, but also an individual who uses insurance to meet his personal needs (as it follows from clause 22 of Article 1 of the Law of Ukraine «On Protection of Consumer Rights»), as this individual consumes it, uses this service (for example, the insured person or the beneficiary).

When concluding an insurance contract in favor of a third person, the insured person is the user (consumer) of the insurance service, provided that the insurance contract is aimed at satisfying her personal needs. Moreover, according to the letter of the Supreme Court of Ukraine of July 19, 2011, the insurance contract provides a third party the right to require the insurer to make an insurance payment in his favor, that is, it grants the beneficiary the rights of the insured, but does not impose on him the obligations of the latter [9, p. 21].

Thus, on the basis of an analysis of scientific views and provisions of normative legal acts, concept of a consumer of the insurance service should be understood as an legal capable physical person who concludes an insurance contract with the insurer, as well as an physical person, in the interests and in favor of whom the insurance contract is concluded, and which receives insurance services necessary to meet personal needs that are not directly related to the entrepreneurial activities of this individual or the performance of duties as a hired employee.

To the set of features that characterize the civil law status of the consumer of insurance services, it is possible to include:

- 1) the consumer of insurance service is always a legal capable physical person, because in the case when the insured is a legal entity, it can not be recognized as a consumer in the civil legal sense of this concept;

- 2) the scope of rights and obligations characterizing the civil status of the consumer of insurance services is determined taking into account the provisions of the insurance contract, Insurance Rules, previously developed by the insurer and acts of the current legislation of Ukraine;

- 3) the majority of the rights owned by the consumer of insurance service have a contractual basis for its origin;

- 4) the right of an individual to receive an insurance service and the amount of its provision, including the occurrence of the right to receive an insurance payment or compensation, depends on the insurance risk determined in the contract and the actual occurrence / non-occurrence of the insurance event during the term of the contract. In the event of non-occur-

rence an insurance event, the consumer is unable to exercise his right to receive insurance compensation or payment in connection with his non-occurrence;

5) the object of consumer rights is an insurance service related to the satisfaction of the person's personal needs, which are not directly related to entrepreneurial activity or the performance of the duties of a hired employee.

One can add to these features that in most cases the consumer of insurance services does not have special knowledge in the sphere of providing this type of services. Therefore, as L. M. Sokil notes, it is the unprofessional status of the consumer and the asymmetry of the parties to the insurance contract that are those additional arguments that determine the need for an additional mechanism for the protection of this category of insured persons [14, p. 183]. And this mechanism should be based, first of all, on the rights and duties of the parties of the contract.

Specificity of the civil-legal status of the consumer is manifested in two features: the moment of occurrence of such status of a person and in empowering the consumer with additional legal possibilities within the framework of a special legal status. With this in mind, O. Yu. Chernyak defines the structure of a special civil-legal status of the consumer, which includes the following elements: special civil legal personality, which consists in the unity of special legal capacity and capacity, as well as his rights and duties [12, p. 8].

Thus, the main elements of the legal status of the consumer of insurance services are his rights and duties, which are enshrined in special laws and regulations. Consumers as subjects of civil rights can enter into contractual relations, thereby realizing their legal personality. Entering into the legal relationship of a consumer nature, they acquire the corresponding subjective civil rights and duties.

The rights of consumers of insurance services can be divided into two groups. At the heart of one is the legislation on the protection of consumer rights, at the base of others - insurance legislation and insurance contract. The universal (general) rights of consumers of insurance services belong to the consumer rights, which are enshrined in Section II of the Law of Ukraine «On Protection of Consumer Rights», but with a number of reservations. The general rights of consumers are enshrined in part 1 of Article 4 of the Law of Ukraine «On Protection of Consumer Rights»: the right to protection of rights by the state (Article 5); the right to proper quality of products and services (Article 6); the right to product safety (Article 14); the right to necessary, accessible, reliable and timely information about the product, its quantity, quality,

assortment, as well as its manufacturer (performer, seller) (Article 15); the right to compensation for property and moral damage caused by defects in production (defect in products), in accordance with the law (Article 16); the right to appeal to the court and other authorized state bodies for the protection of breach rights (Article 22); the right to association in public organizations of consumers (associations of consumers) (Article 24). However, when concluding an insurance contract outside commercial or office premises and / or at a distance, consumers of insurance services can not exercise the rights that are enshrined in Articles 12 and 13 of the Law of Ukraine «On Protection of Consumer Rights».

In addition to the general rights of consumers of insurance services, can be added: the rights in case of violation of the terms of the agreement on the performance of work (provision of services), rights in case that defects in the service are discovered (Article 10), rights in the field of trade and other services (Article 17), the right to invalidate the conditions of the contract that infringe on the consumer rights (Article 18), the right to freedom of choice of products (services), the right to freedom of expression (Article 21).

Special rights of consumers of insurance services include rights that are fixed in the normative legal acts regulating insurance relations and in the insurance contract. It should be noted that in the Civil Code of Ukraine and the Law of Ukraine «On Insurance» does not contain a list of neither the insurer's rights, nor the insured's rights. In them only their duties are specified (Article 988 and Article 989 of CC of Ukraine, Article 20 and Article 21 of the Law of Ukraine «On Insurance»). Therefore, taking into account the fact that each respective right is corresponded a respective duty, it can be concluded that in this case the insured's rights stem from the insurer's duties.

Analyzing the insurer's duties, provided in Article 20 of this Law, the following insured's rights can be distinguished: the insured's right to familiarize himself with the conditions and rules of insurance; the right to timely make insurance payment or insurance compensation; the right to receive forfeits (fines, penalties), in case of late insurance payment; the right to compensation of expenses incurred by the insured at the occurrence of an insurance event in order to prevent or reduce losses, if this is provided by the conditions of the contract; the insured's right in the event of carrying out activities that have reduced the insurance risk, or an increase in the value of the property, to renew the insurance contract; the insured's right to non-disclosure of information about him and his property status, except in cases established by law.

This list is not exhaustive, since the conditions of

the insurance contract may provide for other insurer's duties. Traditionally, to the insured's rights in insurance contracts are added: the insured's right to initiate the introduction of amendments and additions to this contract; the right to receive a duplicate of the insurance contract in case of its loss; the right to terminate the contract ahead of schedule in accordance with the conditions specified in the contract and the insurance rules; the right to appoint beneficiaries to receive insurance payments or change them before the occurrence of an insurance event and the like.

In addition, each insurer for each type of insurance separately develops Insurance Rules [15], which are subject to registration with the authorized body when issuing a license to carry out an appropriate type of activity. These Insurance Rules must also contain the rights and duties of the parties. Taking into account the local nature of the operation of the Insurance Rules, the rights of consumers of a certain type of insurance service can differ substantially in different insurers.

Consequently, the rights of consumers of insurance services, based on sources of legal regulation, can be classified into: 1) rights, enshrined in laws (the CC of Ukraine, the Law of Ukraine «On Insurance», etc.) 2) rights, enshrined in sublegal regulatory acts (Decrees and Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine, Order of the National Financial Services Commission), 3) rights, enshrined in local acts (Insurance Rules) 4) rights, enshrined in the insurance contract.

Taking into account the dynamics of insurance legal relations, the rights and duties of consumers of insurance services can be divided into: 1) the rights and duties that arise at the stage of contract conclusion; 2) the rights and duties that arise during the validity of the contract; 3) the rights and duties that arise after the occurrence of an insurance event; 4) the rights and duties arising from improper performance of the insurance contract.

At the first stage of the conclusion of the contract, the consumer of insurance services has the right to the necessary, accessible, reliable and timely information about the insurance service, which provides the possibility of its conscious and competent choice. Information must be provided before the purchase of the service. Along with this, the right of the consumer of insurance services to information does not disappear after the conclusion of the insurance contract; it exists for the entire duration of the contract.

During the validity of insurance contract, the consumer of insurance services has the right to: the proper quality of service; the right to non-disclosure of information about him and his property status, except in cases established by law; the right to renew the

contract in case of implementation of a reduction in the insurance risk or an increase of the value of the property; the insured's right to initiate the introduction of amendments and additions to the contract; the right to receive a duplicate of the insurance contract in case of its loss; the right to terminate the contract ahead of schedule in accordance with the terms and conditions specified in the contract and the insurance rules; the right to appoint beneficiaries to receive insurance payments or change them before the occurrence of an insurance event and the like.

After the occurrence of the insurance event, the consumer of insurance service has the right to: timely implementation of the insurance payment or insurance compensation, the right to reimbursement of expenses incurred by the insured in the event of occurrence an insurance case in order to prevent or reduce losses, if this is stipulated by the conditions of the contract. If the insurance contract is not properly implemented, the consumer of the insurance service has the right to judicial protection of his / her violated, unrecognized or disputed rights or interests; the right to receive a forfeit (fine, penalty), in case of untimely implementation of insurance payment, and the like.

Since the conclusion of the insurance contract, consumers of insurance services have the right to protect their rights by the state, the right to judicial protection and the right to unite in public organizations of consumers. But the reason for the implementation of these rights is, as a rule, the failure of the second party of the insurance contract their duties. Given that most of the duties of the insurer arise after the occurrence of the insurance event, then the above-mentioned rights of consumer of insurance services are most often realized at this stage.

Conclusions. Summing up, we can formulate the following conclusions.

1. The consumer of insurance services can be considered an legal capable physical person who concludes an insurance contract with the insurer, as well as an physical person, in the interests and in favor of whom the insurance contract is concluded, and which receives insurance services necessary to meet personal needs that are not directly related to the entrepreneurial activities of this individual or the performance of duties as a hired employee.

2. The features that characterize the civil legal status of the consumer of insurance services, is: a) the consumer of insurance service is always a legal capable physical person; b) the scope of rights and obligations characterizing the civil status of the consumer of insurance services is determined taking into account the provisions of the insurance contract, Insurance Rules, previously developed by the insurer

and acts of the current legislation of Ukraine; c) the majority of the rights owned by the consumer of insurance service have a contractual basis for its origin; d) the right of an individual to receive an insurance service and the amount of its provision, including the occurrence of the right to receive an insurance payment or compensation, depends on the insurance risk determined in the contract and the actual occurrence / non-occurrence of the insurance event during the term of the contract; e) the object of consumer rights is an insurance service related to the satisfaction of the person's personal needs, which are not directly related to entrepreneurial activity or the performance of the duties of a hired employee.

3. The main elements of the legal status of the consumer of insurance services are his rights and duties, which are enshrined in special laws and regulations. Consumers as subjects of civil rights can enter into contractual relations, thereby realizing their legal personality. Entering into the legal relationship of a consumer nature, they acquire the corresponding subjective civil rights and duties.

4. Taking into account the dynamics of insurance legal relations, the rights and duties of consumers of insurance services can be divided into: 1) the rights and duties that arise at the stage of contract conclusion; 2) the rights and duties that arise during the validity of the contract; 3) the rights and duties that arise after the occurrence of an insurance event; 4) the rights and duties arising from improper performance of the insurance contract.

References

1. Мельник З. П., Романюк Я. М. Судова практика розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування. // Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 8(132). – С. 12 – 28.
2. Цивільний кодекс України: Прийнятий 16 січня 2003 р. – К.: Алерта, 2017. – 306 с.
3. Янишен В. П. Защита прав участников отношений страхования // Янишен В. П // Харьковская цивилистическая школа: защита субъективных 201 гражданских прав и интересов: монография / И.В. Спасибо-Фатеева, М. Н. Сибилев, В. Л. Яроцкий и др. под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков: Право, 2014. – С. 518 – 528.
4. Закон України «Про страхування» від 7 березня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 18. – Ст. 78.

5. Шергунова Е. А. Гражданко-правовое положение основных участников страховых отношений: автореферат дис. ... кандидата юридических наук: 12.00.03 / Е. А. Шергунова. – Курск, 2013. – 29 с.

6. Розпорядження КМУ «Про схвалення Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг в Україні»: від 3 вересня 2009 р. № 1026-р. // Офіційний вісник України від 18.09.2009. – 2009. – № 69. – С. 30.

7. Закон України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 № 1023-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 30. – Ст. 190 379.

8. Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів [Текст]: затв. Постановою Пленуму ВСУ №5 від 12.04.1996 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-96>.

9. Мельник З. П., Романюк Я. М. Судова практика розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування. // Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 8(132). – С. 12 – 28.

10. Дудла І. О. Захист прав споживачів: Навчальний посібник. – К.: Центр учебової літератури, 2007. – 448 с.

11. Керівні принципи для захисту інтересів споживачів. Резолюція 39/248 Генеральної Асамблеї ООН від 09.04.1985. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_903.

12. Черняк О. Ю. Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу [Текст]: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. Ю. Черняк; Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України. – К., 2011. – 20 с.

13. Директива Ради 93/13/ЄС від 5 квітня 1993 року щодо несправедливих умов споживчих договірів. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://old.minjust.gov.ua/45878>

14. Сокіл Л. М. Про необхідність уточнення поняття споживач страхових послуг // Фінанси, облік і аудит. – 2012. – № 19. – С. 177 – 184.

15. Правила страхування [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ukringroup.com.ua/ukr/help/rules/>.

Nadiya MILOVSKA,
Candidate of Juridical Sciences, associate professor,
research associate of department of contract law
issues of F. H. Burchak Scientific-Research Institute
of Private Law and Entrepreneurship NALS of
Ukraine

УДК 347.132

ПРАВОПОРОЖДАЮЩИЕ, ПРАВОИЗМЕНЯЮЩИЕ, ПРАВОПРЕКРАЩАЮЩИЕ ОДНОСТОРОННИЕ СДЕЛКИ С НЕМАТЕРИАЛЬНЫМИ БЛАГАМИ

Светлана ЯСЕЧКО,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин
Харьковского национального университета внутренних дел

SUMMARY

The article deals with problematic issues of the possibility making transactions with non-property goods. In the development period of society and public relations, new types of civil relations arise that require appropriate legal regulation. One of the criteria for classifying unilateral transactions is the legal consequences to which actions are directed, therefore they are divided into right-giving, right-changing and law-abiding. Thus, the author has methodologically constructed an article on this criterion.

Keywords: *Transactions, unilateral transactions, right-giving, law-changing, law-abating, intangible benefits.*

АННОТАЦИЯ

В статье рассматриваются проблемные вопросы возможности совершения сделок с неимущественными благами. В период развития общества и общественных отношений возникают новые виды гражданских отношений, требующие соответствующего правового регулирования. Один из критериев классификации односторонних сделок – правовые последствия, на которые направлены действия, поэтому их разделяют на правопорождающие, правоизменяющие и правопрекращающие. Таким образом, автор методологически построил статью по этому критерию.

Ключевые слова: сделки, односторонние сделки, правопорождающие, правоизменяющие, правопрекращающие, нематериальные блага.

Постановка проблемы. В нынешних реалиях времени, в период развития общества и общественных отношений возникают новые виды гражданских отношений, требующие соответствующего правового регулирования. В сфере сущего заключается множество сделок с таким личным неимущественным правом, как право на имя, механизм регулирования которых не определен. Для того чтобы его определить, возникла необходимость исследовать возможности заключения таких сделок, а именно рассмотреть односторонние сделки как правопорождающие, правоизменяющие, правопрекращающие нематериальные блага.

Актуальность темы исследования подтверждается степенью нераскрытии темы – в настоящее время практически нет ни одной фундаментальной работы как о возможности совершения сделок с нематериальными благами, так и о возможности совершения односторонних сделок с такими благами.

Состояние исследования. Научный анализ проблемы позволяет утверждать, что наибольшее влияние на развитие современной концепции неимущественных прав оказали труды В. И. Бобрика, В. П. Грибанова, В. А. Дозорцева, Н. Д. Егорова, А. С. Иоффе, А. В. Кашанина, О. В. Кохановской,

Л. В. Красицкой, М. Н. Малеиной, М. Л. Нохриной, А. П. Сергеева, В. И. Серебровского, С. А. Слипченко, И. В. Спасибо-Фатеевой, Р. А. Стефанчука, В. С. Толстого, Л. В. Федюк, Е. А. Флейшиц и других ученых. В то же время исследователи или полностью отрицали возможность совершения сделок, которые порождали, меняли или прекращали неимущественные права, либо только предполагали такую возможность. Исследование сделок в целом и отдельных их аспектов посвящали свои труды Н. Н. Агарков, И. А. Безклубый, С. М. Бервено, В. А. Белов, В. И. Бобрик, М. И. Брагинский, Л. К. Веретельник, Е. М. Денисевич, М. Д. Егоров, С. В. Ильков, В. Б. Исаев, А. Д. Корецкий, А. В. Коструба, О. О. Куличинич, В. В. Луць, Е. А. Мичурин, И. Б. Новицкий, Л. А. Новоселова, В. Г. Олюха, С. А. Погребной, В. Ф. Попондупло, Н. А. Рожкова, Р. Й. Халфина, Л. А. Чеговадзе и другие ученые. Однако доктрина гражданского права, в соответствии с которой сделки не могут порождать, изменять или прекращать личные неимущественные права, осталась неизменной.

Целью и задачей статьи является исследование возможности сделок порождать, изменять и прекращать неимущественные права. Учитывая ограниченный объем научной публикации, иссле-

довать можно только нормы гражданского законодательства и позиции ученых. Новизна работы заключается в том, что в данной работе сделана попытка исследовать как положительные, так и отрицательные стороны совершения односторонних сделок с нематериальными благами, а также их классификацию на правопорождающие, правоизменяющие, правопрекращающие.

Изложение основного материала. В условиях становления современной правовой системы Украины важное значение имеет переосмысление базовых правовых категорий гражданского права, к которым относятся сделки. Сделка – один из самых характерных для гражданского права юридических фактов, с которым закон связывает возникновение, изменение и прекращение субъективных прав и обязанностей. Это связано с тем, что гражданское право является регулятором частных отношений, субъекты которых выступают юридически равными, самостоятельными и независимыми друг от друга. Именно сделка позволяет автономно создавать наиболее приемлемую для субъектов модель поведения. Проблема заключается в том, что в теории гражданского права господствующей была и остается позиция, согласно которой утверждается, что сделки не способны порождать, изменять и прекращать неимущественные права.

В ст. 202 ГК Украины (далее – ГК) закреплена дифференциация сделок на односторонние, двусторонние и многосторонние. Как отмечает И. В. Спасибо-Фатеева, прежде всего, следует такое разделение проводить в зависимости от воли сторон. При этом, как правило, принимается во внимание воля определенного количества людей. Так, считается, что если воля выражается одним лицом, то по этой классификации имеет место односторонняя сделка [1].

Один из критерииев классификации односторонних сделок – правовые последствия, на которые направлены действия, поэтому их разделяют на правопорождающие, правоизменяющие и правопрекращающие. В свое время В. С. Толстой при классификации сделок говорил о правопорождающих, правоизменяющих и правопрекращающих как о таких, которые порождают правовые последствия нескольких видов односторонних сделок [2, с. 7, 8]. По этому признаку классифицируются не только односторонние сделки, но и юридические факты вообще.

Что касается правопорождающих односторонних сделок с нематериальными благами, сложились разные взгляды. Так, в частности, под нематериальными благами мы рассматриваем объекты, которые перечислены в гл. 15 ГК, а именно, что к

группе нематериальных благ относятся результаты интеллектуальной деятельности, информация, личные неимущественные блага.

Специфика личных неимущественных отношений опосредуется механизмом их правового регулирования как бы «автоматически», они унифицированы для всех категорий их участников. По мнению ученых, [3, с. 375-376; 4 с. 259], правопорождающими юридическими фактами, затем активирующими регламентационное влияние механизма правового регулирования личных неимущественных отношений является рождение человека и закон. Другие исследователи считают, что подобное определение оснований возникновения личных неимущественных правоотношений достаточно абстрактное [5, с. 130] и неполное [6, с. 67]. По этому поводу С. А. Слипченко [6, с. 67] отмечает, что если право возникает не с рождением, не на основании закона, то можно, при наличии необходимых признаков, признать его личным неимущественным [7]. Во-вторых, если систематизация личных неимущественных отношений посредством механизма их правового регулирования действительно унифицирована для всех категорий участников, то необходимо проверить, является ли рождение (создание) субъекта и закон основным правопорождающим юридическим фактом и для юридических лиц. В-третьих, если рождение и закон – это основные основания возникновения личных неимущественных правоотношений, то возникает потребность установления других, неосновных оснований, наличие которых иногда указывают в юридической литературе [8, с. 375-376; 9, с. 69, 130]. Итак, утверждается, что в круг правопорождающих юридических фактов входят и другие юридические факты [8, с. 375-376], а именно круг полностью охватывается общими положениями возникновения гражданских прав и обязанностей, которые заложены в ст. 11 ГК [10, с. 130]. Поэтому как односторонние сделки, так и сделки вообще могут быть правопорождающими не только таких нематериальных благ, как результаты интеллектуальной деятельности, информации, но и некоторых личных неимущественных благ.

Правопорождающие односторонние сделки являются основанием для возникновения новых правоотношений. Правопорождающими односторонними сделками является, например, составление завещания; как пример односторонней сделки, которая порождает обязательства, можно назвать объявление конкурса о написании пьесы. Если пьеса будет соответствовать всем условиям конкурса, то тот, кто его объявил, должен вы-

полнить обязанности, установленные в условиях конкурса (поставить спектакль по пьесе, уплатить вознаграждение) [11, с. 40]. Таким образом, К. П. Шкрибляк определяет, что между существованием классических односторонних сделок ГК содержит достаточно много положений относительно других действий участников правоотношений, которые могут рассматриваться как односторонние сделки, и основания возникновения правоотношений:

– ч. 2 ст. 28 ГК – приобретение права на псевдоним;

– ч. 2 ст. 31 ГК – приобретение неимущественных прав интеллектуальной собственности;

– ст. 309 ГК – занятие литературной, художественной, научной и технической деятельностью и создание результатов творческой, интеллектуальной и иной деятельности, приобретение на них прав интеллектуальной собственности. Хотя написание картины художником [12, с. 167] можно рассматривать в контексте поступка, между тем, их создание является сделкой, в частности, односторонней. Иначе мы должны были бы обосновать включение в ч. 2 ст. 11 ГК поступков как оснований возникновения гражданских прав и обязанностей [11, с. 46].

По мнению В. И. Серебровского, завещание является распоряжением гражданина на случай смерти в отношении принадлежащего ему имущества, совершенное в установленной законом форме, также автор допускал, что в завещании могут содержаться некоторые распоряжения неимущественного характера (например, о месте захоронения) [13, с. 114-117]. Б. С. Антимонов и К. А. Граве пришли к выводу, что завещание – это личное распоряжение гражданина на случай его смерти о переходе по наследству имущественных и личных неимущественных прав к назначенным наследникам, совершенное в пределах, допускаемых законом, и в установленной законом форме [14, с. 139].

То есть, хотя смерть физического лица обычно рассматривается как основание прекращения личных неимущественных прав, анализ гражданского законодательства Украины и юридической литературы свидетельствует, что с ней связано и возникновение некоторых личных неимущественных правоотношений. В частности, смерть физического лица является правопорождающим юридическим фактом-событием для посттранативных личных неимущественных прав (от лат. *post* – после, и *thanatos* – смерть), то есть субъективных гражданских прав, возникающих или продолжающихся существование после смерти физического

лица [10, с. 525–534]. К таким правам, в частности, относятся:

1) право членов семьи умершего, его близких родственников и других заинтересованных лиц на ответ по недостоверной информации, которая была распространена об умершем (ч. 2 ст. 277 ГК Украины);

2) право членов семьи умершего, его близких родственников и других заинтересованных лиц на опровержение недостоверной информации, которая была распространена об умершем (ч. 2 ст. 277 ГК Украины);

3) право членов семьи умершего или других физических лиц, уполномоченных им, присутствовать при исследовании причин его смерти и ознакомиться с выводами относительно причин смерти, а также право на обжалование этих выводов в суде (ч. 4 ст. 285 ГК).

4) право членов семьи и близких умершего донора знать имя реципиента в случае имплантации ему органов и других анатомических материалов от умершего донора (абз. 2 ч. 3 ст. 290 ГК);

5) право детей, вдовы (вдовца), а если их нет – родителей, братьев и сестер умершего физического лица на использование его имени в литературных и других произведениях как персонажа (действующего лица) (ч. 2 ст. 296 ГК);

6) право членов семьи или близких родственников умершего физического лица требовать уважительного отношения к телу умершего и месту его захоронения (ч. 1 ст. 298 ГК);

7) право детей, вдовы (вдовца), а если их нет – родителей, братьев и сестер умершего физического лица на предоставление согласия на использование, в том числе путем опубликования, личных бумаг умершего физического лица (ч. 4 ст. 303 ГК).

8) право детей, вдовы (вдовца), а если их нет – родителей, братьев и сестер умершего физического лица, которое направило корреспонденцию, и адресата на использование корреспонденции, в том числе путем его опубликования (ч. 3 ст. 306 ГК);

9) право детей, вдовы (вдовца), а если их нет – родителей, братьев и сестер умершего физического лица на предоставление согласия относительно публичного показа, воспроизведения, распространения фотографий, других художественных произведений, на которых изображено умершее физическое лицо (п. 1 ч. 1 ст. 308 ГК);

10) право детей, вдовы (вдовца), а если их нет – родителей, братьев и сестер умершего физического лица на отзыв согласия умершего физического лица по публичному показу, воспроизведению,

распространению фотографий, других художественных произведений, на которых оно изображено (абз. 2 ч. 1 ст. 308 ГК);

11) право детей, вдовы (вдовца), а если их нет – родителей, братьев и сестер умершего физического лица требовать прекращения публичного показа, воспроизведения или распространения фотографий, других художественных произведений, на которых изображено умершее физическое лицо, даже если оно при жизни позировало автору фотографии, другого художественного произведения за плату (п. 2 ч. 2 ст. 308 ГК);

12) право уполномоченных умершим автором лиц, а в случае отсутствия таких полномочий – наследников автора или других заинтересованных лиц на охрану неприкосновенности произведения (ч. 2 ст. 439 ГК) [10, с. 525–534].

Как отмечает Р. А. Стефанчук, цель отдельных из указанных прав – исключительно защита нарушенных прав умершего физического лица (право на опровержение, право на ответ и т. д.), остальные из них направлены как на дальнейшее осуществление указанных прав, так и на их защиту [10, с. 525–534]. Мы полностью солидарны с мнением С. А. Слипченко, который указывает, что с нарушением личных неимущественных прав возникает обязанность и соответствующее ей правовое требование компенсации морального вреда (в случае его появления), восстановление нарушенного личного неимущественного права, опровержение недостоверной информации (при ее распространении), прекращение противоправного поведения и тому подобное. И если исходить из двойной структуры субъективного права, то на защиту и корреспондирующей ему обязанности, которая составляет содержание охранительных правоотношений, возникают с момента совершения участником личных неимущественных отношений правонарушения. Более того, само понятие «правонарушение» происходит от словосочетания «нарушение права», а значит, если отсутствует право в неподвижном состоянии, то и нарушать нечего, что указывает на невозможность возникновения правонарушения как такого. И наоборот, если какие-то действия признаются преступлением, то это указывает на то, что изначально существовали правоотношения в неподвижном состоянии, то есть на наличие регулятивных личных неимущественных правоотношений. Затем произошло вмешательство в формирование и нормальное развитие регулятивных личных неимущественных правоотношений. Как следствие – возникли охранные личные неимущественные правоотношения [6, с. 306].

В отличие от правоустанавливающих правоизменяющие односторонние сделки не являются основанием для возникновения новых правоотношений. Они вносят корректизы (изменения) в содержание уже существующих правоотношений, но сами правоотношения от этого не превращаются в какой-то другой вид правоотношений. Правоизменяющие юридические факты – это такие факты, с которыми нормы права связывают изменение уже существующих правоотношений [15, с. 45].

Значительное количество прав и обязанностей изменяются на основании односторонних сделок, требуют специальных гарантий по взятым в одностороннем порядке обязательствам. Например, изменение завещания (ч. 5 ст. 1254 ГК) является основанием для изменения его содержания, но это не меняет сути самих наследственных отношений. Однако такое изменение может касаться введения новых наследников, изменения в наследстве, возложения на наследников завещательных распоряжений [16, с. 53]. Так, согласно ч. 4 ст. 289 ГК указано, что физическое лицо при жизни имеет право распорядиться о передаче после его смерти органов и других анатомических материалов своего тела научным, медицинским или учебным заведениям.

Как отмечает С. А. Слипченко, при совершении односторонних правомерных волевых действий, которые представляют собой не что иное, как правоизменяющую одностороннюю сделку, если такие изменения вносятся в уже составленное завещание, тогда кроме того, что субъект изменяет правовой режим в отношении своего тела после смерти [6, с. 353], такие действия являются правоизменяющими юридическими фактами.

Правопрекращающие сделки предусмотрены на уровне общего и специального регулирования в ГК. В частности, на уровне возможных субъективных гражданских прав такие сделки составляют часть содержания правоспособности как категория, противопоставленная приобретению прав – лицо может не только иметь права, но и прекратить некоторые из них. Правопрекращающий юридический факт может прекратить право, обязанность, правоотношения как отдельно, так и в их совокупности, а также может быть сразу правопрекращающим и правоустанавливающим юридическим фактом [17, с. 91].

Особый практический интерес представляют сделки, направленные на прекращение права собственности и других вещных прав в различных аспектах его проявления: как частный случай осуществления гражданских прав (ч. 1 ст. 12 ГК) или как проявление общего права на отказ от своего

имущественного права (ч. 3 ст. 12 ГК) или его специального проявления (ст. 347 ГК). Важно также обратить внимание на то, что отказ от права собственности не должен нарушать установленные законом ограничения, особенно экологического характера. Выделение правопрекращающих односторонних сделок позволяет достаточно подробно проанализировать регистрационные процедуры, связанные с таким прекращением прав на недвижимое имущество.

Сделка как юридический факт является волевым актом, направленным на достижение определенного правового результата. Результатом, на который направляется воля лица при односторонних правопрекращающих отношениях, является прекращение права, обязанности или правоотношений. Таким образом, прекращение личных неимущественных правоотношений может иметь место и по воле их участников. Например, отказ от принятия наследства с нематериальными благами (ст. 1273 ГК) будет односторонней правопрекращающей сделкой.

Таким образом, в теории гражданского права наряду с полным отрицанием способности сделок порождать, изменять или прекращать неимущественные права начала формироваться альтернативная точка зрения. Ее сторонники утверждают, что этот юридический факт может создавать подобные правовые последствия, таким образом, односторонние сделки способны порождать, изменять или прекращать неимущественные права в рамках правоотношений интеллектуальной собственности, информационных, корпоративных, личных неимущественных правоотношений. Сделанный вывод базируется на синтезе достигнутых представителями альтернативной позиции научных результатов.

Список использованной литературы

1. Спасибо-Фатеева И. В. Юридична природа односторонніх правочинів. – 2005. – Режим доступа : <http://yurradnik.com.ua/stati/d1-8e-d1-80-d0-b8-d0-b4-d0-b8-d1-87-d0-bd-d0-b0-d0-bf-d1-80-d0-b8-d1-80-d0-be-d0-b4-d0-b0-d0-be-d0-b4-d0-bd-d0-be-d1-81-d1-82-d0-be-d1-80-d0-be-d0-bd-d0-bd-d1-96-d1-85-d0-bf-d1-80-d0-b0-d0-b2/>.
2. Толстой В. С. Понятие и значение односторонних сделок в советском гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1966. – С. 7, 8
3. Яроцький В. Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. – Х., 2007. – 438 с.
4. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. – К., 2009. – 412 с.
5. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : моногр. / відп. ред. Я. М. Шевченко. – К. : КНТ, 2008. – 626 с.
6. Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів : моногр. – Х. : Діса плюс, 2013. — 552 с.
7. Толстой В. С. Личные неимущественные правоотношения. – Изд-во Академ. повыш. квалиф. и проф. переподг. раб. образования, 2009. – Режим доступа : <http://www.lawmix.ru/commlaw/321>.
8. Яроцький В. Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. – Х., 2007. – 438 с.
9. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. – К., 2007. – С. 69, 130.
10. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : моногр. / відп. ред. Я. М. Шевченко. – К. : КНТ, 2008. – 626 с.
11. Шкрібляк К. П. Односторонні правочини у нотаріальній та судовій практиці : дис. канд. юрид. наук : 12.00.03 / Катерина Павлівна Шкрібляк. – К., 2014. – 198 с.
12. Цивільне право України : підруч. : у 2-х кн. – Вид. 2-ге, допов. і перероб. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К. : Юрінком Интер, 2004. – Кн. 1. – 736 с.
13. Серебровский В. И. Избранные труды по наследственному праву и страховому праву. – Изд. 2-е, испр. – М. : Статут, 2003. - 558 с.
14. Антимонов Б. С., Граве К. А. Советское наследственное право. – М. : Госюриздан, 1955. – 264 с.
15. Данилин В. И., Реутов С. И. Юридические факты в советском семейном праве. – Свердловск : Изд-во Урал. ун-та, 1989. – 156 с.
16. Шкрібляк К. П. Односторонні правочини у нотаріальній та судовій практиці : дис. канд. юрид. наук : 12.00.03 / Катерина Павлівна Шкрібляк. – Київ, 2014. – 198 с.
17. Коструба А. В. Юридичні факти в механізмі право припинення цивільних правовідносин : моногр. – К. : Ін Юре, 2014. – С. 91. – 376 с.

Drept penal, drept execuțional penal, Criminologie

UDC 343.35:340.131.5

INTERPRETAREA ART. 329 AL CODULUI PENAL DIN PERSPECTIVA JURISPRUDENȚEI CONSTITUȚIONALE RELEVANTE

Igor SERBINOV,

Procuror, șef Direcție Judiciară a Procuraturii Generale, doctorand la Departamentul Drept penal al Facultății de Drept a Universității de Stat din Moldova

REZUMAT

În baza examinării jurisprudenței relevante a Curții Constituționale a Republicii Moldova și a Curții Constituționale a României, sunt propuse soluții care contribuie la interpretarea art. 329 din Codul penal al Republicii Moldova în strictă conformitate cu principiul legalității. Accentul este pus pe asigurarea exigenței de claritate și previzibilitate a prevederilor acestui articol, în spiritul respectului față de valorile statului de drept, valorile democrației și drepturile omului.

Cuvinte-cheie: nejlijența în serviciu, obligațiile de serviciu, îndeplinirea necorespunzătoare, răspunderea extrapenală, principiul non bis in idem.

THE INTERPRETATION OF ART. 329 OF THE PENAL CODE FROM THE PERSPECTIVE OF THE RELEVANT CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

SUMMARY

The analysis based on the examination of the relevant jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Moldova and of the Constitutional Court of Romania, generated important solutions that contribute to the interpretation of art. 329 of the Penal Code of the Republic of Moldova in strict compliance with the principle of legality. The focus is on ensuring the clarity and predictability of the provisions of this article in the spirit of respect for the values of the rule of law, the values of democracy and human rights.

Keywords: negligence in the workplace, workplace obligations, inadequate performance, extra-penal liability, the principle of non bis in idem.

Introducere. Printre atribuțiile unei autorități de jurisdicție constituțională se numără: exercitarea controlului constituționalității prevederilor legale; interpretarea Constituției; rezolvarea exceptiilor de neconstituționalitate a actelor normative. În virtutea acestor atribuții, unele spete din jurisprudența constituțională a Republicii Moldova și a României pot prezenta un interes deosebit pentru stabilirea sensului autentic al dispozițiilor art. 329 „Nejlijența în serviciu” din Codul penal al Republicii Moldova (în continuare – CP RM). Procesul de interpretare a acestui articol este îngreunat mai ales din următoarele cauze: 1) neclaritate privind caracterul sursei normative ce stabilește obligațiile de serviciu care-i revin făptuitorului; 2) potențialitatea unei interpretări diferite a cuvântului „necorespunzătoare”, utilizat în art. 329 CP RM; 3) dificultatea stabilirii soluției de calificare în cazul în care neîndeplinirea sau îndeplinirea necorespunzătoare de către o persoană publică a obligațiilor de serviciu ca rezultat al unei atitudini neglijente sau neconștiințioase față de ele, nu cauzează daune în proporții mari intereselor publice sau drepturilor și intereselor ocrotite de lege ale persoanelor fizice sau

juridice, nu provoacă decesul unei persoane sau alte urmări grave; 4) incertitudini privitoare la posibilitatea reținerii la calificare atât a art. 329 CP RM, cât și a unor norme nepenale.

Scopul studiului constă în descifrarea voinței legiuitorului exprimată în dispozițiile art. 329 CP RM, cu ajutorul jurisprudenței relevante a Curții Constituționale a Republicii Moldova și a Curții Constituționale a României.

Discuții și rezultate științifice.

1. Din analiza alin. (1) art. 329 CP RM, rezultă că, în cazul infracțiunilor prevăzute de acest articol, fapta prejudiciabilă constă în acțiunea de îndeplinire necorespunzătoare a obligațiilor de serviciu sau în inacțiunea de neîndeplinire a acestor obligații.

În context, poate apărea întrebarea cu privire la caracterul sursei normative ce stabilește obligațiile de serviciu care-i revin făptuitorului, obligații pe care acesta putea și trebuia să le îndeplinească. În legătură cu aceasta, I. Pascu susține just: „Ori de câte ori dispoziția dată de organul ierarhic superior se întemeiază pe o prevedere a legii a cărei aplicare intră în competența sa, această dispoziție constituie o îndato-

rire de serviciu pentru subordonat, astfel încât nerescpectarea ei din culpă angajează răspunderea penală pentru infracțiunea de neglijență în serviciu [1, p. 548-549]. La rândul său, O. Predescu și A. Hărăstășanu relevă: „Ordinul de serviciu legal reprezintă o îndatorire de serviciu” [2, p. 260]. Opinii similare sunt exprimate în literatura de specialitate autohtonă: „Prin obligațiune de serviciu se înțeleg toate obligațiunile care cad în sarcina unei persoane cu funcții de răspundere potrivit normelor legale și subordonate legii ce reglementează serviciul respectiv” [3, 4].

Toate aceste puncte de vedere converg spre ideea că, în cazul infracțiunilor prevăzute la art. 329 CP RM, obligațiile de serviciu care-i revin făptitorului sunt stabilite de legi sau de acte normative care corespund unor legi. Această idee își găsește confirmarea în jurisprudența constituțională.

Astfel, în pct. 43 al Hotărârii Curții Constituționale a Republicii Moldova nr. 25 din 13.10.2015 pentru controlul constituționalității unor prevederi ale Hotărârii Guvernului nr. 79 din 23 ianuarie 2006 privind aprobarea Listei substanțelor narcotice, psihotrope și a plantelor care conțin astfel de substanțe depistate în trafic ilicit, precum și cantitățile acestora (Sesizarea nr. 30a/2015), se arată: „Hotărârile Guvernului sunt subsecvențe legilor adoptate de Parlament. Guvernul, ca organ executiv suprem, în exercitarea atribuțiilor constituționale și a celor ce decurg din Legea cu privire la Guvern, organizează executarea legilor, scop în care emite hotărâri pentru a preciza o lege, a o face cât mai clară și a o aplica cât mai corect” [5]. De asemenea, în Decizia Curții Constituționale a României nr. 405 din 15.06.2016 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 246 din Codul penal din 1969, ale art. 297 alin. (1) din Codul penal și ale art. 132 din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție: „Unei persoane nu i se poate imputa încălcarea standardului obiectiv prin constatarea neîndeplinirii de către aceasta a unor prescripții implicate, nedeterminabile la nivel normativ. Mai mult, Curtea reține că, chiar dacă anumite acțiuni, ce însotesc exercitarea unei atribuții de serviciu, se pot baza pe o anumită uzanță/cutumă, aceasta nu se poate circumscrie, fără încălcarea principiului legalității incriminării, standardului obiectiv ce trebuie avut în vedere în determinarea faptei penale. [...] Curtea statuează că neîndeplinirea ori îndeplinirea defectuoasă a unui act trebuie analizată numai prin raportare la atribuții de serviciu reglementate expres prin legislația primară [...]. Aceasta, deoarece adoptarea unor acte de reglementare secundară care vin să detalieze legislația primară, se realizează doar în limitele și potrivit normelor care le ordonă. [...] În materie penală, principiu-

piul legalității incriminării, „*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*”, impune ca numai legiuitorul primar să poată stabili conduită pe care destinatarul legii este obligat să o respecte, în caz contrar aceștia supunându-se sancțiunii penale” [6].

Referindu-se la decizia precitată, Gh. Dobrican afirmă just: „Prin sintagma „îndeplinește prin încălcarea legii” utilizată în Decizia Curții Constituționale, se are în vedere ca fapta imputată funcționarului public să îndeplinească „standardul obiectiv”, respectiv să fie incriminată prin lege. Fapta funcționarului public, neincriminată de lege, nu constituie un „ilicit penal” de natură să atragă o pedeapsă penală, ci o faptă ilicită extrapenală care va atrage o sancțiune reparatorie, dacă sunt întrunite condițiile răspunderii juridice, după caz, administrativă, civilă (delictuală sau contractuală), disciplinară, materială, fiscală sau contravențională” [7]. În concluzie, art. 329 CP RM nu poate fi aplicat în ipoteza neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare de către o persoană publică a obligațiilor de serviciu care nu decurg dintr-o prevedere legală (ci, dintr-o reglementare secundară emisă de Guvern, de altă autoritate a administrației publice centrale sau locale etc.) care nu vine să detalieze legislația primară. Într-o astfel de ipoteză, dacă, din imprudență, se provoacă decesul persoanei ori vătămarea gravă a integrității corporale sau a sănătății, urmează să fi aplicat art. 149 sau 157 CP RM. În cazul în care respectiva faptă nu implică asemenea urmări, se va aplica răspunderea extrapenală.

2. Cele două modalități normative ale faptei pre-judicabile, prevăzute la art. 329 CP RM, sunt: a) acțiunea de îndeplinire necorespunzătoare a obligațiilor de serviciu; b) inacțiunea de neîndeplinire a obligațiilor de serviciu.

În opinia lui V. Cușnir, „prin „neîndeplinirea obligațiilor de serviciu” se înțelege omisiunea, neefectuarea unei acțiuni care trebuia să fie îndeplinită ori rămânerea făptitorului în stare de pasivitate. Prin „îndeplinirea necorespunzătoare a obligațiilor de serviciu” se înțelege exercitarea lor altfel decât este prevăzut în regulamentele și instrucțiunile de serviciu, în actele normative privind activitatea persoanei cu funcție de răspundere, deci executarea unor acțiuni de funcție cu abateri de la normele de conduită prescrise” [8, p. 723].

În cazul în care obligațiile de serviciu nu sunt îndeplinite în genere, nu apar probleme legate de interpretarea art. 329 CP RM. Acestea apar în cazul în care obligațiile de serviciu sunt îndeplinite într-o manieră necorespunzătoare. Întrucât cuvântul „necorespunzătoare” este susceptibil de interpretări diferite, se poate vorbi despre pericolul încălcării regulii fixate în alin.

(2) art. 3 CP RM, potrivit căreia interpretarea extensivă defavorabilă a legii penale este interzisă.

În art. 298 „Neglijența în serviciu” din Codul penal al României din 2009 [9] se utilizează sintagma „îndeplinirea ei defectuoasă”. Se are în vedere îndeplinirea defectuoasă a îndatoririi de serviciu. Aceasta sintagmă este asemănătoare cu expresia „îndeplinirea necorespunzătoare [...] a obligațiilor de serviciu” din art. 329 CP RM. Drept urmare, pentru analiza acestei expresii comportă relevantă explicațiile prezentate în Decizia Curții Constituționale a României nr. 405 din 15.06.2016 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 246 din Codul penal din 1969, ale art. 297 alin.(1) din Codul penal și ale art. 132 din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție: „Legiuitorul nu a operat o circumstanțiere expresă în sensul precizării elementelor față de care defectuozitatea trebuie analizată. Curtea observă că doctrina a apreciat că prin sintagma „îndeplinește în mod defectuos” se înțelege îndeplinirea făcută altfel decât se cununea să fie efectuată, defectuozitatea în îndeplinire putând privi conținutul, forma sau întinderea îndeplinirii, momentul efectuării, condițiile de efectuare etc. [...] Curtea constată că dispozițiile art. 246 din Codul penal din 1969 și ale art. 297 alin.(1) din Codul penal sunt constituționale în măsura în care prin sintagma „îndeplinește în mod defectuos” din cuprinsul acestora se înțelege „îndeplinește prin încălcarea legii”” [6]. La 06.07.2017, Curtea Constituțională a României a stabilit condiții identice de incriminare a neglijenței în serviciu ca în cazul abuzului în serviciu, constatănd că dispozițiile alin. (1) art. 249 din Codul penal al României din 1969 și ale art. 298 din Codul penal al României din 2009 sunt constituționale în măsura în care prin sintagma „îndeplinirea ei defectuoasă” din cuprinsul acestora se înțelege „îndeplinirea prin încălcarea legii”. În argumentarea soluției de admisare, Curtea a reținut, *mutatis mutandis*, considerențele ce au stat la baza pronunțării Deciziei nr. 405 din 15.06.2016 [10]. În acest mod, Curtea Constituțională a României a constatat constituiționalitatea sintagmei „îndeplinirea ei defectuoasă” cu rezervă de interpretare a acesteia.

Cu ajustările de rigoare, aceste concluzii sunt valabile în vederea interpretării art. 329 CP RM. În consecință, în sensul art. 329 CP RM, prin sintagma „îndeplinirea necorespunzătoare [...] a obligațiilor de serviciu” trebuie să se înțeleagă „îndeplinirea obligațiilor de serviciu prin încălcarea legii”.

3. Din punctul de vedere a lui O. Predescu și A. Hărăstășanu, în cazul infracțiunilor de neglijență în serviciu, actele pregătitoare și tentativa nu sunt posibile [2, p. 260]. Susținem această părere. În același

timp, nu putem evita următoarea întrebare: care trebuie să fie soluția de calificare în situația în care neîndeplinirea sau îndeplinirea necorespunzătoare de către o persoană publică a obligațiilor de serviciu ca rezultat al unei atitudini neglijente sau neconștiințioase față de ele, nu cauzează daune în proporții mari intereselor publice sau drepturilor și intereselor ocrotite de lege ale persoanelor fizice sau juridice, nu provoacă decesul unei persoane sau alte urmări grave?

Considerăm că neproducerea urmărilor prejudiciabile prevăzute la art. 329 CP RM semnifică nu neconsumarea infracțiunii, ci lipsa infracțiunii. Producerea urmărilor prejudiciabile în cauză atestă prezența infracțiunii, iar lipsa acestora reprezintă un temei de aplicare a răspunderii extrapenale (de exemplu, a răspunderii disciplinare). O asemenea concluzie rezultă din analiza corroborată a prevederilor alin. (1) art. 51 și alin. (1) art. 52 CP RM. Astfel, potrivit alin. (1) art. 51 CP RM, componența infracțiunii, stipulată în legea penală, reprezintă temeiul juridic al răspunderii penale. Conform alin. (1) art. 52 CP RM, se consideră componența a infracțiunii totalitatea semnelor obiective și subiective, stabilite de legea penală, ce califică o faptă prejudiciabilă drept infracțiune concretă. Această idee este consolidată de argumentele conținute în Decizia Curții Constituționale a României nr. 82 din 23.02.2016 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 351 din Codul penal și art. 16 alin. (1) din Codul de procedură penală: „Pentru a interveni răspunderea penală trebuie să existe o concordanță între trăsăturile faptei concrete și trăsăturile modelului abstract prevăzut de norma de incriminare, adică, cu alte cuvinte, când au fost realizate toate elementele constitutive ale infracțiunii. Astfel, Curtea a apreciat că absența oricărui element constitutiv al infracțiunii lipsește acțiunea penală de temeiul său de drept, putându-se afirma că lipsa de corespondență între trăsăturile faptei concrete și trăsăturile modelului abstract prevăzut de norma de incriminare determină neprevederea faptei de către legea penală” [11].

Așadar, lipsa oricărei dintre urmăriile prejudiciabile prevăzute în art. 329 CP RM semnifică lipsa temeiului de intervenție a legii penale. În astfel de condiții, nu este exclusă aplicarea unor mijloace extrapenale.

4. M. A. Tâneanaia este de părere că, în textul legii penale, varianta-tip a neglijenței în serviciu nu ar trebui să conțină mențiunea cu privire la producerea vreunei urmări prejudiciabile [12]. Nu putem fi de acord cu o asemenea largire nelimitată a sferei ilicitului penal.

Pe bună dreptate, în Decizia Curții Constituționale a României nr. 392 din 06.06.2017 referitoare la ex-

cepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 248 din Codul penal din 1969, ale art. 297 alin. (1) din Codul penal și ale art. 13² din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, se menționează: „Dreptul penal trebuie să rămână întotdeauna o măsură la care se recurge în ultimă instanță. Prin urmare, legiuitorul trebuie să analizeze dacă alte măsuri decât cele de drept penal, de exemplu regimuri de sanctiuni de natură administrativă sau civilă, nu ar putea asigura în mod suficient aplicarea politicii și dacă dreptul penal ar putea aborda problemele mai eficace” [13]. În același context, se înscrie opinia exprimată de V. Dongoroz: „Așadar, ilicitul penal se deosebește substanțial de ilicitul extrapenal; această deosebire se poate face pe baza a două elemente de caracterizare și anume: pe de o parte, ilicitul penal implică existența unei activități de violență, fraudă sau indisiplină socială, iar pe de altă parte, faptele penale au aptitudinea de a produce neliniște și nesiguranță socială. Acest criteriu trebuie să servească la elaborarea normelor juridice (*de jure condendo*), în sensul că, legiuitorul, călăuzindu-se de acest criteriu, va putea să-și dea seama în ce cazuri trebuie să se adopte, ca sanctiune, o pedeapsă și să creeze, deci, un ilicit penal ...ori un ilicit extrapenal pentru care se prevede o sanctiune pur reparatorie” [14, p. 201].

În context, prezintă interes argumentele privitoare la oportunitatea stabilirii unui prag valoric în cazul infracțiunii de abuz în serviciu, prevăzute de legislația penală română, invocate în Decizia Curții Constituționale a României nr. 405 din 15.06.2016 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 246 din Codul penal din 1969, ale art. 297 alin.(1) din Codul penal și ale art. 132 din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție: „Din perspectiva principiului „*ultima ratio*” în materie penală, nu este suficient să se constate că faptele incriminate aduc atingere valorii sociale ocrotite, ci această atingere trebuie să prezinte un anumit grad de intensitate, de gravitate, care să justifice sanctiunea penală. [...] Astfel, Curtea apreciază că „vătămare a drepturilor sau intereselor legitime” presupune afectarea, lezarea unei persoane fizice sau juridice în dorința/preocuparea acesteia de a-și satisface un drept/interes ocrotit de lege. S-a reținut că vătămarea intereselor legale ale unei persoane presupune orice încălcare, orice atingere, fie ea fizică, morală sau materială, adusă intereselor protejate de Constituție și de legile în vigoare, potrivit Declarației Universale a Drepturilor Omului. Așadar, gama intereselor (dorința de a satisface anumite nevoi, de preocuparea de a obține un avantaj etc.) la care face referire textul legal este

foarte largă, ea incluzând toate posibilitățile de manifestare ale persoanei potrivit cu interesele generale ale societății pe care legea îi le recunoaște și garantează. Este totuși necesar ca fapta să prezinte o anumită gravitate. În caz contrar, neexistând gradul de pericol social al unei infracțiuni, fapta atrage, după caz, numai răspunderea administrativă sau disciplinară” [6]. În Decizia Curții Constituționale a României nr. 392 din 06.06.2017 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 248 din Codul penal din 1969, ale art. 297 alin. (1) din Codul penal și ale art. 13² din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, se arată: „Legiuitorul are obligația de a reglementa pragul valoric al pagubei și intensitatea vătămării dreptului sau interesului legitim rezultate din comiterea faptei în cuprinsul normelor penale referitoare la infracțiunea de abuz în serviciu, pasivitatea acestuia fiind de natură să determine apariția unor situații de incoerență și instabilitate, contrare principiului securității raporturilor juridice în componenta sa referitoare la claritatea și previzibilitatea legii” [13]. La 06.07.2017, Curtea Constituțională a României a constatat: „Reglementarea în vigoare a infracțiunii de neglijență în serviciu permite încadrarea în conținutul său a oricărei fapte săvârșite din culpă, dacă s-a adus o atingere minimă drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice. În aceste condiții, Curtea a statuat cu privire la necesitatea complinirii de către legiuitor a omisiunii legislative constatate, sub aspectul valorii pagubei sau intensității/gravitatii vătămării drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice în vedearea asigurării clarității și previzibilității normei penale examineate” [10].

Cu ajustările de rigoare, aceste argumente pot fi reținute în raport cu infracțiunile prevăzute la art. 329 CP RM. Or, în eventualitatea în care în alin. (1) art. 329 CP RM nu ar fi stabilit un anumit prag valoric, atunci ar fi compromisă ideea care transpare din art. 14 CP RM: infracțiunea are un grad prejudiciabil mai sporit decât cel al altor ilegalități.

În pct. 10 al Deciziei Curții Constituționale a României nr. 392 din 06.06.2017 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 248 din Codul penal din 1969, ale art. 297 alin. (1) din Codul penal și ale art. 13² din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, se arată: „Potrivit legii, nimic nu interzice cumulul mai multor forme de răspundere juridică (de exemplu, penală și disciplinară), în aceste cazuri nefiind aplicabil principiu *non bis in idem*” [13]. În pct. 81 al Hotărârii Curții Constituționale a Republicii Moldova nr. 24 din 14.09.2016 privind excepția de

neconstituționalitate a articolului 55 alin. (2) și alin. (8) din Legea nr. 320 din 27 decembrie 2012 cu privire la activitatea Poliției și statutul polițistului și pct. 59 subpc. 2) și 5) și pct. 65 din Statutul disciplinar al polițistului, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 502 din 9 iulie 2013 (audierea în cadrul anchetei disciplinare) (sesizarea nr. 60g/2016), se menționează: „Cumulul răspunderii disciplinare cu răspunderea penală este posibil numai dacă fapta săvârșită cu viu-novăție de către salariat constituie atât abatere disciplinară, cât și infracțiune. Totodată, această formă de cumul este posibilă fără a se încalcă prin aceasta principiul *non bis in idem*, dat fiind faptul că fiecare dintre normele juridice avute în vedere ocrotesc relații sociale diferite, iar principiul interzice numai aplicarea pentru aceeași faptă ilicită a două sau mai multe sancțiuni de aceeași natură” [15]. În pct. 33 al Deciziei Curții Constituționale a Republicii Moldova nr. 6 din 19.01.2017 de inadmisibilitate a sesizărilor nr. 9g/2017 și nr. 9g-1/2017 privind excepția de neconstituționalitate a articolelor 231 și 232 din Codul vamal al Republicii Moldova nr. 1149-XIV din 20 iulie 2000 (contravenții vamale), se arată: „Pentru a constata încalcarea principiului menționat (se are în vedere principiul *non bis in idem – n.a.*) (avându-se în vedere aspectul material al acestuia) este necesară intruirea următoarelor condiții: 1) identitatea faptelor, 2) unitatea subiectului și 3) unitatea relațiilor sociale protejate” [16].

Sub acest aspect, are dreptate A. M. Bercea: „Se poate uneori produce ca prin încalcarea unei obligații de serviciu de către salariat să fie săvârșită concomitant și o infracțiune, declanșând atât răspunderea disciplinară, cât și răspunderea penală din partea făptitorului. Astfel, în momentul în care prin aceeași faptă a fost pusă în pericol atât o relație socială de muncă, dând naștere unei abateri disciplinare, cât și o valoare socială fundamentală apărată de legea penală, dând naștere unei infracțiuni, atunci răspunderea disciplinară va fi cumulată cu răspunderea penală” [17]. Alți autori exprimă opinii similare: „Cumulul răspunderii disciplinare cu răspunderea penală intervine atunci când prin aceeași faptă săvârșită de salariat în legătură cu munca se aduce atingere ordinii disciplinare, dar și unor relații sociale protejate de legea penală și se fundamentează și justifică prin autonomia sferelor de relații sociale legal ocrotite și prin lipsa unor reglementări care să interzică generic acest lucru. [...] Această formă de cumul este posibilă fără a se încalcă prin aceasta principiul *non bis in idem*, dat fiind faptul că fiecare dintre normele juridice avute în vedere ocrotesc relații sociale diferite. De altfel, principiul interzice numai aplicarea pentru aceeași faptă ilicită, a două sau mai multe sancțiuni de aceeași natură”

[18]; „Principiul *non bis in idem* se opune cumulului a două „pedepse” în sensul art. 7 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Prin urmare, nu ar exista un impediment sub acest aspect atunci când cumulul să-aplique între sancțiuni penale și disciplinare [...]” [19].

Așadar, abaterea disciplinară presupunând neglijență în serviciu și infracțiunile, prevăzute la art. 329 CP RM, au un grad diferit de pericol social. Cu toate acestea, aplicarea art. 329 CP RM nu exclude aplicarea pentru aceeași faptă a sancțiunii disciplinare. Bineînțeles, într-un asemenea caz, sancțiunea disciplinară nu trebuie să aibă un „caracter penal”. Existența sau nu a unei „acuzații în materie penală” se apreciază în funcție de trei criterii, cunoscute sub denumirea „criteriile Engel” (inspirate de hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului în Cauza Engel și alții împotriva Țărilor de Jos [20]): 1) încadrarea juridică a faptei în dreptul intern; 2) natura faptei; 3) nivelul severității sancțiunii pe care riscă să o primească persoana în cauză. Criteriile al doilea și al treilea sunt alternative și nu neapărat cumulative. Acest lucru nu împiedică adoptarea unei abordări cumulative, dacă analiza separată a fiecărui criteriu nu permite să se ajungă la o concluzie clară cu privire la existența unei „acuzații în materie penală”. O astfel de concluzie reiese din hotărârile pronunțate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în cauza Jussila contra Finlandei [21] și în cauza Ezeh și Connors contra Regatului Unit [22].

Totodată, accentuăm că, în pct. 47 al Hotărârii Curții Constituționale a Republicii Moldova nr. 10 din 10.05.2016 privind excepția de neconstituționalitate a unor prevederi ale articolului 345 alin. (2) din Codul contravențional (individualizarea sancțiunii) (Sesiunile nr. 26g/2016 și nr. 34g/2016), se menționează: „Legea contravențională conține prevederi care indică de fapt natura penală a contravențiilor administrative” [23]. Luând în considerare această explicație, opinăm că principiul *non bis in idem* ar fi încălcat în cazul aplicării pentru aceeași faptă atât a art. 329 CP RM, cât și a art. 48², alin. (1) art. 189, art. 220², alin. (2) art. 227, alin. (1) art. 275 sau altor asemenea articole din Codul contravențional care stabilesc răspunderea pentru fapte de neîndeplinire sau îndeplinire necorespunzătoare de către o persoană publică a obligațiilor de serviciu ca rezultat al unei atitudini neglijente sau neconștiințioase față de ele.

Concluzii. Articolul 329 CP RM nu poate fi aplicat în ipoteza neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare de către o persoană publică a obligațiilor de serviciu care nu decurg dintr-o prevedere legală (ci, dintr-o reglementare secundară emisă de Guvern, de altă autoritate a administrației publice centrale sau

locale etc.) care nu vine să detalieze legislația primă. În sensul acestui articol, prin sintagma „îndeplinirea necorespunzătoare [...] a obligațiilor de serviciu” trebuie să se înțeleagă „îndeplinirea obligațiilor de serviciu prin încălcarea legii”. Lipsa oricărei dintre urmările prejudiciabile prevăzute în art. 329 CP RM semnifică lipsa temeiului de intervenție a legii penale. În astfel de condiții, nu este exclusă aplicarea unor mijloace extrapenale. Aplicarea art. 329 CP RM nu exclude aplicarea pentru aceeași faptă a sanctiunii disciplinare. Bineînțeles, într-un asemenea caz, sanctiunea disciplinară nu trebuie să aibă un „caracter penal”.

Referințe bibliografice

1. Pascu I., Dobrinoiu V., Hotca M. A. et al. Noul Cod penal comentat. Vol. 2: partea specială. București: Universul Juridic, 2014, p. 548-549.
2. Predescu O., Hărăstășanu A. Drept penal: partea specială. București: Universul Juridic, 2012, p. 260.
3. Codul penal al Republicii Moldova. Comentariu. Partea specială. http://cj.md/uploads/CPRM_Partea_Speciala.pdf
4. Airapetean A., Ioniță D., Prodan S., Popov R. Drept penal. Partea Specială: Note de curs. (Ciclul I). Chișinău, 2013. http://www.usem.md/uploads//files/Note_de_curs_drept_ciclul_1/041_-_054_-_Drept_penal__Partea_Speciala_I,_II.pdf
5. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2016, nr. 13-19.
6. Monitorul Oficial al României, 2016, nr. 517.
7. Dobrican Gh. Infracțiunea de abuz în serviciu în lumina Deciziei Curții Constituționale nr. 405/2016. În: Revista Universul Juridic, 2016, nr. 9, p. 5-19.
8. Barbăneagră A., Alecu Gh., Berliba V. et al. Codul penal al Republicii Moldova: Comentariu (Legea nr. 985-XV din 18 aprilie 2002. Cu toate modificările operate până la republicare în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 72-74/195 din 14.04.2009. Adnotat cu jurisprudență CEDO și a instanțelor naționale.). Chișinău: Sarmis, 2009, p. 723.
9. Monitorul Oficial al României, 2009, nr. 510.
10. Comunicat de presă. <https://www.ccr.ro/noutati/COMUNICAT-DE-PRES-260>
11. Monitorul Oficial al României, 2016, nr. 370.
12. Тыняная М. А. К вопросу об определении размера имущественного ущерба как признака объективной стороны халатности. În: Правовые проблемы укрепления российской государственности. Ч. 54. Томск: Издательство Томского университета, 2012, p. 47-49.
13. Decizia Curții Constituționale a României nr. 392 din 06.06.2017 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 248 din Codul penal din 1969, ale art. 297 alin. (1) din Codul penal și ale art. 13² din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție. <https://www.ccr.ro/CCRSearch/Main-Search/SearchForm.aspx>
14. Dongoroz V. Drept penal. București: Socec & Co., 1939, p. 201.
15. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2016, nr. 369-378.
16. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2017, nr. 244-251.
17. Bercea A. M. Corelații între răspunderea penală și răspunderea disciplinară, forme specifice ale răspunderii juridice. În: Instituții juridice contemporane în contextul integrării României în Uniunea Europeană. București: Pro Universitaria, 2008, p. 324-332.
18. Dumitracă Șt. Unele considerații privind cumulul răspunderii disciplinare cu răspunderea penală. În: Tribuna Juridică, 2011, nr. 2, p. 176-185.
19. Constantinescu V. Aplicarea principiului *non bis in idem* în jurisprudența europeană și națională. În: Curierul Judiciar, 2012, nr. 10, p. 638-643.
20. Case of Engel and Others v. The Netherlands. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57479>
21. Case of Jussila v. Finland. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78135>
22. Case of Ezeh and Connors v. The United Kingdom. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61333>
23. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2016, nr. 204-205.

CZU 343.98

DESPRE CONTRIBUȚIA LA DEZVOLTAREA TEORIEI ȘI METODOLOGIEI PROGNOZĂRII CRIMINOLOGICE, ADUSĂ DE G. A. AVANESOV

Octavian BEJAN,
doctor în drept, criminolog, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

REZUMAT

Înțelegerea cunoștințelor despre precizarea criminologică pe care le-a obținut G. A. Avanesov nu și-a atins capătul, ceea ce înseamnă că nici fructificarea lor științifică și practică nu este deplină. De aceea, am desfășurat o cercetare științifică pentru a lărgi această înțelegere. Ne-am înfăptuit cercetarea, folosind metoda analizei de conținut (a lucrărilor acestuia) pentru a cunoaște contribuția lui Avanesov și metoda construcției abstrakte pentru a căpăta cunoștințe noi (noi înțelesuri și.a.). De asemenea, am verificat cunoștințele obținute de Avanesov, aplicând metoda verificării corelativ și metoda verificării logice. Cercetarea noastră a arătat că Avanesov a desfășurat o cercetare teoretică, dorind să capete cunoștințe fundamentale despre precizarea criminologică. El a înaintat un sir de tehnici și reguli de precizare criminologică, înfiripând și fundația clasificării metodelor de precizare criminologică a criminalității și activității anticrimă, care este folosită în zilele noastre. Avanesov a întreprins o foarte largă cercetare științifică internațională, care a cuprins nu mai puțin de cincisprezece ramuri ale științei. Unele cunoștințe împărtășite lumii de autor suferă de o prea mare generalitate, din care cauză nu pot fi folosite în practica criminologică. După părerea noastră, G. A. Avanesov are o contribuție însemnată la dezvoltarea teoriei și metodologiei previziunii criminologice.

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

SUR LA CONTRIBUTION AU DÉVELOPPEMENT DE LA THÉORIE ET LA MÉTHODOLOGIE DE LA PRÉDICTION CRIMINOLOGIQUE APPORTÉE PAR G. A. AVANESOV

Octavian BEJAN,
docteur en droit, criminologue, Institut des Sciences Criminelles et Criminologie Appliquée

RÉSUMÉ

La compréhension des connaissances sur la prévision criminologique que a obtenu G. A. Avanesov n'est pas complète, ce qui signifie que leurs valorisation scientifique et pratique n'a pas atteint son fin. C'est pourquoi nous avons déployé une recherche scientifique pour élargir cette compréhension. Nous avons accompli notre recherche, en utilisant la méthode de l'analyse de contenu (de certains ses ouvrages) pour connaître la contribution de Avanesov et la méthode de la construction abstraite pour obtenir de nouvelles connaissances (nouvelles compréhensions etc.). De même, nous avons vérifié les connaissances obtenues par Avanesov, en utilisant la méthode de la vérification corrélative et la méthode de la vérification logique. Notre recherche a révélé que Avanesov a déployé une recherche théorique, en désirant obtenir des connaissances fondamentales sur la prévision criminologique. Il a proposé une série de techniques et règles de prévision criminologique, ainsi qu'a bâti le fondement de la classification des méthodes de prévision criminologique de la criminalité et de l'activité anticrime qui est utilisée actuellement. Avanesov a entrepris une très large recherche scientifique interdisciplinaire qui a compris pas moins de quinze branches de la science. Certaines connaissances partagées au monde par l'auteur accusent une trop grande généralité, pour laquelle raison ne peuvent pas être utilisées dans la pratique criminologique. D'après nous, le criminologue G. A. Avanesov a une contribution importante au développement de la théorie et méthodologie de la prévision criminologique.

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

Problema. O dată apărute, cunoștințele criminologice devin, ele însese, obiect al cercetării criminologice, ca orice alt dat din lume. Înainte de a trece la cercetarea nemijlocită a unui fenomen, cercetătorul științific are de văzut ce descoperiri s-au făcut prin cercetările dinainte, adică ce se cunoaște și ce nu se cunoaște deocamdată, pentru a nu descoperi ceea ce este de acum descoperit. Apoi, el va căuta să pătrundă adânc în cunoștințele obținute

de alții, deoarece ele pot fi folosite ca mijloace de obținere teoretică a unor noi cunoștințe criminologice. O mare însemnatate o are și verificarea adevarului cunoștințelor criminologice căpătate de alți cercetători, căci greșeala se strecoară ușor și des în cercetarea științifică. Dincolo de ceea ce ține de conținut, cunoștințele criminologice sunt supuse cercetării și în partea ce ține de istoria criminologiei și de metodologia cercetării criminologice. Istoria

criminologiei caută să afle cine a făcut o descoperire, în ce împrejurări a fost făcută sau ce însemnatate științifică ori practică are. Pe de altă parte, teoria și metodologia cunoașterii criminologice încearcă să afle cum sunt făcute descoperirile criminologice sau ce greșeli sunt făcute în timpul cercetărilor criminologice.

Pe lângă foloasele mijlocite de întărirea cercetării științifice, practica criminologică mai trage și foloase nemijlocite din largirea înțelegerii cunoștințelor criminologice și din dezmințirea unor cunoștințe greșite, căci criminologii-practicieni pot face mai multe atunci când știu mai multe și când știu ceea ce nu este adevărat.

Din cercetarea noastră reiese că au rămas înțelesuri ale cunoștințelor despre prezicerea criminologică, obținute de către G. A. Avanesov, nedescoperite sau, poate, neîmpărtășite criminologilor, ceea ce îngustează atât cercetarea, cât și practica criminologică.

Actualitatea temei de cercetare. Ținta cea mare a cunoașterii criminalității este de a descoperi căi sau mijloace care nu ar lăsa crimele să își facă răul, adică de a preveni purtările criminale. Ea nu poate fi atinsă însă fără a prevedea apariția fenomenelor care dau naștere purtărilor criminale. Anume pe această cunoaștere este axată prezicerea criminologică. Criminologul încearcă să descompună fenomenele care dau naștere crimelor pentru a putea prezice vădarea purtărilor criminale, ceea ce face cu puțință prevenirea lor. Prin urmare, prevenirea este strâns legată de prezicerea criminologică. Orice măsură luată după infăptuirea unor crime înseamnă un rău făcut. Putem vorbi, în aceste împrejurări, numai despre prevenirea crimelor care le vor urma pe cele infăptuite, adică de prevenirea unui nou rău. Întrucât starea criminalității s-a înrăutătit în țara noastră [vezi bunăoară lucrările 11; 9; 4], prevenirea acesteia capătă întăiere în viața socială și în cercetarea criminologică. La rândul ei, prevenirea cere o dezvoltare a metodologiei de prezicere criminologică. O cale de a dezvolta metodologia de prezicere criminologică constă în dezvoltarea mijloacelor teoretice de cunoaștere criminologică. Am început cu cercetarea cunoștințelor obținute de G. A. Avanesov, deoarece dezvoltarea metodologiei de prezicere criminologică a fost și este tema de cercetare de căpătai a acestui criminolog, el fiind autorul celor mai cuprinzătoare lucrări despre teoria și metodologia prezicerii criminologice.

Scopul și sarcinile cercetării. Cercetarea criminologică desfășurată a urmărit *scopul* de a descoperi noi înțelesuri ale cunoștințelor științifice despre prezicerea criminologică, obținute de către G. A. Avan-

esov. Pentru a atinge acest scop, au fost puse următoarele *sarcini*: a) adânci înțelegerea cunoștințelor despre prezicerea criminologică, căpătate de Avanesov și b) a verifica cu ajutorul metodelor teoretice adevărul cunoștințelor despre prezicerea criminologică, obținute de Avanesov.

Cunoașterea la temă. Din căutările noastre reiese că nimeni nu a publicat până acum rezultatele unor cercetări cuprinzătoare ale cunoștințelor despre prezicerea criminologică pe care le-a obținut G. A. Avanesov. Întâlnim numai păreri răzlețe.

Metodele aplicate și materialele folosite. În timpul cercetării, a fost folosită metoda construcției abstrakte și metoda analizei de conținut.

A fost analizat conținutul următoarelor lucrări criminologice: Г.А. Аванесов, В.М. Рутгайзер, Н.Н. Брушлинский, *Количественный анализ в исследованиях по исполнительно-трудовому праву (с применением методов математической статистики)* [Analiza cantitativă în cercetările care țin de dreptul execuțional al muncii (cu aplicarea metodelor de statistică matematică); trad. noastră], Высшая школа МВД СССР, Москва, 1969; Г.А. Аванесов, *Основы криминологического прогнозирования* [Bazele prezicerii criminologice; trad. noastră], Высшая школа МВД СССР, Москва, 1970; Г.А. Аванесов, *Организация криминологического прогнозирования и планирования* [Organizarea prezicerii și a planificării criminologice; trad. noastră], Советское государство и право, № 1, 1972; Г.А. Аванесов, *Теория и методология криминологического прогнозирования* [Teoria și metodologia prezicerii criminologice; trad. noastră], Издательство «Юридическая литература», Москва, 1972; Г.А. Аванесов, С.Е. Вицин, *Прогнозирование и организация борьбы с преступностью* [Prezicerea și organizarea luptei cu criminalitatea; trad. noastră], Москва, 1972; Г.А. Аванесов, *Криминологическое прогнозирование и планирование борьбы с преступностью* [Prezicerea criminologică și planificarea luptei cu criminalitatea; trad. noastră], Высшая школа МВД СССР, Москва, 1972; Г.А. Аванесов, *Криминология, прогнозика, управление* [Criminologie, prognostic, dirijare; trad. noastră], Горьковская высшая школа МВД СССР, Горький, 1975.

Totodată, a fost folosită metoda verificării corelativ și metoda verificării logice pentru a verifica o parte din rezultatele științifice privitoare la prezicerea criminologică pe care le-a obținut Avanesov, cele infățișate în lucrările sus-numite.

Rezultatele obținute și dezbatere. G. A. Avanesov este unul dintre cercetătorii care au îmbrățișat

cercetarea spinecelui prognozării criminologice, fără descoperiri însemnate. După cum observă I. I. Karpet, cercetările lui au fost teoretice[31, p. 3 și 5]. Tot el ne înștiințează că Avanesov nu numai că a supus cercetării științifice problema prognozării, ci și s-a ocupat de elaborarea prognozelor criminologice și organizarea activității de prognozare criminologică [31, p. 5]. Sarcina de căpătâi a cercetărilor desfășurate de Avanesov în această privință a constat în înălțarea fundamentalului teoretic al prognozării criminologice, pentru că „fără o creare premergătoare a bazelor teoriei prognozării criminologice este de neconceput dezvoltarea activității de prognozare la practică”[18, p. 14-15], așa cum o dezvăluie chiar titlul celei dintâi cărți „Bazele prognozării criminologice” [17] și denumirile unor capitole din cărțile sale următoare: capitolul al doilea „Bazele metodologice ale prognozării criminologice” [18, p. 78-136] sau capitolul 5 „Bazele metodologiei prognozării criminologice”[15, p. 205-269]. După părerea noastră, cercetătorul și-a atins ținta, punând temelia teoretică a prognozării criminologice, cel puțin în Uniunea Sovietică.

Cercetarea înfăptuită de G. A. Avanesov începe cu cunoașterea prognozării ca spinece general-științific, el fiind unul dintre susținătorii înființării unei științe de sine stătătoare a prezicerii științifice[17, p. 7-18; 15, p. 114 și următoarele], panștiințifice. El înfăptuiește, de asemenea, o descriere generală a unor laturi fundamentale ale prognozării criminologice, cum ar fi îndreptățirea nevoii de a cuprinde prognozarea în domeniul de cunoaștere al criminologiei, putința de a face programe criminologice, esența prognozării criminologice, precizia, adevărul și fondarea prezicerilor criminologice, locul prognozării criminologice în prognostic științific, însemnatatea suportului informațional-analitic pentru procesul de prognozare criminologică, folosul practic sau specificul prognozării și prognozelor criminologice, precum și legăturile lor cu alte tipuri de prognozări. După părerea noastră, unele teze sunt bine lucrate, în timp ce altele suferă de slăbiciuni mai mari sau mai mici. Bunăoară, autorul nu ajunge să explice limpede legăturile dintre întâmplare și prezicerea criminologică[18, p. 60-61; a se compara cu rezultatele noastre, prezentate în lucrarea 3].

Analizând terminologia folosită în domeniul prognozării, G. A. Avanesov observă că termenii prevedere și prezicere (noi am adăuga termenii previziune și predicție, folosiți în limba română) au neajunsul de a avea câteva înțelesuri, deoarece numesc atât prognozarea(proces), cât și progra (rezultatul), din care cauză cei din urmă sunt preferabili, în timp ce ceilalți pot fi folosiți ca sinonime[15, p. 121-123],

noi am spune că ei pot fi folosiți în contextele în care această delimitare nu este esențială. Totuși, noi suntem de părere că criminologii naționali ar face mai bine să dezvolte o terminologie națională în loc să folosească împrumuturi. El subliniază cu multă adâncime că afirmațiile pe marginea termenilor trădează slăbiciuni conceptuale[15, p. 122]. Pe semne, cercetătorii asemuesc trăsăturile particulare cu cele generale ale prognozării, din lipsa unei destule cunoașteri a fenomenului.

G. A. Avanesov înaintează un sir de definiții ale prognozării și programei criminologice. La început, el vine cu următoarea definiție: „prognozarea criminologică constituie o prezicere a stării, nivelului, structurii, caracterului și dinamicii probabile a criminalității în viitor”[17, p. 18]. Apoi, el spune că nenumăratele definiții formulate în diverse ramuri ale științei nu diferă în esență și propune o definiție general-științifică a programei și prognozării, elaborată prin desprinderea trăsăturilor esențiale din definițiile altor autori din diverse ramuri ale științei[18, p. 17-18; 15, p. 123-126], dorind pe semne să pună umărul la formarea prognosticii, ca ramură științifică de sine stătătoare. El este de părere că definiția programei criminologice trebuie să corespundă definiției general-științifice a programei și definește prognozarea criminologică astfel: „rezicere științifică a schimbării tendințelor și legităților criminalității (în întregime ca fenomen, ale unor tipuri particulare ale ei sau grupe etc.) în viitor și perspectivelor (căilor) de dezvoltare ale științei criminologice”[18, p. 28; 15, p. 157]. După părerea noastră, prognozarea criminologică poate prevedea, de asemenea, evoluția activității anticrimă, adică cercetare științifică (bunăoară, cercetarea posibilităților de reglementare penală a folosirii mijloacelor informatic), învățământul (bunăoară, pregătirea polițiștilor în materie de ridicare a urmelor cibernetice) și practica (angajarea criminaliștilor specializați în informatică), printre care și componentele ei criminologice: cercetare criminologică (bunăoară, cercetarea criminalității cibernetice), învățământ criminologic (bunăoară, pregătirea criminologilor practicieni) și practica criminologică (bunăoară, înființarea funcției de criminolog), ca să vorbim numai despre câteva fapte pe care viața le-a adeverit. Ne întrebăm totodată în ce măsură pot fi prognozate legitățile criminalității, având în vedere că prognozarea criminologică pleacă anume de la cunoașterea acestora? Problema este, de fapt, mult mai adâncă. Legile obiective, oricare este materia pe care o stăpânesc (fizică, biologică, socială, psihologică și.a.), apar și dispar oare ca și orice alte fenomene din lume ori sunt neschimbătoare? Dacă nașterea și

dispariția fenomenelor este stăpânită de legi, atunci care fenomene stăpânesc oare nașterea și dispariția legilor? Autorul nu ne dă astfel de lămuriri, pe care noi nu le-am găsit nici în literatura științifică.

G. A. Avanesov susține că „specificul prognozei constă de asemenea în aceea că eficacitatea lui este atinsă atunci când sunt elaborate câteva variante privitoare la „conduita” și acțiunea în viitor a unui și aceluiași fenomen (proces, eveniment)”[18, p. 56-57; 15, p. 127], alăturându-se astfel la părerea altor cercetători în materie de prognozare științifică[18, p. 20]. Nu împărtășim acest punct de vedere, căci cerința pusă nu poate fi folosită în cazul în care un factor presupune o singură urmare. Bunăoară, creșterea populației conduce la o creștere proporțională a criminalității, efect care poate fi acoperit de acțiunea unor factori care au o putere mai mare de înrăurire. Astfel, dacă criminologul vede un proces de creștere demografică, în împrejurările în care celelalte procese sociale par să nu fie atinse de schimbări, atunci el poate formula numai o prezicere, și anume: este de așteptat o creștere a criminalității. Elaborarea mai multor variante predictive este cu puțință, bunăoară, atunci când criminologul stabilește intrarea în acțiune a câtorva factori care dau naștere unor urmări opuse sau diferite, nefiind însă în măsură să stabilească puterea acestor factori. În unele împrejurări, mulțimea de variante izvorăște din neputința criminologului de a cunoaște îndeajuns evoluția fenomenelor care se răsfrâng asupra criminalității. Bunăoară, atunci când a început să apară comerțul cu oameni în Republica Moldova, din cauza emigrării în afara țării a cetățenilor, ca urmare a dezorganizării economice a societății, favorizată de deschiderea granitelor și de locurile de muncă nelegală din străinătate, puteau fi prevăzute două posibilități: 1) membrii societății vor fi capabili să îmbunătățească în scurt timp starea economică și emigrarea va înceta sau se va împușna simțitor ori să prevină și să curme faptele de comerț cu oameni și 2) membrii societății nu vor fi capabili să îmbunătățească în scurt timp starea economică și emigrarea nu va înceta ori să prevină și să opreasca comerțul cu oameni. În cazul dat, mulțimea varianțelor predictive se datoră greutății de a măsura capacitatea cetățenilor de a ieși din această încurcătură economică și criminală. Timpul a arătat că cetățenii Republicii Moldova, cea mai mare parte din ei, nu au fost în stare nici să refacă starea economică, nici să prevină și să curme comerțul cu oameni, cel puțin timp de peste 20 de ani[Vezi mai mult despre evoluția și factorii vînzării-cumpărării de oameni în monografia 10].

În concepția lui G. A. Avanesov, împărtășită și de M. A. Kirillov, prognozarea criminologică presupune

ne preziceri având multiple variante[15, p. 196; 32]. El privește această mulțime de variante prin prisma posibilității. Noi acceptăm o astfel de abordare numai atunci când nu putem elabora prognoze probabile, mai bine spus a celor care relevă o probabilitate precumpăratoare. Or, decizia bazată pe probabilitate răspunde cerinței eficacității, care se vădește în această situație pe termen îndelungat. Bineînțeles, conducătorul activității anticrimă poate nesocoti prognoza criminologică și urma vocea propriei experiențe sau alte considerente circumstanțiale, pentru că răspunde de rezultate, asumându-și în întregime urmările ei.

G. A. Avanesov cercetează legăturile dintre prezicere și ipoteză, model, scop, sarcină, propunând o viziune care nu este, după părerea noastră, îndeajuns elaborată, chiar dacă cuprinde unele idei prețioase. Ea poate fi folosită restrâns în practica de prognozare criminologică[18, p. 34-38; 15, p. 128-138]. Bunăoară, autorul spune că, pe de o parte, scopul și sarcina sunt formulate în temeiul prognozei, iar pe de altă parte, ele constituie sursa, imboldul spre elaborarea unei prognoze.

Printre meritele cercetărilor desfășurate de G. A. Avanesov, se numără și oglindirea istorică a activității de prognozare criminologică, el lăsând moștenire omenirii unele date despre ceea ce s-a întâmplat în trecut[17, p. 12-15; 16, p. 111-114; 18, p. 29-31, 204; 19, p. 26 și următoarele; 15, p. 148 și următoarele]. De observat că propunerile privitoare la organizarea activității de prognozare criminologică înaintate în anul 1972 erau fructificate într-o măsură însemnată în anul 1975.

G. A. Avanesov face o clasificare care poate fi folosită ca schemă de înfăptuire a prognozării criminologice a criminalității, și anume: „prognozarea criminalității se descompune, la rândul ei, în două tipuri principale: a) prognozarea criminalității primare și b) prognozarea criminalității de recidivă. Înlăuntrul fiecărui dintre aceste tipuri, poate fi desprinsă prognozarea după unele direcții: prognozarea criminalității adulților și minorilor, bărbaților și femeilor, prognozarea unor tipuri și grupe separate de crime.” [18, p. 39-49; 15, p. 169-170; o abordare asemănătoare se regăsește și în cea dintâi carte a acestuia 17, p. 18-19] Din păcate, el a prezentat mai desfășurat numai o parte din această metodologie de prognozare criminologică tuturor criminologilor, contribuind astfel și la cercetarea laturilor aplicative ale metodologiei de prognozare criminologică[21, p. 84-85]. Noi presupunem că cercetătorul a reieșit din metodele de atunci, măsura lor de dezvoltare și posibilitățile acestora de prognozare criminologică. În împrejurările de astăzi, în care arsenalul crimi-

nologic a fost mărit cu noi metode de prognozare criminologică, se impune, după părerea noastră, o întregire a acestei scheme, ceea ce înseamnă că ea poate constitui doar o bucată dintr-o schemă actualizată, după cum a prezis însuși autorul ei, acum 40 de ani. Avanesov este de părere că trebuie să fie făcute, urmând schema sa, prognoze criminologice la fiecare dintre aceste niveluri și în privința tuturor elementelor sale constitutive, din care să fie compusă o prognoză generală a criminalității. Prin urmare, metodologia înaintată este de natură inductivă, plecând de la manifestări criminale particulare spre manifestarea criminalității în întregime[Vezi în această privință și afirmațiile de pe pag. 62-64 din lucrarea 18]. Pe lângă faptul că este prea complexă, din care cauză cere resurse mari, această metodologie trece peste posibilitățile de prognozare legate de laturile generale ale criminalității, care pot fi învederate, bunăoară, prin metoda extrapolării sau peste acțiunea unor factori necuprinși de modelul său, care pot fi învederăți, bunăoară, prin metoda corelației unicaracteriale, folosind puține resurse. Mai mult decât atât, ea se lovește de greutăți semnificative în prognozarea criminalității primare, după cum recunoaște însuși autorul, dar și în cunoașterea interacțiunii dintre diversi factori ori măsurarea puterii unor factori ai criminalității. Avanesov folosește o abordare metodologică asemănătoare a prognozării criminologice a comportamentului criminal individual, pe care o privește ca pe o varietate de sine stătătoare a prognozării criminologice, diferențiind-o în (a) prognozare a conduitelor criminale a celor care nu au fost înainte condamnați pentru comiterea unor crime și (b) prognozare a conduitelor criminale a celor care au mai comis crime[18, p. 40; 15, p. 169-170].

G. A. Avanesov cercetează, ca și alți cercetători științifici[bunăoară 27, p. 119; 24; 38; 28, p. 268; 32; 25], prognozarea criminologică prin prisma continuății trecut-prezent-viitor, adică criminologul are înăBORIREA de a cunoaște acest proces real și să descopere regularitățile criminalității, pe care le proiectează asupra viitorului[18, p. 88 și altele; 19, p. 12 și altele]. După părerea noastră, este mai fructuoasă cercetarea prognozării criminologice prin prisma factorilor, adică criminologul ar face bine să cunoască care factori dau naștere sau ușurează nașterea criminalității și să stabilească prezența lor, a căror urmare o proiectează asupra viitorului. Deși concepția despre prognozarea criminologică îmbrățișată de Avanesov nu este de natură factorială, el nu poate pune la îndoială însemnatatea cunoașterii factorilor pentru prezicerile criminologice. Ba mai mult decât atât, el a încercat să contribuie, de rând cu alții criminologi, la învederarea

și sistematizarea lor. Din păcate, numai clasificările și unele problematizări ale acestei activități au săzut lumina tiparului[18, p. 206 și următoarele], fapt care a împiedicat, după părerea noastră, continuarea acestui lucru folositor și de viitor. Totuși, el consideră, ca și alții criminologi[30, p. 56; 26, p. 11; 37, p. 123], că „este necesar ca factorii criminalității să fie cercetați nu în mod izolat, ci în legătură indisolubilă cu legitățile generale de dezvoltare socială, astfel încât să fie dezvăluit adevăratul mecanism de acțiune și baza socială generală din care ei provin” [18, p. 213-214]. În primul rând, această sarcină depășește competența, pe de o parte, a criminologului-cercetător, care preia cunoștințele despre legile sociale generale din sociologie, iar pe de altă parte, a criminologului-practician, care numai aplică cunoștințele criminologice. În al doilea rând, dacă criminologul ar aștepta obținerea unor cunoștințe destule despre legile sociale, atunci el ar putea să nu mai facă încă câteva sute de ani preziceri criminologice, având în vedere că de anevoie sunt aceste sarcini și cunoașterea restrânsă a acestor laturi ale lumii. În al treilea rând, este cu putință elaborarea prezicerilor criminologice și fără a cunoaște legile sociale generale, cum ar fi cunoașterea acțiunii unor factori izolați, a căror însemnatate este direct proporțională puterii de acțiune pe care aceștia o au, după cum o demonstrează exemplele înfățișate de noi de-a lungul acestei lucrări. Noi presupunem că anume această abordare greșită a opri hotărâtor dezvoltarea prognozării criminologice în Uniunea Sovietică, activitate care cunoscuse un mare avânt în deceniul săse și sapte.

G. A. Avanesov face o descriere a relațiilor dintre prognozarea criminologică și politică, politică penală, științele și prognozarea juridică[18, p. 119 și următoarele]. Ca urmare a elaborării conceptului de politică criminologică[2], a devenit cu putință o astă descriere, căci politica penală este, în lumina acestei teorii științifice, doar unul dintre elementele constitutive ale politicii criminologice.

G. A. Avanesov dezvoltă, sub aspect conceptual sau aplicativ, un sir de teze formulate de alții criminologi, printre care V. N. Kudreavtev [15, p. 212; 33] sau A. A. Ghertenzon[18, p. 62-65; 26]. De asemenea, el transpună în ținutul criminologiei mai multe cunoștințe obținute în diverse alte ramuri ale științei, uneori dezvoltându-le, cum ar fi teoria generală a prognozării științifice (prognostica), teoria și metodologia științei, filozofia, sociologia, managementul, cibernetica, demografia, dreptul, politologia, istoria, statistica, matematica, chimia, medicina, științele tehnice și militare, logica sau economia.

G. A. Avanesov propune un mănușchi de prin-

pii, pe care le socotește de neînlăturat la elaborarea unor preziceri relativ precise[15, p. 208].

Plecând de la teza că „în viitorul oricărui fenomen social, destul de des se coace o negare a trecutului și prezentului”, G. A. Avanesov ajunge la o idee care stârnește întrebări, și anume: „Dacă nu este luată în considerație această împrejurare, atunci se poate ajunge la concluzia despre aceea că cu cât se repeta mai des un eveniment în trecut și prezent, cu atât este mai probabil că el va apărea și în viitor. În cazul unei astfel de înțelegeri a viitorului nu este posibilă dezvăluirea esenței lui”[15, p. 213]. În primul rând, autorul respinge teoria probabilității, care este folosită fructuos în toate ramurile științei, chiar și în cele sociale. În al doilea rând, el respinge metoda extrapolării pe care o consideră bună și o pune în metodologia de prognozare criminologică, ba chiar o consideră de căpătai, de bază[18, p. 93]. În al treilea rând, el respinge ființarea regularităților, care presupun o mare repetitivitate și constanță în manifestările fenomenelor. Cercetările științifice din orice ramură a științei demonstrează o asemănare sau o repetabilitate a diverselor fenomene din lumea necuprinsă și a stărilor acestora. Descoperirea cea mai uluitoare din ultimul timp este geometria fractală, care demonstrează că toate formele din lume urmează același tipar matematic, vădind o regularitate uimitoare[14]. Este adevărat că între trecut, prezent și viitor nu este întotdeauna o coincidență semnificativă (bunăoară, tendință) sau poate există chiar o diferență semnificativă (bunăoară, fluctuația), dar lămuririle autorului nu ajung să facă o legătură limpede dintre acest fenomen și altele, nu mai puțin adevărate, cum ar fi probabilitatea, regularitatea, repetabilitatea sau similitudinea, fapt care se resimte de-a lungul întregii concepții[15, bunăoară p. 215 sau 216].

Potrivit lui G. A. Avanesov, „asupra criminalității influențează se pare două grupe de forțe (factori), care luptă pentru realizarea posibilităților contrare: pe de o parte, pentru slăbirea tendințelor și acțiunii legităților criminalității, pe de altă parte – pentru întărire. Raportul dintre aceste două forțe la un studiu concret de cercetare prognostică se poate caracteriza prin nedeterminare și instabilitate. De aceea, prognoza criminalității nu capătă un caracter unic, ci alternativ” [15, p. 214; 18, p. 91-92]. Din opus, noi suntem de părere că starea de lucruri de azi este întotdeauna strict determinată, căci altfel am fi nevoiți să îmbrățișăm adevărul unei puteri supranaturale, care nu poate fi cunoscută, dar care poate schimba cursul lucrurilor în orice clipă și în orice fel. Cunoștințele științifice ne vorbesc despre o determinare atotcuprinzătoare, care poate fi cunoscută. Spinelele constă în faptul că criminologul nu dispu-

ne în toate împrejurările de cunoștințe destule despre acestea, pentru a elabora o prezicere absolută.

G. A. Avanesov prezintă un sir de procedee de cercetare științifică teoretică, care pot fi aplicate în prognozarea criminologică, pe care el le pune în categoria *metodă globală de cunoaștere* (propriu tututor ramurilor științei) și *metode generale și particulare de cunoaștere* (proprii câtorva ramuri ale științei) [17, p. 35-38; 18, p. 138-168; 15, p. 217-254], dat fiind faptul că atunci nu era o distincție limpede între metodele, tehniciile și procedeele de cercetare științifică teoretică [noi propunem o delimitare a acestora în monografia 5], și anume: aplicarea legii, teoriei și metodei materialismului dialectic sau istoric; logica (dialectică și formală), cum ar fi analiza; imaginația, fantasia, specularea și intuiția [vezi explicația noastră a proceselor mintale de cunoaștere în monografia 5, p. 109-135]; înaintarea ipotezelor; compararea și analogia; cibernetica. De asemenea, autorul prezintă și o serie de metode, tehnici și procedee de cercetare criminologică empirică aplicabile la prognozarea criminologică, și anume: observarea, statistica, matematica și experimentul. Aceste prezентări suferă de o slabă sistematizare a diverselor metode, tehnici și procedee și de o explicare în linii mari a posibilităților de aplicare a unor metode, tehnici și procedee de cercetare științifică în prognozarea criminologică. Aceeași stare de lucruri stăpânea întreaga știință, adică toate ramurile ei, după cum o adeveresc faptul că autorii numără sute de metode de prognozare științifică [29, p. 79; 39, p. 12; 23, p. 102; cități de G. A. Avanesov, 18, p. 137].

De asemenea, G. A. Avanesov vorbește despre metoda teoretică de prognozare, prin care înțelege folosirea cunoștințelor criminologice în vederea prognozării criminologice [18, p. 167-168; 15, p. 251-254]. După judecățile noastre, nu poate exista o astfel de metodă de prognozare sau cercetare criminologică. Cunoștințele criminologice sunt folosite la înfăptuirea prognozării ori cercetării criminologice prin toate metodele, îndeosebi prin cele teoretice. Noi împărtăşim ideea că din cunoștințele criminologice pe care le avem pot fi obținute cunoștințe criminologice noi, numai că mai considerăm că este nevoie să aplicăm unele metode, tehnici și procedee teoretice, pentru a ne atinge ținta dorită [vezi teoria noastră metodologică în monografia 5].

Totodată, G. A. Avanesov descrie în linii mari niște metode, tehnici și procedee de analiză statistică care pot fi folosite în cursul prognozării criminologice, pentru cunoașterea acțiunii factorilor criminalității, dând și unele exemple de aplicabilitate: analiza factorială, analiza latentă, metoda componentelor și metoda sistemică [18, p. 214 și următoarele].

Ca și alți cercetători științifici, G. A. Avanesov face distincție între metodă, metodică și metodologie. El consideră că metodologia este „teoretică”, iar metodica este „practică”, în timp ce legătura dintre ele se face cu precădere prin metode [15, p. 218], idee pe care o preia V. E. Novicikov[36, p. 115].

G. A. Avanesov dă următoarea definiție: „metodele prognozării criminologice constituie un sistem de reguli, metode și procedee, folosite pentru obținerea concluziilor predictive privitoare la dezvoltarea viitoare a criminalității și științei criminologice” [15, p. 220 și următoarele]. În primul rând, nu înțelegem de ce autorul a ales termenul metode în loc de metodologie. În al doilea rând, logica formală ne învață că definitul nu poate să coincidă cu definitorul, în timp ce cuvântul metodă se regăsește în ambii termeni ai definiției propuse de autor. În al treilea rând, noi considerăm că concepția elaborată de sociologul român Septimiu Chelcea este mai aproape de adevăr, ea făcând distincție între metodă, tehnică, procedeu și instrument de cercetare științifică [13, p. 48-50]. Bineînțeles, criminologul rus a reieșit din cunoștințele de metodologia științei pe care oamenii de știință le-au adunat până atunci. În al patrulea rând, noi suntem de părere că este mai precis a spune că programele criminologice privesc criminalitatea și activitatea anticrimă, date fiind rezultatele pe care noi le-am obținut în cercetarea activității criminologice [vezi, bunăoară, articolul nostru 1]. Activitatea anticrimă cuprinde activitatea criminologică, în timp ce opusul nu este adevărat, pentru că cea dintâi se compune și din criminalistică, drept penal și.a., deși criminologul poate elabora programe criminologice privitoare la întreaga activitate anticrimă. Vom argumenta afirmația noastră prin următorul exemplu: un criminolog elaborează o prognoză criminologică care prezice o mărire puternică a criminalității cibernetice. Această prezicere criminologică are însemnatate nu numai pentru activitatea criminologică, ci și pentru întreaga activitate anticrimă, căci impune o dezvoltare adevarată și a normelor de drept (drept penal), și a metodelor de descoperire a urmărilor lăsate de aceste fapte criminale (criminalistică) etc. Totodată, termenul știință criminologică poate fi înțeles în sens îngust, adică în sens de cercetare criminologică, ceea ce înseamnă că el nu cuprinde activitatea criminologică practică și cea de învățământ. Mai putem adăuga că și activitatea anticrimă poate fi științifică, de învățământ și practică, iar prezicerile criminologice sunt folositoare tuturor acestor componente, după cum am demonstrat prin exemplul sus-înfățisat. Si de această dată ținem să precizăm că studierea acestor componente foarte grea, având în vedere măsura de atunci de dezvoltare.

re a cunoștințelor criminologice. Poate că noi nu am fi spus toate acestea, dacă între cercetarea lui G. A. Avanesov și cercetarea noastră nu ar fi fost o depărtare de aproape 40 de ani, ceea ce face anevoieasă o comparație. Vom mai preciza că una dintre obiecțiile făcute de Gheorghe Ulianovschi față de teza noastră de doctor privea faptul că noi nu am criticat îndeajuns unele teorii (bunăoară, teoria lui Helvetius sau Holbach), subliniindu-le neajunsurile [vezi analiza noastră a acestor teorii în monografia 8, p. 17-42]. Noi nu le-am criticat neajunsurile din simplul motiv că am judecat că în timpul în care au fost ele plămădite nu era cu putință cunoașterea unor laturi ale lumii. De altfel, noi apreciem că descoperirile acestor oameni de știință aveau o mare însemnatate pentru acel timp. Astăzi, cercetătorilor le este ușor să critice ceea ce au făcut înaintașii lor, deoarece ei judecă având în minte cunoștințele științifice de astăzi, care s-au largit și s-au dezvoltat puternic în unele privințe timp de secole.

Deși distinge, ca și alți cercetători, metodele și prezicerile criminologice cantitative și calitative, G. A. Avanesov nu propune o clasificare destul de elaborată a acestora [15, p. 241], gol pe care noi am încercat să îl umplem[6, p. 193-197; 7, p. 15-21].

La început, G. A. Avanesov numește următoarele metode de prognozare criminologică: metoda canticativă (constituită din metoda statistică a indicatorilor generalizatori, metoda extrapolării și metoda modelării), metoda înaintării ipotezelor, raționamentul, metoda imaginării, gândirea speculativă (în rusă *умозрительное мышление*)[17, p. 26-38]. Înainte de a critica această enumerare, este nevoie să avem în vedere faptul că teoria și practica prognozării criminologice se află la început. Prin urmare, orice încercare de a aduce lumină era binevenită, era o căutare folositoare. După cum observă V. E. Novicikov, diferențierea metodelor de prognozare a fost împiedicată timp îndelungat de faptul că elementele uneia se regăseau în alta, bunăoară, metoda modelării presupune o extrapolare, chiar dacă nu se reduce la o simplă extrapolare [36, p. 116].

După G. A. Avanesov, metoda cantitativă de prognozare criminologică se rezumă pe indicatori generalizatori care folosesc mărimi medii, conducându-se de legea numerelor mari. Era, de fapt, vorba despre o împletire a diverselor metode, tehnici și procedee de prognozare matematică într-un anumit mod, care facea o metodologie de prognozare criminologică distinctă. Ea nu constă în extrapolarea indicilor generali ai criminalității, ci în extrapolarea indicilor particulari astfel: (1) extrapolarea indicilor criminalității primare și de recidivă, înăuntrul cărora (2) sunt extrapolăți indicii criminalității minorilor

și maturilor, înăuntrul acestora (3) sunt extrapolări indicii criminalității femeilor și bărbaților, înăuntrul acestora (4) sunt extrapolări indicii privitori la tipurile de crime etc. Prin urmare, această tehnică propune o extrapolare criminologică după calapodul metodei anchetei sociologice, bazată pe eșantionarea pe cote [vezi și afirmațiile de pe pag. 172; 18]. Noi gândim că această tehnică de extrapolare are unele dificultăți: a) este foarte greoaie, b) face anevoieasă sintetizarea indicilor particulari și (c) deformază rezultatele. O deformare are loc, deoarece este cu neputință o raportare cantitativă a tendințelor particulare, din care să reiasă tendința generală a criminalității. De altfel, Avanesov este de părere că folosirea acestei metode nu ajunge pentru elaborarea unei preziceri criminologice, fiind numai un pas de început în cursul prognozării criminalității. Această părere își are rădăcinile în convingerea lui Avanesov că prognozarea criminologică a criminalității urmărește învederarea legităților criminalității viitoare.

Totodată, Avanesov înfățișează unele procedee statistice care pot fi folosite la prognozarea criminologică prin diverse metode, cum ar fi calcularea corelației, formarea rândurilor paralele, gruparea, selectarea statisitică sau analiza dispersiei [18, p. 175-177]. Bunăoară, este descrisă o modalitate de folosire a datelor despre corelația dintre diverse fenomene sociale și criminalitate pentru prognozarea criminologică. Acest procedeu poate fi însă folosit în timpul aplicării diverselor metode de prognozare criminologică (bunăoară, metoda modelării sau metoda corelării unicaracteriale). De observat că el le numește metode. Probabil din această cauză, el a ales să vorbească nu despre metoda, ci despre metodele extrapolării, modelării și estimării experților.

A. Avanesov descrie numai în linii foarte mari tehnica extrapolării calitative, folosind deopotrivă indici ipotetici, absoluci și relativi. El numai menționează posibilitatea înfăptuirii unei extrapolări cantitative [17, p. 26-29; 18, p. 173-174]. Cu acest scop, el folosește tendințe liniare, deși este anevoieasă anume extrapolarea (calitativă și cantitativă) care privește tendințe atinse de fluctuații. Avanesov menționează că S. E. Vițin a elaborat o metodologie de prognozare criminologică prin metoda extrapolării, care a fost aplicată în activitatea practică [18, p. 190], și două procedee de extrapolare (nivelarea seriilor dinamice prin formula pătratelor minime și progresia geometrică medie), aplicate și ele în practica de prognozare criminologică, dar nu descrie metodologia de aplicare a lor.

Avanesov este de părere că metoda modelării urmează a fi folosită pe scară largă în prognozăriile criminologice, pe care o definește în linii gene-

rale [17, p. 26-29]. El creionează în linii mari un model criminologic folosit atunci de prezicatorii criminalității. Acest model a fost construit cu participarea specialiștilor din diverse ramuri ale științei, printre care se regăsesc și criminologi, sociologi, demografi, psihologi, juriști, pedagogi, filozofi și economisti [16, p. 112-113]. Este vorba despre un model dinamic, ai căruia parametri (foarte numeroși, peste 250) variază după împrejurări, alegerea lor și măsurarea puterii lor de acțiune fiind făcută estimativ de către experți din diverse domenii.

De asemenea, G. A. Avanesov descrie în linii mari o metodologie de prognozare criminologică, care cere resurse mari, deși nu garantează un efect pe măsură, ceea ce a și arătat practica, din care cauză prezicatorii s-au dezis de el până la urmă (după cum am aflat de la unii criminologi din Ministerul Afacerilor Interne al Federației Ruse). Metodologia constă în aplicarea de sine stătătoare a metodei extrapolării, modelării și estimării experților, ale căror rezultate erau împărtite într-o prezicere unică, de către un număr prea mare, după părerea noastră, de specialiști (sute) [16, p. 112-113; 19, p. 26 și următoarele]. În această privință, vom menționa că noi am făcut de sine stătător prognoze criminologice, în calitate de criminolog-analist al Serviciului de Poliție al mun. Gatineau (Canada).

Unul dintre principalele merite ale cercetării problemei prognozării criminologice de către G. A. Avanesov constă în crearea fundamentului pentru o sistematizare a metodologiei de prognozare criminologică. Potrivit lui, metodele speciale de prognozare criminologică sunt împărtite în trei categorii: metodele extrapolării, modelării și estimării experților [18, p. 169; 15, p. 254]. Este esențial a sublinia că Avanesov vorbește nu despre metodă, ci despre metodele extrapolării, modelării și estimării experților. Acest fapt adeveră că autorul nu a putut să facă o delimitare limpede între metode, tehnici și procedee de prognozare criminologică. O altă adeverire o dă faptul că el folosește termenii metodă și procedeu ca sinonime de-a lungul întregii lucrări. Anume această clasificare, numai că formulată la singular, a fost îmbrățișată de cea mai mare parte a criminologilor și autorilor care au cercetat sau descris metodologia de prognozare criminologică [35; 12; 33; 22], după cum reiese din cercetarea bibliografică întreprinsă de noi.

G. A. Avanesov este de părere că „metodele extrapolării stau la temelia fundamentelor oricărei prognoze” [15, p. 254]. Noi avem o părere opusă, pe care vom încerca să o demonstrăm cu ajutorul unui exemplu, din dorința de a fi înțeleși de toată lumea. Astfel, dacă criminologul constată, bunăoară, că a

fost plănită o creștere semnificativă a numărului patrulelor polițiște în vederea curmării faptelor huliganice, el poate prezice o descreștere a numărului acestor purtări. Prezicerea lui nu este așezată însă pe o tendință din trecut, ci pe probabilitatea intrării în acțiune a unui nou factor al criminalității și, ca urmare, nașterea unei noi tendințe criminale, de această dată – îmbucurătoare.

G. A. Avanesov înfățișează un mănunchi de cunoștințe generale despre extrapolare, fără a elabora o metodologie de aplicare a metodei extrapolării în prognozarea criminologică sau, măcar, a uneltele matematice care pot fi aplicate în astfel de prognozări. De aceea, criminologul practician nu poate face preziceri criminologice prin metoda extrapolării, folosindu-se numai de aceste cunoștințe generale [15, p. 254-258]. Noi înclinăm spre părerea că atunci se întruneau toate premisele științifice pentru îndeplinirea unei asemenea sarcini criminologice, având în vedere cunoștințele acumulate de alte științe (matematică, statistică sau economia). Drept confirmare îl constituie faptul că noi ne-am elaborat metodologia de prognozare criminologică prin extrapolare plecând de la cunoștințele de atunci (anii 70). Din spusele autorului, reiese că practicienii desfășurau prognozări criminologice prin metoda extrapolării, ceea ce înseamnă că fiecare își elabora propria metodologie, folosind cunoștințele în materie din alte ramuri ale științei.

Pivitor la modelare, G. A. Avanesov prezintă o serie de cunoștințe generale, aplicabile în toate științele sociale [18, p. 191-201; 15, p. 258-265], ca și în alte științe (fizica ș.a.), care pot constitui fundamental elaborării metodologiei de prognozare criminologică prin metoda modelării. Avanesov a înclinat, și de această dată, asupra interacțiunii dintre extrapolare și modelare, dar dă o mică atenție deosebirilor dintre ele și posibilităților de aplicare separată, care sunt mult mai largi. Mai mult decât atât, el privește într-un mod larg modelarea criminologică, pe care o vede în toate operațiile făcute asupra mărimilor statistice și matematice [18, p. 194]. Avanesov propune un sir de reguli de aplicare a metodei modelării în prognozarea criminologică. Autorul citat anterior nu elaborează o metodologie de aplicare propriu-zisă a metodei modelării în prognozarea criminologică, ci prezintă o succesiune de operații care alcătuiesc procesul modelării, pe care le preia de la cercetătorii din alte științe, și anume: A. A. Arab-Oglî, A. D. Smirnov, M. L. Bașin, precum și Iu. N. Gavrileț. Totuși, el propune două tehnici de aplicare a metodei modelării în prognozarea criminologică: 1) tehnica elaborării modelelor criminologice în temeiul legităților de existență ale criminalității și 2)

tehnica elaborării modelelor criminologice în temeiul stării actuale a criminalității.

Cât privește estimarea expertilor, G. A. Avanesov numește câteva modalități de înfăptuire și le descrie în linii mari pe câteva dintre ele, prezentând și unele reguli de aplicare a metodei estimării expertilor, precum și numește unele greșeli la aplicarea acestor „metode de prognozare” [18, p. 201-205; 15, p. 265-269]. Elementele de metodologie propuse de cercetător permit numai criminologilor experimentați să desfășoare unele prognozări criminologice prin metoda estimării expertilor.

G. A. Avanesov propune o metodologie, prezentată în linii mari, de prognozare criminologică a criminalității recidivistilor, bazată pe cercetări sociologice [18, p. 47-49]. Noi considerăm că acest procedeu poate fi aplicat, sub o formă modificată, cu mult mai mult succes la prognozarea comportamentului criminal individual de recidivă.

O greșală fundamentală pe care o face, după părere noastră, G. A. Avanesov constă în sarcinile mari pe care le pune în fața prognozării criminologice de atunci, de astăzi și, probabil, din viitorul apropiat [Ea transpare din întreaga concepție expusă în cele trei cărți ale sale în materie, citate anterior, dar poate fi constatată și la o scară restrânsă în afirmațiile din lucrarea 17]. Într-adevăr, criminologia are datoria de a tinde spre îndeplinirea acestor sarcini, dar îndeplinirea lor nu poate fi cerută nestrămutat, având în vedere împrejurările în care se dezvoltă cunoștințele științifice (criminologice, economice, sociologice, psihologice, biologice, chimice etc.) și metodologia de prognozare criminologică.

Analiza concepției depșre prognozarea criminologică elaborată de G. A. Avanesov dezvăluie o gândire puternic atinsă de indeterminism. Noi presupunem că ea a fost întreținută de posibilitățile de prognozare criminologică de atunci, care erau destul de mărginite. Aceste posibilități erau determinate de limitele cunoștințelor criminologice și de nivelul de dezvoltare al teoriei și metodologiei de prognozare criminologică. Chiar dacă Avanesov a înfăptuit o dezvoltare însemnată a teoriei și metodologiei de prognozare criminologică, cunoștințele obținute nu i-au permis o schimbare a naturii concepției sale. Între timp, au fost lărgite și adâncite atât cunoștințele științifice, cât și cele criminologice, ceea ce face cu putință însriparea unei concepții în întregime deterministă.

G. A. Avanesov a descris, în conlucrare cu S. E. Vițin, și unele laturi care țin de folosul și însemnatatea prognozelor criminologice în activitatea de prevenire a criminalității [19], pe care noi am întregit-o cu unele adăugiri.

O parte din cunoștințele obținute de G. A. Av-

nesov privesc prognozarea criminologică a purtării criminale individuale, deși el a respins la început posibilitatea înfăptuirii unor astfel de prognozări [21, p. 78-79].

G. A. Avanesov a întreținut nevoie și a propus pregătirea unor criminologi-prezicatori, adică a unor criminologi specializați în materie de prognozare criminologică, încă acum jumătate de secol [20, p. 14]. Punctul său de vedere este adeverit de faptul că programe criminologice au elaborat, în URSS, iar apoi în Federația Rusă sau în Republica Moldova, numai criminologi, mai ales acei criminologi care și-au îndreptat cercetarea spre prognozarea criminologică.

Concluzii. G. A. Avanesov a desfășurat cercetări criminologice cuprinzătoare privitoare la teoria și metodologia prezicerii criminologice. El a încercat să obțină chiar și cunoștințe criminologice fundamentale, folosind metode teoretice de cunoaștere criminologică. Unele cercetări științifice au fost interdisciplinare, criminologul încercând să fructifice cunoștințe din filozofie, sociologie, management, cibernetică, demografie, drept, politologie, istorie, statistică, matematică, chimie, medicină, științele tehnice și militare, logică sau economie în ținutul criminologiei. Dorința de a căpăta cunoștințe fundamentale l-a adus la unele generalizări nefolosităre și nepotriite. Avanesov a participat la elaborarea unor metodologii de prognozare criminologică, care au fost aplicate în practica Ministerului Afacerilor Interne al Uniunii Sovietice în anii 60-70. Unul dintre principalele merite ale cercetării problemei prognozării criminologice de către G. A. Avanesov constă în înălțarea fundamentalului pentru o sistematizare a metodologiei de prognozare criminologică. El a propus două tehnici de prognozare criminologică prin metoda modelării, unele reguli de prognozare criminologică și de aplicare a metodei estimării experților, precum și o metodologie de prognozare criminologică a criminalității recidivștilor, care poate fi aplicată, cu unele schimbări, mai curând la prognozarea comportamentului criminal individual de recidivă. De asemenea, el a propus pregătirea unor criminologi-prezicatori. Propunerile lui Avanesov suferă de o prea mare generalitate.

Note și referințe

1. Bejan Octavian, *Caracterizare generică a sistemului de asigurare criminologică a vieții sociale*, Legea și viața, anul 2009, nr. 8.
2. Bejan Octavian, *Conceptul de politică criminologică*, Legea și viața, nr. 8, 2008.
3. Bejan Octavian, *Considerații privind utilizarea categoriei necesității și întimplării în cunoașterea criminologică și prevenirea criminalității*, Legea și viața, nr. 9, 2011.
4. Bejan Octavian, *Corupția: noțiune, prevenire și contracarare*, Centrul de Prevenire și Asistență Criminologică, Chișinău, 2007.
5. Bejan Octavian, *Realizarea cercetărilor criminologice teoretice*, Chișinău, 2009.
6. Bejan Octavian, *Unele clasificări ale prognozelor și prognozărilor criminologice*, în „Conceptul de dezvoltare a statului de drept în Moldova și Ucraina în contextul proceselor de eurointegrare. Materialele conferinței științifico-practice internaționale din 4-5 noiembrie 2016 de la Chișinău”, Chișinău, 2016, p. 193-197;
7. Bejan Octavian, *Unele clasificări și probleme de clasificare a prognozelor criminologice*, Jurnalul juridic național: teorie și practică, anul 2016, nr. 6.
8. Bejan Octavian, Bujor Valeriu, *Interes și crima*, Chișinău, 2004.
9. Bejan Octavian, Bujor Valeriu și Botnaru Gheorghe, *Analiză criminologică a influenței proceselor demografice actuale asupra criminalității din Republica Moldova*, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată, Chișinău, 2012;
10. Botnaru Gheorghe, Bujor Valeriu și Bejan Octavian, *Caracterizare criminologică și juridico-penală a traficului de ființe umane*, Chișinău, 2008.
11. Bujor Valeriu, Cu privire la pericolul social al criminalității organizate, în „Criminalitatea organizată și economia tenebroasă în Republica Moldova. Materialele conferinței științifico-practice republicane (26 februarie 1999), Editura „Arca”, Chișinău, 1999;
12. Bujor Valeriu, Bejan Octavian, Ilie Sergiu și Căsian Sergiu, *Elemente de criminologie*, Editura „Ştiința”, Chișinău, 1997.
13. Chelcea Septimiu, *Metodologia cercetării sociologice. Metode cantitative și calitative*, Editura economică, București, 2001.
14. Mandelbrot B. B., *Les objets fractals*, Flammarion, 4^e édition, 1995.
15. Аванесов Г.А., *Криминология, прогнозистика, управление*, Горьковская высшая школа МВД СССР, Горький, 1975.
16. Аванесов Г.А., *Организация криминологического прогнозирования и планирования*, Советское государство и право, № 1, 1972.
17. Аванесов Г.А., *Основы криминологического прогнозирования*, Высшая школа МВД СССР, Москва, 1970.
18. Аванесов Г.А., *Теория и методология криминологического прогнозирования*, Издательство «Юридическая литература», Москва, 1972.
19. Аванесов Г.А., Вицин С.Е., *Прогнозирование и организация борьбы с преступностью*, Москва, 1972.
20. Аванесов Г.А., Рутгайзер В.М., глава третья «О количественных методах прогнозирования преступ-

- ности», în Г.А. Аванесов, В.М. Рутгайзер, Н.Н. Брушлинский, *Количественный анализ в исследованиях по исполнительно-трудовому праву (с применением методов математической статистики)*, Высшая школа МВД СССР, Москва, 1969.
21. Аванесов Г.А., *Криминологическое прогнозирование и планирование борьбы с преступностью*, Высшая школа МВД СССР, Москва, 1972.
22. Алауханов Есберген, *Криминология*, Алматы, 2008.
23. Башин М.Л., *Прогнозирование научно-технического прогресса*, Московский рабочий, 1970.
24. Бестужев-Лада И.В., *Прогнозирование как одна из категорий подхода к проблемам будущего*, Проблемы общей и социальной прогностики, вып. 1, Москва, 1968.
25. Вайманн Р.О., *О связях прошлого и настоящего*, Вопросы философии, 1971, № 2.
26. Герцензон А.А., *Актуальные проблемы теории советской криминологии*, «Вопросы борьбы с преступностью», вып. 6, 1967.
27. Герцензон А.А., *Введение в советскую криминологию*, Издательство «Юридическая литература», Москва, 1965.
28. Добров Г.М., *Наука о науке*, Издательство «Наукова думка», Киев, 1970.
29. Зайцев Б.Ф., Лапин Б.А., *Организация планирования научно-технического прогресса*, Издательство «Экономика», 1970.
30. Карпец И.И., *Проблема преступности*, Издательство «Юридическая литература», Москва, 1969
31. Карпец И.И., în prefața lucrării lui Г.А. Аванесов, *Теория и методология криминологического прогнозирования*, Издательство «Юридическая литература», Москва, 1972.
32. Кархин Г.И., *Связи настоящего и будущего в экономике*, Москва, 1970.
33. Кириллов М.А., *Прогнозирование преступности*, ЮИ МВД России, Москва, 2000, http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1581_page_4.html, foiet văzut la 29 mai 2011.
34. Кудрявцев В.Н., *Проблемы преступности в криминологии*, Вопросы философии, 1971, № 10.
35. Курс советской криминологии, Издательство «Юридическая литература», Москва, 1985.
36. Новичков В.Е., *Прогнозирование в сфере борьбы с преступностью в современной России*, диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук, Академия управления МВД России, Москва, 2005.
37. Панкратов В.В., *Методология и методика криминологических исследований*, Издательство «Юридическая литература», Москва, 1972.
38. Смирнов А.Д., *Моделирование и прогнозирование социалистического воспроизводства*, Москва, 1970.
39. Шляпентох В., *Прогноз для себя*, Литературная газета, 1 января 1971 г.

Bejan Octavian,
Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată, octavian.bejan@mail.md,
tel. port.: 079402956.

Bejan Octavian,
Institut des Sciences Criminelles et Criminologie Appliquée,
octavian.bejan@mail.md,
tel. port.: 079402956.

Drept comunitar european

CZU 341.2

ROLUL JURISPRUDENȚEI COMUNITARE ÎN AFIRMAREA PRINCIPIILOR DREPTULUI COMUNITAR

Eliza COŞMAN,

doctorandă a Universității de Studii Politice și Economice Europene „Constantin Stere” (USPEE) din Chișinău, Republica Moldova, avocat

REZUMAT

Aplicarea dreptului comunitar în statele membre ale Uniunii Europene a dus la configurația pe cale jurisdicțională a unor principii în măsură să orienteze reglementarea raporturilor dreptului UE cu sistemele naționale de drept. În acest sens, studiul de față se oprește asupra priorității în aplicare și asupra efectului direct, colaborate cu aplicarea imediată, vizând eficacitatea ordinii juridice comunitare.

Cuvinte-cheie: drept european; drept național; prioritate în aplicare; efectul direct; aplicarea imediată a dreptului UE.

THE ROLE OF COMMUNITY JURISPRUDENCE IN THE ASSERTIONS OF THE PRINCIPLES OF COMMUNITY LAW

Eliza COŞMAN,

PhD student of The University of European Political and Economic Studies “Constantin Stere” (USPEE), Chișinău, the Republic of Moldova, lawyer

SUMMARY

Applying the community law in the States Member of the European Union led to the setting up of some principles on jurisdictional way able to guide the regulation of the EU law reports with the national legal systems. In this respect, the present study focuses on the priority of application and the direct effect, in conjunction with immediate application, targeting effectiveness of community legal order.

Keywords : European law; national law; priority in application; direct effect; immediate application of EU law.

Introducere. Dreptul Uniunii Europene își poate atinge scopul în acord cu valorile europene prin medierea statelor componente. Aplicarea și efectele sale depind de voința autorităților naționale, îndeosebi jurisdicționale, dar și de ipostazele de conflict care au în vedere raportul între ordinea națională și ordinea comunitară. Garantarea aplicării dreptului comunitar a dus la afirmarea pe cale jurisprudențială a unor principii care reglementează raporturile dreptului Uniunii Europene cu cel al statelor membre [1, p.365]. Este vorba de prioritățea în aplicare și efectul direct, considerați a fi cei doi piloni ai ordinii juridice comunitare [2,p.157]. Aceste principii li se adaugă aplicarea imediată, care are scopul de a asigura eficacitatea ordinii juridice comunitare.

Metode aplicate și materiale utilizate. În vedea realizării scopului trazat, în respectivul articol științific au fost aplicate un sir de metode ca: metoda logică (bazată pe analiza deductivă și inductivă, ge-

neralizare și specificare), metoda gramaticală, metoda istorică, metoda sistemică și cea comparativă.

În procesul elaborării articolului științific au fost consultate lucrările științifice ale autorilor Groza Anamaria, Fuerea Augustin, Mehdi R., Tudorel Ștefan, Andreșan-Grigoriu Beatrice, precum și jurisprudența CJCE.

Rezultate obținute și discuții. În avizul CJCE din 1/91 din 14 decembrie 1991, Culegere p.I-6079, se arată că „Tratatele comunitare au instituit o nouă ordine juridică. Caracteristicile esențiale ale ordinii juridice comunitare astfel constituite sunt îndeosebi prioritățea sa în raport cu dreptul statelor membre, precum și efectul direct al unei întregi serii de dispoziții aplicabile resortanților și lor însile”.

Imperativul integrării europene a dus la configurația principiilor care guvernează efectele dreptului comunitar. Aplicându-se cu precădere în sfera comunitară, aceste principii au fost degajate de către CJCE prin interpretarea dispozițiilor Tratatului

instituind Comunitatea Economică Europeană. Instrumentele jurisdicționale de sancționare a acestor principii sunt oferite tot de pilonul comunitar. Se consideră că în raport cu ordinea internă, toate normele TUE ar trebui să fie apreciate ca prioritate. Datorită aportului Tratatului de la Lisabona, s-a ajuns la renunțarea la structura în piloni a Uniunii și, ca urmare, la extinderea efectelor specifice ordinii comunitare. Totuși, regimul interguvernamental va fi păstrat în politica externă și de securitate comună, domenii în care Uniunea nu va legifera și nici Curtea de Justiție nu are posibilitate de a interveni.

Privind principiul aplicării immediate, se pornește de la premisa că dreptul comunitar, îndeosebi cel derivat, imediat după intrarea sa în vigoare, prin publicare în Jurnalul oficial al Uniunii europene sau prin notificare, se aplică prin integrarea sa în ordinea juridică comunitară. Actele juridice complete ale Comunităților trebuie aplicate în mod total, aceasta pentru a se evita disimularea unei norme comunitare într-o normă națională. Se consideră o condiție ontologică aplicarea cu prioritate a dreptului comunitar. În statele membre, dreptul comunitar se aplică cu întâietate față de dreptul intern, prin aceasta înlăturându-se de la aplicare normele naționale contrare. Totuși, doctrina apreciază că prioritatea acționează numai în cazul în care norma internă-echivalentă contrazice norma comunitară. Această orientare o găsim și în art.148 alin (2) din Constituția României. Totuși, nu îndepărtarea normelor naționale contrare este prioritatea dreptului comunitar. În temeiul principiului priorității „Curtea de Justiție a consacrat obligația interpretării conforme în sarcina instanțelor interne, teoria responsabilității juridice a statelor pentru violarea dreptului comunitar și obligația generală a judecătorului de a confieri eficacitate dreptului comunitar, alături de o protecție adecvată particularilor în invocarea acestui drept. Mai mult, judecătorul trebuie să eliminate dispozițiile interne care l-ar împiedica să confere un efect direct dreptului comunitar”[1, p.367].

Prioritatea este „indivizibilă, necondiționată și absolută [3,p.70]. Aplicarea cu întâietate a tuturor categoriilor de izvoare formale ale dreptului comunitar este caracteristica caracterului indivizibil al priorității. Statele membre ale Uniunii nu pot adopta măsuri contrare împotriva actelor facultative, cum sunt avizele și recomandările. Prioritatea are efect necondiționat, însă efectul direct este un principiu condiționat, deci el necesită îndeplinirea anumitor

condiții. Preeminența în aplicarea dreptului comunitar dă caracter absolut principiului priorității. Este de menționat faptul că preeminența dreptului comunitar se manifestă indiferent de natura constituțională sau infraconstituțională a normei naționale, de anterioritatea sau posterioritatea normei naționale [1,p.368].

Totuși, în condiția în care norma constituțională contrară protejează drepturi fundamentale, prioritatea este discutabilă. Se apreciază că este nefișesc ca o regulă cu valoare constituțională protectoarea indivizilor să cedeze în fața unei reguli care ocupă un loc modest în ierarhia actelor comunitare. În astfel de situații, Curtea de justiție a decis că judecătorul intern, care este confruntat cu astfel de cazuri, pentru moment să suspende aplicarea normei comunitare și să sesizeze un recurs în aprecierea validității. Curtea de Justiție, de asemenea, a recunoscut dreptul judecătorului național de a verifica măsurile naționale contrare sub aspectul proporționalității lor cu scopul urmărit.

Principiul priorității în privința normelor infraconstituționale a fost acceptat după o serie de ezitări și reticențe de către statele membre. S-a constatat, de asemenea, că atitudinea curților naționale a fost aceea de a favoriza norma națională. Regula este însă că tuturor autorităților statului: legislative, executive și judecătorești, li se aplică principiul priorității; toate aceste autorități vor acționa respectând acest principiu, în funcție de competențele care le revin. Obligații precise revin însă judecătorului național, care este foarte aproape de conflictele concrete dintre normele juridice naționale și cele comunitare. Așa cum se subliniază în literatura de specialitate, „judecătorii naționali sunt chemați să lase neaplicată, prin propria lor autoritate, orice normă națională contrară, chiar posterioară dispozițiilor dreptului comunitar”[1,p.368].

Principiul priorității nu a găsit o consacrare în Tratate; totuși acestea au oferit o serie de indicii în acțiunea de sprijinire a aplicării în mod prioritar a dreptului comunitar față de dreptul intern; în acest sens menționăm: obligația de cooperare loială a statelor (art.10TCE); mecanismul recursului în interpretare (art.234TCE); competența exclusivă a CJCE în interpretarea dreptului comunitar; aplicarea directă a regulamentelor (art.249TCE); recursul în constatarea lipsurilor statelor.

Prioritatea dreptului comunitar a fost afirmată pe cale jurisprudențială de CJCE în cauza Costa c. Enel [4,p.204]. În argumentarea Curții au in-

trat în atenție caracterele principale ale Comunității Europene; este vorba de durata nelimitată în timp, personalitatea și capacitatea juridică, capacitatea de reprezentare internațională, atribuțiile proprii rezultate dintr-o limitare și dintr-un transfer de atribuții de la state la Comunitate.

Dreptul comunitar implică o interpretare și o aplicare uniformă, fiind limitarea suveranității statelor și afirmarea unei noi ordini juridice. Se consideră că respectarea interesului comunitar este obligația priorității a tururor statelor membre. Aplicarea priorității a dreptului comunitar reprezintă o exigență existențială a Comunității, fapt cerut de specificul noii ordini juridice care se caracterizează prin autonomia, unitatea și integrarea în sistemele naționale. Se apreciază că importanța deosebită a principiului priorității impune consacrarea sa expresă în Tratate; dar întrucât o astfel de decizie ar asimila Tratatul cu Constituțiile federale, acest lucru a făcut ca statele să fie reticente. În această problemă, raporturile dintre dreptul comunitar și dreptul național este reglementat în constituțiile naționale. În acest sens, în art. 148 alin (2) din Constituția României se subliniază următoarele: „Ca urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare”.

Pentru statele membre, respectarea principiului priorității reprezintă o obligație de rezultat. În acest sens, se consacră următoarele: „Dispozițiile tratatelor și actelor instituțiilor direct aplicabile au ca efect, în raporturile lor cu dreptul intern al statelor membre, nu doar să facă inaplicabilă, de plin drept, prin simplul fapt al intrării lor în vigoare, orice dispoziție contrară a legislației naționale existente, ci (...) să împiedice formarea valabilă a oricăror acte legislative noi în măsura în care acestea ar fi incompatibile cu normele comunitare” [5, p.639].

În cazul unei reglementări interne contrare sau în cazul unui vid legislativ intern, particularii pot cere judecătorului național să aplice norma comunitară. Astfel, „Judecătorul național, însărcinat să aplice, în cadrul competențelor sale, dispozițiile dreptului comunitar, are obligația de a asigura efectul deplin al acestor norme lăsând neaplicate la nevoie, prin propria sa autoritate, orice dispoziție contrară legislației naționale, chiar posteroară, fără să ceară sau să aștepte eliminarea acesteia pe cale legislativă

sau printr-o oricare altă procedură constituțională” [5,p.639].

UE poate lua cunoștință de existența juridică a normelor interne contrare cu dispozițiile comunitare pe calea recursului în interpretare sau a recursului în lipsuri. În această privință, decizia o au autoritățile naționale, care au și obligația ca, prin diferite mijloace: decree, circulare etc, de a informa pe cei interesați de neaplicarea normei naționale. În cazul existenței unui dubiu cu privire la validitatea unei norme comunitare, judecătorul național va dispune suspendarea actului în cauză și va cere CJCE să se pronunțe asupra validității respectivului act. Efectul direct al dreptului comunitar, în astfel de situații, este suspendat pe moment de judecătorul național, această cale de acțiune fiind recomandată de CJCE.

Totuși, Curtea de Justiție nu a elaborat o jurisprudență privind situația în care judecătorul din oficiu ar putea invoca dispozițiile de drept comunitar, dacă justițiabilitii nu invocă acest drept în beneficiul lor. Competența judecătorului comunitar este una de atribuire; în temeiul acestei realități, sarcina judecătorului național este de a asigura eficacitatea deplină a dreptului comunitar, acesta fiind considerat un judecător de drept comun al dreptului comunitar (TPL, 10 iulie 1990, Tetra Pak, cauza T-51/89, Culegere, p.II-309).

De la judecătorul lor național, justițiabilitii pot obține o protecție imediată și directă. Această protecție este guvernată de principiul autonomiei instituționale și procedurale, precum și de obligațiile rezultante din principiul cooperării loiale (art.10 TCE). Dreptul de acces la judecător a fost consacrat de CJCE ca un element esențial al realizării statului de drept și al aplicării uniforme al dreptului comunitar. Accesul justițiabilitilor la judecător este apreciat ca fiind „un principiu general al dreptului care se regăsește în fundamentul tradițiilor constituționale comune statelor membre”(CJCE, 15 mai, 1986, Johnston, cauza 222/84, Culegere, p.1651; CJCE, Heylens, cauza 222/86, Culegere, p.4097). Justițiabilitii trebuie să beneficieze de un drept la un recurs util, efectiv și eficient, atunci când invocă pretențiile lor fondate pe dreptul comunitar, drept care a fost consacrat de Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (conform art. 47).

Accesul la judecător este asigurat prin principiul echivalenței și principiul efectivității în sens restrâns. Eliminarea eventualelor discriminări între valorificarea drepturilor provenite din ordinea juri-

dică interioară și a celor provenite din dreptul comunitar formează conținutul principiului echivalenței. Pentru a se asigura respectarea regulilor comunitare cu efect direct trebuie ca orice acțiune prevăzută de dreptul intern să poată fi folosită în aceeași condiție ca și în dreptul național [5,p.629].

Principiul efectivității impune ca instrumentele procesuale naționale să nu obstrucționeze acest demers. Așa cum se subliniază în literatura de specialitate, „CJCE a arătat că este incompatibilă cu natura dreptului comunitar orice dispoziție a ordinii naționale sau orice practică, legislativă, administrativă sau judecătoarească, care ar avea ca efect diminuarea eficacității dreptului comunitar prin faptul de a refuza judecătorului competent să aplique acest drept”[1, p.373].

Un concept propriu dreptului comunitar este protecția jurisdicțională provizorie. Se apreciază faptul că pentru a apăra drepturile rezultate din dreptul comunitar în beneficiul justițiabililor, judecătorul național îndepărtează, în virtutea sa, norma națională care îl împiedică să dispună măsuri provizorii. Dintre competențele judecătorului național menționăm: poate suspenda aplicarea unui text național, aceasta până la clarificarea raporturilor sale cu dreptul comunitar de către CJCE; poate adresa o injoncțiune administrației; poate suspenda executarea unui act administrativ adoptat pe baza unei norme comunitare a cărei validitate a fost contestată în fața CJCE; poate dispune de măsuri provizorii prin care justițiabilul să fie protejat în cursul aprecierii validității unei norme comunitare care îl afectează [1,p.374].

Privind problema încălcării normelor dreptului comunitar, sancțiunile penale țin de competența statelor membre. Aceste sancțiuni trebuie să fie efective și identice cu cele aplicate pentru fapte asemănătoare, care au fost comise pe plan intern, și raportat la infracțiunea săvârșită de ele să fie proporționale. Întrucât dreptul comunitar este prevalent în raport cu dreptul intern, particularii pot solicita judecătorului național să interpreteze dispozițiile naționale în concordanță cu cele comunitare echivalente [1,p.374]). În această situație este vorba de interpretarea conformă, care este apreciată că reprezintă „invocabilitatea minimală” a dreptului comunitar. Este de precizat că interpretarea conformă este o obligație generală a judecătorului național și ea are în vedere dreptul comunitar în întregul său. Se apreciază că, „interpretarea conformă este un remediu pentru imposibilitatea invocării directivelor în raporturile dintre particulari”[1,p.374].

În lipsa efectului direct și în cazul încălcării altor forme de „invocabilitate” (interpretarea conformă, disponerea unei suspendări la executare etc.), un alt principiu care reprezintă o garanție a eficacității dreptului comunitar este răspunderea statelor membre pentru încalcarea dreptului comunitar. În felul acesta, obligația statelor membre este de a repara prejudiciile cauzate resortanților lor prin încălcarea unei norme de drept comunitar. Astfel, pentru a asigura forța juridică a directivelor lipsite de efect direct, dar și a directivelor greșit transpusă, o soluție pozitivă este angajarea răspunderii statului. „Răspunderea este angajată pentru orice violare a dreptului comunitar, fără să fie necesar ca CJCE să se fi pronunțat în prealabil într-un recurs la adresa statului”[1, 375].

Încălcarea unei norme comunitare poate fi rezultatul unei omisiuni a legiuitorului, a unei autorități executive sau a unei sentințe judiciare [2,p.375]. Aprecierea responsabilității în viziunea Curții, în special, cea care privește autoritatea executivă sau cea judecătoarească, este aceea că trebuie „să țină cont de specificul funcției jurisdicționale precum și de exigările legitime de securitate juridică, iar răspunderea să fie angajată doar atunci când judecătorul „a desconsiderat în mod manifest dreptul aplicabil”[1,p.375]. Numai în cazul unei reguli care conferă drepturi particularilor, are un conținut identificat și este violată, în această situație este angajată răspunderea statului. Particularii în situație trebuie să indice judecătorului național care din drepturile lor ce rezultă din norma comunitară au fost încălcate. Cerința aceasta implică efectul direct al normei.

Privind efectul direct, acesta desemnează un principiu unitar, dar cu o aplicabilitate diferențiată, în funcție de caracteristicile normelor comunitare; „Efectul direct constă în aptitudinea dreptului comunitar de a genera drepturi și obligații în patrimoniul juridic al particularilor cetățenii ai statelor membre și prerogativa acestora de a le valorifica în fața jurisdicțiilor interne” [1,p.376]. Conform acestui principiu, resortanții statelor membre pot invoca direct normele dreptului comunitar; condiția în acest demers este ca aceste norme să fie suficient de clare și precise și să prezinte un caracter necondiționat [6, p.631]. Aceasta înseamnă că norma comunitară să fie temeinic construită juridic pentru a nu fi necesare măsuri complementare pentru aplicarea ei. Între enunțul normei și particularul care o reclamă să nu existe nici un spațiu de manevră.

Principiul efectului direct nu a fost consacrat de tratate. Prin Tratatul de la Amsterdam efectul direct al dreptului comunitar a fost constituționalizat implicit, în același context ca și principiul priorității. Tratatul de la Lisabona afirmă că „aplicarea efectivă a dreptului Uniunii Europene către statele membre, care este esențială bunei funcționări a Uniunii Europene, este considerat drept o chestiune de drept comun (art.176D TFUE). Această dispoziție este integrată cooperării administrative.

Privind condițiile de aplicare a principiului efectului direct, să cum sunt degajate din jurisprudența Curții, acestea privesc caracteristicile normei. Se apreciază că norma sub aspect juridic trebuie să fie completă, suficient de clară și precisă pentru a putea fi aplicată de judecător. Prin interpretarea inherentă asupra ei, judecătorul poate să contribuie la claritatea și precizia normei. Norma trebuie să creeze în patrimoniul juridic al particularilor o obligație necondiționată [1,p.378]. Atunci când normele cuprind un termen sau o condiție, ele își produc efectul direct doar după trecerea termenului sau realizarea condiției. Este de menționat faptul că în funcție de tipul normei și de persoanele cărora le poate fi opusă norma, efectul direct prezintă o aplicare diferențiată.

Există un efect direct orizontal sau un efect direct complet, care semnifică forță maximă a dreptului comunitar și anume în sensul că drepturile și obligațiile pe care particularii le dobândesc în temeiul său pot fi opuse atât autorităților publice, cât și tuturor celorlalți particulari. Efectul direct vertical sau efectul direct incomplet desemnează o intensitate mai redusă a normei comunitare, care din anumite considerente nu poate fi opusă decât statului.

Se consideră că efectul direct vertical reprezintă o invocare; aceasta îi permite individului să opună dreptul comunitar autorității publice [7,p.29]. Au efect direct complet (vertical și orizontal) anumite dispoziții din tratate, principiile generale ale dreptului, regulamentele și deciziile care se adresează particularilor. Au doar efect vertical alte dispoziții din Tratate, directivele și deciziile destinate statelor membre.

În legătură cu dreptul primar, Tratatele comunitare, pentru a intra în vigoare, au fost ratificate de statele membre, devenind o parte a dreptului intern. Dispozițiile din tratate raportate la efectul direct se clasifică în trei categorii: dispoziții care prezintă un efect direct complet, dispoziții care prezintă

un efect vertical și dispoziții lipsite de efect direct. În cazul Tratatelor, producerea efectului direct este condiționată de criteriile degajate de CJCE; este vorba de dispoziții clare și precise, complete și necondiționate de adoptarea unor măsuri naționale sau comunitare pentru a putea fi aplicate. Dispozițiile care dau naștere unor obligații precise și necondiționate în sarcina persoanelor fizice și juridice, putând fi opuse atât statului, cât și particularilor, sunt dispoziții dotate cu efect direct orizontal. Astfel de dispoziții sunt principiul non-discriminării, interzicerea discriminării în cîmpul muncii între bărbați și femei; libera circulație a persoanelor, mărfurilor, serviciilor, concurența [8,p.89].

Dispozițiile dotate cu efect direct vertical sunt aceleia care dau naștere unor obligații necondiționate de a nu face, unor obligații necondiționate de a face, care lasă statelor posibilitatea de a alege între mai multe variante și obligații devenite necondiționate după o anumită perioadă. Particularii pot invoca anumite dispoziții doar împotriva statului. Exemple: interzicerea discriminării pe motiv de naționalitate, reglementarea privind libera circulație a mărfurilor, dispoziții privind monopolul cu caracter comercial, interzicerea discriminărilor fiscale.

Privind dreptul convențional, trebuie să arătăm că specificul guvernamental marchează efectul categoriei juridice care o reprezintă dreptul convențional. În funcție de la caz la caz, Curtea de Justiție a adoptat o apreciere pornind de la caracteristicile normelor, aceasta, pentru a recunoaște ori pentru a îndepărta efectul direct. Astfel, pentru ca efectul direct orizontal să fie recunoscut este necesar ca dispozițiile acordurilor să fie suficient de clare și precise și să genereze obligații necondiționate. Curtea de Justiție refuză aplicarea efectului direct dacă dispozițiile au un caracter prea general [9,p.1219].

Referitor la dreptul derivat, trebuie subliniat că în cadrul tratatului (art.249 TCE) regulamentele prezintă un efect direct complet. Principalele argumente sunt natura lor completă și funcția prin excelенță normativă. Prin ele însă, regulamentele sunt apte să producă un efect direct orizontal. Pentru a nu se denatura caracterul lor unitar și rolul lor de unificare, regulamentele nu trebuie reluate prin legi interne. Se pot lua însă măsuri simple de executare a regulamentelor, a căror conformitate cu regulamentul este controlată de judecătorul național.

Pentru a fi efective, deci pentru a produce efecte, spre deosebire de regulamente, directivele nece-

sită intervenția statelor membre. În cazul aplicării directivelor, statele sunt legate de atingerea obiectivelor prevăzute; ele însă au libertatea de a alege forma și mijloacele în care vor acționa pentru a se conforma directivei. Directiva nu prezintă un efect direct orizontal, întrucât este un act juridic incomplet [10,p.77]. În doctrină s-a remarcat un posibil „efect orizontal direct”, acesta avându-și sursa, de exemplu, în obligația de interpretare conformă. Se apreciază că acest lucru poate fi o consecință a efectului direct vertical recunoscut directivelor [1,381]. Se apreciază că directivele generează un efect direct vertical numai în anumite condiții. Acest efect a fost asociat cu mai multe forme de invocare, acestea asigurând realizarea directivelor și caracterul juridic obligatoriu. În privința directivelor, afirmarea efectului direct s-a realizat într-o serie de cauze care au adus în atenția Curții de Justiție dispoziții combinate ale unei directive și ale unei decizii [11,p.825], ale unei directive și ale tratatului și, în final, al unei directive [12,p.1337]. Temeiul raționamentului Curții de Justiție a fost acela că s-a pornit de la efectul juridic obligatoriu care trebuie asigurat directivelor, precum și de la insuficiența recursului în lipsuri pentru a asigura corecta lor transpunere. „Efectul util al unui astfel de act ar fi slăbit dacă justițiabilității ar fi împiedicate să se prevaleze de el, iar jurisdicțiile naționale împiedicate să îl considere ca element al dreptului comunitar” [12,p.1337]. Efectul direct al directivelor a fost limitat la dimensiunea sa verticală și a fost completat cu o interpretare extensivă și cu alte forme de „invocabilitate”. Singurul efect al directivei este cel direct vertical, acesta este condiționat de epuizarea termenului de transpunere, de absența unor măsuri efective de transpunere și de natura necondiționată și suficient de precisă a dispoziției invocate [1,p.381]. Pe perioada de transpunere, directiva nu prezintă nici un efect direct. Pentru a apăra forța juridică a directivei, CJCE a indicat o altă formă de invocabilitate și anume interpretarea conformă.

Aplicând dreptul național, și îndeosebi dispozițiile unei legi naționale special introduse în vederea executării unei directive, judecătorul național este ținut să interpreteze dreptul său național în lumina textului și a finalității directivei [13,p.1891]. Este de precizat faptul că aplicarea acestei cerințe are loc indiferent de caracterul directivei sau de expirarea termenului

de transpunere. În caz de netranspunere efectivă a directivei, particularii pot invoca din aceasta doar acele dispoziții suficiente de clare și precise și doar drepturile conferite prin norme, care nu se pretau din partea diferitelor autorități la măsuri discreționale. Efectul direct al directivei poate fi obținut de către judecător printr-o interpretare care să-i confere un plus de claritate. Totuși se apreciază că autoritățile naționale în aplicarea directivei, trebuie să aibă o marjă de apreciere redusă: „Judecătorul național, sesizat de un justițiabil (...) cu o cerere privind îndepărțarea unei dispoziții naționale incompatibile cu o directivă netranspusă în termen, trebuie să dea curs acestei cereri în măsura în care obligația definită de directivă este necondiționată și suficient de precisă” [14,p.1629]. Întrucât efectul direct vertical al directivelor a fost extensiv interpretat de CJCE, directivele pot fi invocate împotriva oricărora entități publice [15,p.1839]. De asemenea, efectul direct vertical al directivelor reprezintă un instrument de a sanctiona statele pentru neexecutarea lor.

În funcție de destinația lor, diferă intensitatea efectului direct al deciziilor. Prezintă, astfel, un efect direct complet deciziile care se adresează particularilor, persoane fizice și mai ales juridice. Deciziile care sunt făcute pentru statele membre au un regim similar cu cel al directivelor, deoarece implică o serie de măsuri de aplicare. Aceste reguli au fost extinse de către CJCE și pentru deciziile organelor înființate în baza unui acord internațional dintre Comunitate și statele terțe [16,p.981].

Concluzii. În jurisprudența CJCE, cu toate că afirmarea principiilor privind efectele dreptului comunitar s-a întemeiat aproximativ pe aceleași criterii, prioritatea și efectul direct au autonomie juridică, deci sunt considerate distințe. Dacă principiul priorității, în accepțiunea Curții de Justiție este absolut și necondiționat, efectul direct al dreptului comunitar este condiționat de tipul și trăsăturile normei. De asemenea, în funcție de acest criteriu, efectul direct cunoaște o intensitate variabilă. Capacitatea unui act juridic comunitar de a produce un efect direct sporește intensitatea priorității respectivului act. Totuși, dreptul comunitar are eficacitate maximă în momentul în care ambele principii se pot realiza. În acest sens este de remarcat faptul că tendința Curții de Justiție este de a asocia cele două principii.

Referințe bibliografice

1. Groza Anamaria, Uniunea Europeană. Drept international, București, Editura C.H. Beck, 2008;
2. Fuerea Augustin, Drept comunitar European. Partea generală, Bucuresti, Editura All Beck, 2003;
3. Mehdi R., Le droit communautaire et les pouvoirs de jude national de l'urgence, RTDE, nr. 2/1996;
4. Tudorel Stefan, Andreșan-Grigoriu Beatrice, Drept comunitar, Editura C.H.Beck, 2007;
5. C.J.C.E, 9 martie 1978, SIMMENTHAL, Cauza 106/77, Culegere;
6. CJCE, 21 iunie 1974, Reyners, cauza 2/74, Culegere;
7. Mehdi R., La justice communautaire entre espoins fondes et promesses decues. L'avenir de La justice communautaire enjeux et perspectives. La documentation française, Paris, 1999;
8. CJCE, 6 aprilie 1962, Bosch, cauza 13/61, Culegere;
9. CJCE, 12 decembrie 1972, Internationale Fruit Company, cauzele 21 la 24/72, Culegere;
10. Manolache Octavian, Drept comunitar, Ediția a IV-a, București, Editura All Beck, 2004;
11. CJCE, 6 octombrie 1970, Franz Grad, cauza 9/70, Culegere;
12. CJCE, 4 decembrie 1974, Yvonne Van Duyn c. Home Office, cauza 41/74, Culegere;

13. CJCE, 10 aprilie 1984, Von Coloson și Kalmann, cauza 14/83, Culegere;
14. CJCE, 5 aprilie 1989, Butti, cauza 148/78, Culegere;
15. CJCE, 22 iunie 1989, Frattelli Constanzo, cauza 13/61, Culegere;
16. CJCE, 10 octombrie 1973, Variola, cauza 34/73, Culegere;

INFORMAȚIA DESPRE AUTORI

Eliza Coșman,
doctorandă a Universității de Studii Politice
și Economice Europene „Constantin Stere”
(USPEE) din Chișinău, Republica Moldova, avocat
e-mail: pricopi_eliza@yahoo.com
telefon: (0040).744.762.886

INFORMATION ABOUT AUTHORS

Eliza Coșman,
PhD student of The University of European
Political and Economic Studies “Constantin Stere”
(USPEE), Chișinău, the Republic of Moldova,
lawyer
e-mail: pricopi_eliza@yahoo.com
telefon: (0040).744.762.886

УДК 341.174

РОЛЬ ЕВРОПЕЙСКОЙ КОМИССИИ В ФОРМИРОВАНИИ КОНЦЕПТУАЛЬНЫХ И ПРАВОВЫХ ОСНОВ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЙ ПОЛИТИКИ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Виктория КОЛЕСНИК,

соискатель кафедры международного права и международных отношений
Национального университета «Одесская юридическая академия»

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена изучению институционального обеспечения образовательной политики Европейского Союза. Автором непосредственно определено место Европейской комиссии в системе институтов ЕС и ее роль в становлении и развитии правового регулирования сферы образования.

Ключевые слова: Европейский Союз, право ЕС, право ЕС в сфере образования, институциональное обеспечение образовательной политики ЕС, Европейская комиссия и сфера образования.

SUMMARY

The article is dedicated to the research of the institutional support of the educational policy within the European Union. The author directly defines the place of the European Commission in the system of EU institutions and its role in the formation and development of the legal regulation of the education sphere.

Keywords: the European Union, EU law, EU law in the field of education, institutional framework of the EU educational policy, the European Commission and the education sphere.

Постановка проблемы. Избрание Украиной евроинтеграционного курса и заключения Соглашения об ассоциации с Европейским Союзом (далее - ЕС, Союз, Сообщество) и его государствами-членами вызывает усиленную необходимость изучения порядка функционирования ЕС, особенностей его правовой системы и реализации общих политик ЕС. Одной из таких политик (сфер сотрудничества) выступает и образование. Образовательная сфера является одной из важнейших на пути интеграции в объединенную Европу - внедрение европейских норм и стандартов в образовании будет способствовать повышению в Украине европейской культурной идентичности и интеграции в общеевропейскую интеллектуально-образовательную среду. Однако, несмотря на важность данной сферы наблюдается недостаточность научных трудов, посвященных вопросам правовых аспектов реализации образовательной политики Европейским Союзом, в том числе ее институциональной составляющей, что еще раз подтверждает актуальность темы исследования.

В связи с этим, целью данной статьи является изучения роли Европейской Комиссии (далее – ЕК, Комиссия) в формировании правовых и концептуальных основ образовательной политики ЕС как одной из главных институций Сообщества.

Изложение основного материала исследования. Европейский Союз, как и любая другая

организация, реализует свою компетенцию через собственные институты (органы, учреждения). Именно благодаря им Союз обеспечивает достижение поставленных перед ним целей и реализацию своих полномочий в различных сферах общественной жизни, независимо от того, к какой конкретной компетенции они принадлежат [1, с. 84]. При этом, перед институтами ЕС стоит задача воплощать ценности Союза, защищать интересы Союза и его граждан и государств-членов, и обеспечивать последовательность, эффективность и преемственность его политики и действий (ст. 13 Договора о ЕС) [6]. Без существования данных учреждений было бы невозможным осуществление успешной европейской интеграции.

Все органы ЕС образуют целостную систему, которую называют «институциональным механизмом» (institutional framework), где каждый орган выступает как отдельный элемент, который, однако, тесно связан с остальными органами и в совокупности они функционируют как единый механизм.

Институциональный механизм имеет сложную конструкцию, которая отражает постепенный характер развития европейской интеграции [2, с. 167-168]. Его основу составляют Европейский парламент, Европейский совет, Совет министров, Европейская комиссия, Суд ЕС, Европейский центральный банк и Счетная палата (ст. 13 Договора о ЕС). В тоже время, распределение власти между

данными институтами не соответствует традиционным представлениям о разделении властей, в связи с этим невозможно говорить об исключительно законодательных, исполнительных или судебных полномочиях любого института [4, с. 47]. В связи с этим институциональное обеспечение правового регулирования образовательной политики в ЕС представлено на уровне всех его институтов, с единственным отличием – возможностями воздействия того или иного органа на сферу образования.

Европейская комиссия является политически независимым институтом ЕС, созданным с целью представления и отстаивания интересов ЕС в целом. Роль ЕК отражает ее неформальное название - «двигатель европейской интеграции». Институция, не имеющая аналогов в мире среди национальных систем управления, выполняет роль охранника положений договоров и правового достояния Союза (EU's *acquis*) и обеспечивает надлежащее применение государствами-членами права ЕС [3, с. 44].

Основное назначение ЕК заключается в осуществлении функции координации, исполнения и управления в рамках ЕС (ст. 17 Договора о ЕС), то есть ведение его текущей политики. Однако, сугубо исполнительными полномочиями ЕК не ограничивается, ведь она обеспечивает продвижение общих интересов Союза через соответствующие инициативы. Не исключением является и сфера образования, где Комиссия непосредственно влияет на принятие правовых и политических решений в данной сфере.

Образование и Комиссию связывает долговременная история, которая началась задолго до появления соответствующей правовой нормы о сфере образования как направления общей политики ЕС в Маастрихтском договоре 1992 года. Еще в начале 1960-х гг. ЕК выступала за создание университетов и европейских школ. В то же время, она налаживала связи с международными организациями, компетентными в сфере образования, в частности, ЮНЕСКО и Советом Европы, так же как с соответствующими национальными образовательными организациями. Наряду с этим Комиссия пропагандировала необходимость распространения знаний о европейских институциях и Европейском сообществе через высшие учебные заведения, в том числе и с помощью образовательных программ обмена для студентов [11, р. 1]. С целью воплощения их в жизнь, Комиссия также призывала государства создавать благоприятные условия для подготовки студентов к обменам, к примеру, настаивала на организации подготови-

тельных курсов по изучению иностранного языка страны-назначения. Для преодоления социальных барьеров Комиссия с 1960 года начала предоставлять гранты для студентов в целях обучения в другом государстве-члене ЕС, что впоследствии было предусмотрено и в первых образовательных программах обмена.

В связи с распространением мобильности возникла проблема признания степеней и периодов обучения в других государствах-членах. Об этом также позаботилась ЕК, которая осуществила соответствующий призыв государств о введении системы ECTS. Параллельно Комиссия не забывала осуществлять постоянный надзор за отношением к иностранным студентам (гражданам Союза) в странах ЕС, тем самым, пресекая всякую дискриминацию по признаку национальности человека [11, р. 9-10].

Существуют и другие примеры, свидетельствующие о безоговорочной роли ЕК в становлении образовательной политики ЕС. Однако, на этом ее деятельность не прекратилась, Комиссия является активным актером в формировании концептуальных и правовых основ образовательной политики ЕС и сегодня с единственной разницей, вызовы, стоящие перед Сообществом уже другие.

С учетом полномочий, которыми наделена ЕК, ее присутствие в образовательной политике ЕС реализуется через:

- разработку и выдвижение соответствующих инициатив в сфере образования, как политического так и правового характеров;
- надзор за успеваемостью внедрения и выполнения данных инициатив государствами-участницами;
- координацию и руководство инициативами в сфере образования, к примеру образовательными программами, в том числе выполнение их финансирования в соответствии с бюджетом ЕС;
- представительство ЕС в отношениях с другими субъектами международного права по вопросам сотрудничества в сфере образования.

Так, ЕК принимает участие в принятии политических решений об образовании путем инициации обсуждения на европейском уровне проблем в данной сфере, результатом которых будут выступать определенные выводы и рекомендации. Как правило, такие инициативы воплощаются в зеленых и белых книгах, подготовленных ЕК по вопросам образования. Наряду с этим, в своих докладах и сообщениях ЕК также может выносить на общественность конкретные проблемы в сфере образования и ставить перед государствами будущие задачи по их решению с установлением соот-

ветствующих индикаторов. Внедрение открытого метода координации значительно способствует ЕК налаживать контакты между государствами, стимулировать проведение широких дискуссий по вопросам образования, устанавливать целевые показатели и осуществлять процесс мониторинга за их достижением. При этом, Комиссия отмечает необходимость систематической отчетности государствами по выполнению задач в сфере образования и обмена опытом, что дает возможность применять лучшие практики. Система отчетности позволяет находить «слабые» места в образовательных системах государств-членов и побуждает их заполнять. Также Комиссия занимается публикацией программных документов, направленных на поощрение государств-членов ЕС лучше изучать конкретные направления образования и профессионального обучения.

Одновременно, ЕК выступает инициатором принятия правовых и законодательных актов в сфере образования, если это возможно в соответствии с положениями Лиссабонского соглашения. По общему правилу, ЕК принадлежит исключительное право на представление проекта акта, который в дальнейшем будет приниматься институтами ЕС с законодательными функциями. Однако, как справедливо отмечают Найл Наджент (Neill Nugent) и Марк Рхинард (Mark Rhinard) [10, р. 285] необходимо отметить, что у институтов ЕС существует своеобразное «право на просьбу», предусматривающие возможность обращения к Комиссии с просьбой подготовить соответствующий законопроект, при этом, на положительном ответе они настаивать не могут. С принятием Лиссабонского договора аналогичное право получили и граждане ЕС, которым необходимо собрать один миллион подписей для обращения с ходатайством в ЕК.

Таким образом, фактически единственным органом ЕС, который может выступить с законодательной инициативой является ЕК. Однако, следует отметить, что при подготовке соответствующих проектов ЕК оперирует не только собственными идеями и предложениями, она учитывает интересы Союза, его граждан и институтов. Для этого действуются процессы консультирования, которые могут проводиться с национальными и международными экспертами, межправительственными и неправительственными организациями и тому подобное. Отдельную группу консультирование составляют обязательные консультации (в определенных учредительными договорами случаях) со вспомогательными органами ЕС - Комитетом регионов и Экономическим и социальным коми-

тетом. Чаще всего законодательные предложения со стороны Комиссии выдвигаются не потому, что она сама определила проблемы и потребности, которые требуют решения, а потому, что она уважает учредительные договоры ЕС, международные обязательства Союза, или уже существующие политические обязательства требуют корректировки или развития.

Еще одной важной функцией Комиссии является осуществление текущей образовательной политики ЕС, то есть обеспечение ее координации, выполнения и управления, как это предусмотрено учредительными договорами. После принятия соответствующих законодательных актов ЕС в сфере образования, именно ЕК будет следить за их воплощением в жизнь, выполнять бюджет ЕС, осуществлять непосредственное руководство программами в сфере образования и ежегодно отчитываться об этом в Европейский парламент.

Наряду с этим Комиссия выступает своеобразным надзорителем за применением права ЕС, в том числе, в сфере образования, под непосредственным контролем Суда ЕС.

Также именно ЕК обеспечивает представительство Союза на международной арене. Обладая такой важной прерогативой управляемой деятельности как представительство во внешних сношениях, ЕК от имени ЕС поддерживает дипломатические отношения с другими международными организациями и государствами по вопросам образования. Особенно ощутимо участие ЕК в построении единого пространства высшего образования в Европе. Так, хотя и предусмотрена полная ответственность государств за их образовательные процессы, включая высшее образование, все прекрасно понимают, что без сплочения невозможно решить те проблемы, которые возникают в сфере образования и, тем самым, вывести ее на передовые позиции.

Тем не менее, правовые и политические препятствия мешают Комиссии в полной мере приблизиться к высшему образованию. Однако, она все же продолжает расширять свое участие в образовательной политике, поэтапно вводя дополнительные цели развития, необходимые для каждого государства-члена ЕС. Ей в этом значительно способствовали и продолжают способствовать два процесса, которые имеют веское влияние на высшее образование в Европе - Болонский и Лиссабонский. Болонский процесс выступает обязательствам между правительствами стран Европы перестроить свои системы высшего образования и Лиссабонская стратегия (процесс) была частью более широкой экономической платформы Союза,

включая сектор высшего образования [9, р. 203]. Непосредственным участником обоих выступала и продолжает выступать Европейская комиссия, которая призвана определять общий дискурс в сфере высшего образования в Европе. Объединяя цели Болонского процесса и стратегии ЕС «Европа 2020», пришедшей на смену Лиссабонской, ЕК определяет перспективы развития европейского пространства высшего образования и организует обсуждение по данному поводу.

Как и любая другая институция ЕС, ЕК имеет своё внутреннее строение, которое достаточно напоминает структуру национальных правительств, однако, в то же время характеризуется уникальностью, что вызвано особой правовой природой ЕС. Так, политическое руководство Комиссией осуществляется 28 членами - комиссарами (по одному от каждого государства-участника) во главе с Председателем. Вместе они образуют своеобразную «коллегию» (the college) комиссаров, которая принимает решение о политическом и стратегическом руководстве ЕК. В соответствии с положениями Договора о ЕС хотя комиссары назначаются на должности при непосредственном участии государств-участниц, в своей деятельности они являются полностью независимыми и призваны служить исключительно интересам Союза в целом, а не отдельных государств. Для практической реализации данного положения, странам-участницам запрещается любое давление на комиссаров, срок полномочий которых, составляет пять лет.

Комиссия организована вроде правительства. Каждый ее член имеет сферу своей ответственности (один или более секторов), в рамках которой он должен готовить мероприятия Комиссии и обеспечивать их решения. Распределение портфелей не является статичным и может изменяться Комиссией. Согласно Лиссабонского договора портфели распределяются между комиссарами Председателем с учетом позиции стран-участниц. Однако, как показывает практика, обязанности распределяются путем переговоров между странами [3, с. 47].

Поддержку и помощь комиссарам предоставляют частные офисы - кабинеты (cabinets), состоящие обычно от шести до восьми советников и вспомогательного персонала, которые закреплены за конкретными комиссарами. Таким образом, можно было бы подумать, что они вряд ли заслуживают отдельного внимания, однако, на практике они выступают в качестве связного элемента между комиссарами и административными службами Комиссии. Административные

службы Комиссии, в свою очередь, также могут быть разделены на составляющие: генеральные дирекции (Directorates General) и координационные и сервисные службы, среди которых наиболее важную роль играет Генеральный секретариат и юридическая служба [5, р. 4-5]. Генеральные дирекции или директораты отвечают за разработку, внедрение и управление отдельными секторами политик ЕС, правом и программами Союза. На данный момент функционирует 31 генеральный директорат [7]. В основном генеральные директораты, как и комиссары, имеют несколько направлений деятельности, что вызывает необходимость привлечения других директоратов. Каждый генеральный директорат возглавляется генеральным директором, который подотчетен одному или нескольким комиссарам. Председатель Европейской комиссии принимает решение о том, кто из комиссаров отвечает за то или иное направление политики и в течение какого периода времени. Генеральный директорат разрабатывают проекты законодательных актов, которые становятся официальными после принятия их на еженедельном заседании ЕК [3, с. 48].

Среди них вопросами образования занимается Генеральная дирекция по вопросам образования и культуры (Directorate General for Education and Culture - DG EAC), которая также отвечает за культуру, молодежную политику, спорт и языки. Политическое руководство данным Директоратом осуществляет Комиссар по вопросам образования, культуры, молодежи и спорта, который представляет его на коллегии комиссаров. Ежедневную деятельность в рамках Дирекции, соответственно, обеспечивает Генеральный директор, подотчетный Комиссару и занимается предоставлением соответствующих рекомендаций по образовательной политике ЕС и разработкой законодательных актов данного сектора.

В целом, деятельность DG EAC, по образовательной политики направлена на продвижение и углубление сотрудничества в данном секторе, налаживание коммуникации между странами, способствовать обмену опытом и лучшими практиками, поощрение совместных действий, направленных на улучшение образования в Европе. Вместе с тем, Генеральный директорат осуществляет непосредственное управление программой Эразмус+, которая направлена на повышение уровня образования и профессиональной подготовки в Европе, обеспечивая при этом доступ и возможности для обучения всем людям независимо от их возраста.

Также DG EAC разрабатывает стратегии, ко-

торые способствуют изучению языка и языкового разнообразия, подчеркивая, что в настоящее время есть 24 официальных языка ЕС и более 60 региональных языков и языков меньшинств. Знание языков предоставит гражданам больше возможностей и будет способствовать укреплению культурной самобытности. Он поддерживает актуализацию многоязычия в рамках различных стратегий и программ ЕС.

Отдельным сектором деятельности является поддержка действий Марии Склодовской-Кюри - инициативы ЕС, направленной на обеспечение развития карьеры и подготовки исследователей по всему миру. DG EAC способствует этому в основном за счет грантов на исследования и возможности мобильности исследователей [12].

Интересен факт, что с назначением Жан-Клода Юнкера (Jean-Claude Juncker) председателем ЕК в 2014 году, некоторые изменения произошли и в системе директоратов и подотчетным им сферам. Одно из таких изменений касалось образования взрослых и профессионального обучения. Эти два направления перешли от DG EAC в ведение Генерального директората по вопросам занятости, социальных дел и интеграции (Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion - DG EMPL) [8, p. 13] как ключевых факторов обеспечения занятости в рамках ЕС и борьбой с безработицей. В связи с этим, проекты актов касательно профессионального образования и образования взрослых проходят сложную процедуру подготовки и согласования в рамках двух директоратов ЕС.

Выводы. Таким образом их выше изложенного следует, что Европейская комиссия сыграла одну из решающих ролей в становление образовательной политики ЕС, в том числе ее правовых основ, как одного из направлений его сотрудничества и продолжает это делать и в дальнейшем, выступая разработчиком соответствующих инициатив в сфере образования, как политического так и правового характеров; надзорителем за внедрением и выполнением данных инициатив государствами-участницами; координатором и руководителем инициативами в сфере образования, к примеру образовательными программами, в том числе выполнение их финансирования в соответствии с бюджетом ЕС; а также предста-

вителем ЕС в отношениях с другими субъектами международного права по вопросам сотрудничества в сфере образования.

Список использованной литературы

1. Аракелян М. Р. Право Європейського союзу: підручн. для студ. вищих навч. закладів / М. Р. Аракелян, М. Д. Василенко. – Одеса: Фенікс, 2012. – 390 с.
2. Європейське право: Право Європейського союзу: підручник: у трьох кн. / за заг. ред. В. І. Муравйова. – К.: ІнЮре, 2015. – Кн. перша: Інституційне право Європейського Союзу / В. І. Муравйов, О. М. Шпакович, О. М. Лисенко, О. В. Святун. – К.: ІнЮре, 2015. – 312 с.
3. Пістракевич О. Політична та управлінська сутність Європейської комісії / О. Пістракевич // Державне управління та місцеве самоврядування / за заг. ред. С. М. Серьогіна. – Дніпропетровськ : ДРІДУ НАДУ, 2013. – Вип. 2(17). – С. 43-51.
4. Право Європейського Союзу : підручн. / за ред. О. К. Вишнякова. – Одеса : Фенікс, 2013. – 883 с.
5. At the Heart of the Union: Studies of the European Commission edited by Neill Nugent. – UK: Palgrave Macmillan. – 2000. – 345 p.
6. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union // Official Journal of the European Union. - C 326/01. – 2012. – 416 p.
7. Departments and executive agencies [Электронный ресурс] / Официальный сайт Европейской комиссии. – Режим доступа: https://ec.europa.eu/info/departments?field_core_topics_target_id_entityreference_filter=All&field_core_ecorganisation_value_i18n=Directorate-General&field_department_tasks_tid_entityreference_filter=All.
8. Guidebook to EU decision-making in education and training. – Lifelong Learning Platform. – 2015. – 55 p.
9. Keeling R. The Bologna Process and the Lisbon Research Agenda: the European Commission's expanding role in higher education discourse / R. Keeling // European Journal of Education. – 2006. – Vol. 41. – No. 2. – P. 203-223.
10. Nugent N., Rhinard M. The European Commission. Second edition / N. Nugent, M. Rhinard. – Basingstoke: Palgrave Macmillan. – 2015. – 432 p.
11. Petit I. Mimicking History: The European Commission and Its Education Policy / I. Petit // World Political Science Review. – 2007. – Vol. 3 (1). – P. 1-24.
12. The Directorate General for Education and Culture (DG EAC) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://ec.europa.eu/dgs/education_culture/.

Право Европейского Союза

УДК 34(3/9).

ОСНОВНЫЕ РЕФОРМЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО СТРОЯ И ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

Алимэ МАМЕДОВА,

аспирантка кафедры конституционного права и правосудия Одесского национального университета им. И.И. Мечникова

SUMMARY

The article is devoted to the description of the process of integration of the Republic of Turkey into the European Union from the very beginning to the present day. Despite the rather difficult path of joining the European Community, the state has been carrying out for many years many reforms, trying to comply with the EU's requirements for integration and conform to the canons of the modern European state. The changes of state and legal system which is connected with *acquis communautaire* adaptation and harmonization analyses in the article, and also reforms which criticizes by EC and leads to stop of integration process.

Keywords: Turkey, European Union, integration, reform, Copenhagen criteria, Ankara agreement, *acquis communautaire*.

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена описанию процесса интеграции Турецкой Республики в Европейский Союз от самых истоков и по сегодняшний день. Несмотря на довольно трудный путь присоединения к ЕС, государство на протяжении многих лет проводит множество реформ, пытаясь соблюдать требования ЕС к интеграции и соответствовать канонам современного европейского государства. Анализируются изменения правовой системы и государственного строя, связанные с гармонизацией и адаптацией к правовым достижениям ЕС и Копенгагенским критериям, а также реформы, вызвавшие критику со стороны ЕС и приостановление процесса интеграции.

Ключевые слова: Турция, Европейский Союз, интеграция, реформа, Копенгагенские критерии, Анкарское соглашение, *acquis communautaire*.

Постановка проблемы. Начиная с XIX в. Турция стала активно проявлять интерес к внедрению европейских стандартов. Данное государство одним из первых изъявляет желание присоединиться ко многим вновь возникшим в то время европейским организациям, при этом начав длительный и сложный процесс реформирования. Европейский настрой постепенно вводился во все сферы жизни страны – начиная от законотворческой до культурной и идеологической. После Второй мировой войны Турция активно присоединяется к многим европейским инициативам, становится членом Совета Европы, просит присоединения к ЕЭС. Но ни многочисленные реформы, ни кардинальные изменения не привели к конечному результату – вступлению Турции в Европейский Союз. Такой исход уже много лет по прежнему остается одной из главных целей и желаемых перспектив страны. Какие же реформы провела Турция на пути в ЕС? Как ее правовая система развивалась с учетом гармонизации и адаптации к нормам ЕС? Почему процесс интеграции был фактически приостановлен в 2017 году?

Актуальность. Учитывая вышеизложенное актуальность статьи состоит в анализе проблем и препятствий, мешающих турецкому государству стать полноправным членом ЕС. Значимость темы проявляется и в важности данных вопросов для иных стран, также проводящих евроинтеграционные процессы. В частности для Украины, которая тоже является ассоциированным членом, очень важно обратиться к опыту Турции, как с практической точки зрения, так и с научной. Ведь на сегодняшний день в работах отечественных ученых вопрос о влиянии права ЕС на государство и право Турции, ее правовую систему в целом в полной мере освещен не был.

Целью статьи является выявление и анализ проблем правовой интеграции Турции в Европейский Союз, проводимых в этом ракурсе реформ и влияния стандартов ЕС на государственный строй и правовую систему Турции.

Изложение основного материала исследования. Необходимо отметить, что традиция европеизации, понимаемая, прежде всего, как приобщение к достижениям и ценностям европейской цивилизации, имеет в Турции глубокие

корни, уходящие еще в османские времена. Турция начала реализовывать проект по вестернизации (модернизации) по западному образцу экономической, политической и социальной жизни еще во времена Османской империи в XIX в. В результате государство рассчитывало достичь уровня развития благополучных европейских стран и занять в европейской цивилизации достойное место.

Линия на европеизацию страны была продолжена и еще более усиlena после провозглашения Турецкой Республики (1923 г.), созданной под руководством молодых офицеров с европейским образованием, во главе которых встал Мустафа Кемаль Ататюрк. Турецкая Республика, базировалась на совершенно отличных принципах от бывших в султанате. Если Османская империя объединяла свои территории, населенные турками и арабами, при помощи ислама, то Турецкая Республика провозгласила приверженность секуляризму.

Наряду с секуляризмом М.К. Ататюрком в основу новой республики были заложены принципы национализма и этатизма, что на практике предполагало создание нового государства в границах Анатолии – территории традиционного расселения турок; обладающего широкими возможностями вмешательства во все сферы общественной жизни и выступающего гарантом защиты общества от политического ислама – в соответствии с европейскими традициями секуляризма, ислам был ограничен только религиозной сферой [1, 65].

Именно в 20-30-е годы были проведены фундаментальные реформы, заложившие основы государственного строя современной Турции и во многом предопределившие необратимость европеизации страны. К их числу относятся отмена халифата (1924 г.) и отделение религии от государства, введение секуляристского законодательства по европейским образцам (введение кодифицированных актов в 1926 г.), переход к международной системе мер и латинскому алфавиту (1928 г.).

Вместе с тем процесс европеизации общественной жизни в Турции в тот период сопровождался начавшимся в 1929 г., после краткого периода либерального развития, вытеснением из страны иностранного капитала в соответствии с принятой концепцией этатизма.

Новый этап в отношениях Турции с западноевропейскими странами начался после 1945 г. К окончанию второй мировой войны турецкая экономика подошла в значительной степени обе-

скровленной. В условиях, когда прежняя «националистическая и этатистская» модель развития оказалась неэффективной перед лицом внешних обстоятельств, турецкое руководство столкнулось с необходимостью поиска новой концепции национального экономического развития. Наиболее быстрый и, пожалуй, единственно возможный в тех условиях выход был найден в подключении Турции к послевоенным экономическим программам западных стран, в том числе и путем вхождения в различные их организации и группировки.

Надо отметить, что Турция всегда демонстрировала политическую волю и желание участвовать во всех значительных событиях и интеграционных процессах, ставших отличительной чертой послевоенной европейской истории.

Так, следует упомянуть об участии Турции в «плане Маршалла» — в 1948 г. страна вошла в Организацию европейского экономического сотрудничества (ОЕЭС), позднее преобразованную в Организацию экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). Ранее, в 1947 г., Турция вступила в МВФ и МБРР; в 1951 г. — в ГАТТ, а в 1952 г., одновременно с Грецией, — в НАТО. После вступления в НАТО Турция в 1953 г. направила своих солдат в Корею, стала членом Совета Европы [1,65].

Турция также стала одной из первых стран, которые пожелали присоединиться к ЕЭС и направила запрос на вступление в эту организацию, ставшей предшественницей ЕС. Первая заявка Турции на ассоциированное членство в Европейском сообществе была подана еще 31 июля 1959 г. правительством Мендереса. Эта заявка, однако, была «положена под сукно» Комитетом национального единства (КНЕ), возглавившим страну после переворота 27 мая 1960 г., но была подана вновь при правительстве Иненю в 1961 и 1962 гг. 25 июля 1962 г. Совет Министров ЕЭС инструктировал Комиссию возобновить переговоры, которые затем привели к успешному достижению Соглашения об ассоциации, подписанного в Анкаре 12 сентября 1963 г. и вступившего в силу с 1 декабря 1964 года (Анкарское соглашение) [2, 27]. По этому документу предполагались три стадии интеграции — предварительная, создание Таможенного союза и завершающая — полноправное членство. Данный акт стал рамочным документом во взаимоотношениях Турции с ЕЭС, а затем и ЕС [4].

Таким образом, это стало первым шагом на «долгой и узкой дороге с различными препятствиями», как позднее турецкий президент Т.

Озаль охарактеризовал процесс вступления в ЕС [3].

В связи с тем, что Турция, не являясь членом Сообщества, не могла быть представлена в его органах, Анкарское соглашение предусматривало создание между Турцией и ЕЭС двусторонних «органов ассоциации», отвечающих статусу Турции в тот период. Основным таким органом стал Совет Ассоциации, образуемый членами турецкого правительства, с одной стороны, и представителями правительства стран-членов ЕС и руководящих органов Сообщества (Совета и Комиссии ЕС) — с другой. Решения в Совете Ассоциации принимаются консенсусом, в связи с чем каждая из сторон практически обладает правом вето на принимаемые решения.

Кроме Совета Ассоциации и в качестве подчиненных ему органов были созданы также Комитет Ассоциации (на уровне послов), представляющий собой постоянно действующий орган управления Ассоциацией, и Смешанная парламентская комиссия, состоящая из 36 членов Европарламента и Великого Национального Собрания Турции (по 18 с каждой стороны) и призванная быть органом демократического контроля за развитием Ассоциации (обладает правом принятия лишь рекомендательных решений) [4].

Важной особенностью Анкарского соглашения стал его общий, «рамочный» характер. Этот акт, определивший основные принципы ассоциации Турции в ЕЭС, должен был быть развит рядом дополнительных протоколов, финансовых протоколов и решений Совета Ассоциации.

Другой особенностью данного Соглашения, на которую часто обращают внимание в Турции, является то, что в его ст. 28 было предусмотрено получение Турцией статуса полноправного члена Сообщества в течение срока осуществления договора. Можно с уверенностью сказать, что данное соглашение явилось отражением долгосрочных стратегических установок обеих сторон на взаимное сближение. Для Турции оно стало, с одной стороны, продолжением курса на «европеизацию», начатого еще с османского периода, а с другой — отражением политики нового режима, пришедшего к власти 27 мая 1960 г., направленной на отказ от практически односторонней ориентации на США, на расширение внешнеполитических и внешнеэкономических связей Турции.

Несмотря на то, что в 1996 г. реализация Соглашения, наконец, привела к созданию Таможенного союза, полноправное членство по прежнему остается одной из главных целей и перспектив для Турции.

На данном этапе сферы торговли товарами между Турцией и Европой, которая получает более половины турецкого экспорта, тесно связаны. Кроме того, Турция приняла внешние тарифы, а также некоторые законы, облегчающие конкуренцию. Фактически турецкие товары, определенные в Соглашении и дополнительных протоколах к нему, безбарьерно торгуются в Европе. В то же время, по прежнему остается большое количество торговых барьеров. Например, сельскохозяйственные товары, которые составляют до 15% турецкого экспорта, до сих пор исключены из норм Соглашения о свободной торговле [5, с. 143].

Среди проблем, которые ЕС считало на тот момент основными препятствиями на пути ко вступлению, выделяют: полуавторитарную политическую систему с высокой ролью военных, периодически вмешивающихся в политический процесс путем запрета партий, объявляющих угрозой государственной безопасности, или даже путем государственного переворота; недемократическое гражданское общество, в котором нарушаются права и свободы человека; нелиберальная юридическая система, неотъемлемым атрибутом которой являются пытки [1, 66].

Следует отметить, что Турция приложила немалые усилия в борьбе с указанными проблемами и для выполнения вступительных требований. Но вплоть до середины 80-х годов правящие круги Турции не проявляли особого энтузиазма в вопросе проведения фундаментальных реформ, направленных на искоренение указанных выше недостатков.

Так, период пребывания на посту президента Т. Озала знаменателен робкими попытками либерализации на фоне подачи официальной заявки на членство в ЕС в 1987 г. Например, запрет на использование курдского языка был снят; были признаны компетенция Европейской комиссии по правам человека выслушивать индивидуальные жалобы, а также обязательная юрисдикция Европейского суда по правам человека [3, с. 51].

Тем не менее, эти реформы не произвели значительных изменений в политической, экономической и социальной сферах. В 1993 г. Евросоюз выделил Копенгагенские критерии, что вновь заострило внимание на критической необходимости проведения структурных реформ для вступления.

В числе данных критериев выделяют следующие группы: в политической сфере – устойчивые демократические и правовые институты, обеспечивающие уважение прав человека, что также

предполагает права этнических меньшинств, исключение пыток и т.д.; в экономической сфере – развитая рыночная экономика, предполагающая либерализацию цен и системы внутренней торговли, а также создание законодательной базы для защиты собственности. И наконец, третья группа – приверженность ценностям объединенной Европы. О проблемах с достижением Копенгагенских критериев пишут многие авторы, исследующие проблемы интеграции, в частности Гаджиев А.Г., Кудряшова Ю.С., Ульченко Н.И. [6;7;8].

Однако правящие круги Турции не сразу осознали необходимость выполнения Копенгагенских критериев для вступления в ЕС. Лишь решение, принятое на саммите в Хельсинки в 1999 г., когда Турция была названа в числе кандидатов на членство в ЕС, стало поворотным моментом в отношении турецкой власти к вопросу реформирования страны. [6, 127]. Так, например, по мнению О. Вардана, именно после судьбоносного решения хельсинкского саммита правительство Турции поверило всерьез в возможность вступления государства в Евросоюз при условии выполнения Копенгагенских критериев [3, с. 51].

В 2001 г. были разработаны поправки к турецкой Конституции, а также девять пакетов по гармонизации, один из которых был поистине революционным, так как он впервые закрепил существование этнического меньшинства (курдов). Более того – были разрешены теле- и радиопередачи на курдском, а также преподавание на курдском языке в частных школах. С приходом в 2002 г. к власти Партии справедливости и развития процесс реформ был продолжен с большей интенсивностью [1, 67].

Партия справедливости и развития инициировала ряд структурных реформ во всех сферах жизни. Так, Совет Национальной безопасности был трансформирован в гражданский орган с консультативными полномочиями, что существенно снижало возможность вмешательства в политику со стороны военных; был снят запрет на обучение на языках этнических меньшинств, включая курдский; были внесены смягчающие поправки в Гражданский кодекс и закон о прессе; официально провозглашено равенство прав мужчин и женщин; был отменен режим чрезвычайной ситуации в юго-восточных районах страны; провозглашен примат международного права; определение терроризма, данное в Конституции, было смягчено; отменена смертная казнь в мирное время; также были приняты меры по искоренению пыток [3, с. 51; 10].

Учитывая необходимость адаптации гражданского законодательства к новым социальным, экономическим и иным реалиям жизни страны 22 ноября 2001 г. турецкий парламент принял новый Гражданский кодекс. Среди важнейших изменений следует отметить полное уравнивание в правах супругов, повышение минимального брачного возраста до 17 лет, устранение юридической дискриминации внебрачных детей и расширение свободы завещания [18].

Все вышеуказанные действия турецкого правительства, и результаты этих реформ, не остались без внимания. И уже 3 октября 2005 г. ЕС принял решение начать переговоры с Турцией о вступлении [11, с. 20].

Данное событие стало триумфом Партии справедливости и развития, которая доказала, что она в силах реализовать мечту турецкого государства и народа. Народ всячески демонстрировал поддержку правящей партии и ее курсу на вступление страны в Евросоюз. В 2004 г. эту идею одобряли более 70% населения. Однако впоследствии эта цифра стала неуклонно снижаться, и в 2010 г. составила менее 40%. Это связано, в первую очередь, с замедлением процесса внутриполитических реформ, а также с неопределенностью перспектив вступления страны в ЕС [11, с. 20].

Проходящие в государстве евроинтеграционные процессы оказали свое влияние и на законотворческую деятельность в коммерческой сфере. Поэтому 13 января 2011 года в Турции был принят новый Торговый кодекс. Данный акт содержит положения о недобросовестной конкуренции (статьи 54-63), о нераскрытой информации (статьи 55(б-3 и д)), о фирменных (торговых) наименованиях (статьи 11(3), 42(2), 44, 53 и 55(3)), а также о защите прав на другие объекты интеллектуальной собственности (статьи 4(д), 11(3), 342 и 581). Кроме соблюдения европейских стандартов, данный нормативный акт реализует общепринятую финансовую отчетность и принципы аудита [19].

Несмотря на проведенные реформы и изменения, еще одной проблемой, осложняющей и замедляющей процесс переговоров, является несоответствие политической, экономической и судебной систем Турции требованиям, которые предъявлялись ЕС к кандидатам на вступление. Поэтому для достижения успеха в переговорах о вступлении Турции необходимо провести серьезную либерализацию экономики и политической сферы. Так как стабильность и демократия необходимы для продолжения интеграции [5, с. 142].

Тем не менее, турецкая экономика продолжает показывать свой большой потенциал и стабильность, и лучшим свидетельством этого служат успехи по выходу из мирового финансового кризиса. Так, например, ни один из турецких банков не обанкротился.

Если же говорить о государственном строе и, в частности, политическом режиме страны, то Евросоюз ожидает, прежде всего, интенсификации начатых в 2002–2005 гг. реформ, главным образом в области защиты прав человека, прав заключенных, прав этнических и религиозных меньшинств, оппозиции, свободы слова и развития национальной культуры.

Несмотря на долгий перерыв в осуществлении реформ (после прорыва 2002–2005 гг. Партия справедливости и развития не смогла продолжить реформирование в заданном темпе), а также сложную внутриполитическую ситуацию, Партии справедливости и развития удалось инициировать конституционную реформу, направленную на дальнейшую либерализацию.

Еще в начале 2010 г., будучи премьер-министром Р. Эрдоган вынес на рассмотрение парламента ряд поправок в действующую Конституцию 1982 г., принятую после военного переворота 1980 г. Несмотря на то, что поправки в текст Конституции вносились неоднократно, основные положения, которые предусматривали механизмы контроля за внутриполитической ситуацией со стороны армии и судебского корпуса, остались без изменения. В связи с этим правящая партия, несмотря на жесткую критику и обвинения в инициировании поправок с целью усиления собственного влияния и ослабления светских сил, сумела вынести пакет поправок под эгидой евроинтеграции вначале на обсуждение в парламент, а затем и на референдум [1, 68].

В ходе референдума, который состоялся 12 сентября 2010 г., предложенные правительством поправки были одобрены 58% избирателей [12].

Таким образом, впервые в истории Турецкой Республики в отношении военных (при совершении ими преступлений против безопасности государства и конституционного строя) установлена юрисдикция гражданских судов; введена подсудность высших военачальников; отменена ст. 15 Конституции, гарантирующая юридическую защиту и неприкосновенность организаторам военного переворота 1980 г.; расширен состав Конституционного суда (КС), а также Высшего совета судей и прокуроров. Также, в соответствии с поправками, были расширены демократические права и свободы граждан: введен институт ом-

будсмена, физические лица теперь имеют право подавать жалобы в КС; госслужащие получили возможность проводить забастовки, в том числе с политическими требованиями [1,68].

Евросоюз выразил поддержку конституционной реформе в Турции. Еврокомиссар по политике расширения ЕС Ст. Фюле заявил, что «этот реформа – движение в верном направлении» [12].

К числу вопросов, затрудняющих процесс переговоров о вступлении, относится и Кипрский вопрос. В 2005 г. после начала переговорного процесса ЕС потребовал от Турции распространить Анкарское соглашение 1963 года на десять новых государств – членов объединенной Европы, в том числе и на Республику Кипр (греческую часть острова), не признаваемую Турцией. Распространение данного договора означает на практике открытие Турцией своих портов, аэропортов и воздушного пространства для жителей Кипра [3, с. 53].

В 2005 г., чтобы не осложнять переговорный процесс, правительство Турции подписало Дополнительный протокол к Анкарскому соглашению, выпустив при этом декларацию о том, что подписание данного протокола не означает признание Республики Кипр. Более того, Турция отказывается открыть свои порты, аэропорты и воздушное пространство для греческого Кипра, тем самым отказываясь выполнять условия подписанныго протокола. В свою очередь ЕС продолжает требовать от Турции соблюдения положений Дополнительного протокола, настаивая на том, что «договоры должны соблюдаться» (*recta sunt servanda*) [1,68].

ЕС приостановила открытие восьми глав Соглашения, связанных с правовыми достижениями *acquis communautaire*, касающихся Таможенного союза до окончательного решения данного вопроса: свободное передвижение товаров (гл. 3); право на установление и свобода оказания услуг (гл. 9); финансовые услуги (гл. 11); сельское хозяйство и развитие села (гл. 13); рыболовство (гл. 14); транспорт (гл. 29); Таможенный союз и внешние связи (гл. 30) [4].

Таким образом, на настоящий момент Турция смогла реализовать положения только 13 из 35 глав, касающихся имплементации *acquis communautaire*, и успешно закрыть только одну – по науке и исследованию.

Несмотря на сложность ситуации по Кипрскому вопросу, переговоры между лидерами греческой и турецкой общин острова продолжаются.

Однако по результатам прошедших в апреле 2010 г. в самопровозглашенной Турецкой Респу-

блике Северного Кипра (ТРСК) выборов победу одержал занимавший пост премьер-министра Д. Эргоглу, не отрицающий необходимости продолжения переговоров, но настаивающий на независимости турко-кипрского государственного образования. Данное явление приведет к фактической невозможности создания двухзоноальной федерации, как это предусмотрено резолюцией ООН.

Сегодня большой проблемой на пути Турции к вступлению является и так называемый «евроскептицизм», играющий далеко не последнюю роль в торможении реформ и продвижении переговоров по вступлению. Как указывалось выше, с момента подачи Турцией первой заявки на присоединение к ЕЭС прошло более 50 лет, а полноправное членство по сей день остается перспективой. Все это отражается на настроении турецкого населения, которое считает, что ему не рады в объединенной Европе. Большую роль в дезориентации населения страны играет и двойственная политика самого ЕС. Так, в рамочном документе по переговорам с Турцией указано следующее: «согласно решению Европейского Совета от декабря 2004 г. ... целью переговоров является вступление. Временные рамки переговоров не ограничены, а их итог не может быть гарантирован», что, по сути, означает альтернативу полному членству – так называемое «привилегированное партнерство» [13, с.74;14].

Идея такой альтернативы поддерживается преимущественно Германией и Францией (последняя является одним из наиболее последовательных противников вступления Турции в ЕС). Так, еще в период своей президентской кампании Н. Саркози заявил, что «Европа должна иметь границы, и не все страны могут стать ее членами, начиная с Турции, которой нет места в ЕС» [13, с.75].

Важно отметить, что Н. Саркози не ограничился только заявлениями. Так, Франция наложила вето на открытие пяти дополнительных глав *acquis communautaire*. Улучшения в отношениях не принес и год Турции во Франции, который проходил с июля 2009 по апрель 2010 г. и дал возможность простым французам познакомиться с турецкой кухней, музыкой и искусством. Несмотря на затраченные на проведение мероприятий большие средства (около 23 млн евро), большинство европейских и азиатских СМИ оценили его итоги как неудачные. Например, на заключительном мероприятии в Версальском дворце с турецкой стороны присутствовали премьер-министр, министр иностранных дел и

ряд других высокопоставленных чиновников, в то время как с французской – лишь председатель парламента и директор Версаля [15].

Не слишком благосклонна к Турции и Германия под руководством А. Меркель. Но итоги визита бундесканцлера в Турцию в марте 2010 г. еще раз продемонстрировали важность этой страны для Германии и с экономической точки зрения. Так, объем немецко-турецкой торговли составляет четверть торговых отношений со всеми 27 странами ЕС. А в сфере geopolитики Турция является важным посредником в Ближневосточном урегулировании, сдерживании Ирана, а также обеспечивает альтернативный доступ (в противовес «российскому оружию», т.е. нефтепроводу) к среднеазиатской и арабской нефти [16].

В вопросе же вступления Турции в ЕС Германия настаивает на неукоснительном соблюдении Турцией вступительных критериев, но согласно заявлению, которое было сделано вице-канцлером Германии Г. Вестервелле в июле 2010 г. в ходе визита в Анкару, Турция не готова к полноправному членству [6, 129].

В противовес вышесказанному, большую поддержку к полноправному членству продолжает оказывать Турции Великобритания. Так, во время визита в Турцию бывшего премьер-министра Великобритании Д. Кэмерона был подписан новый вариант двустороннего договора, который предусматривает более тесное сотрудничество в сферах торговли, обороны и культуры. Но наиболее интересными являются высказывания Д. Кэмерона о необходимости прекратить создание «искусственных преград» на пути Турции к полноправному членству в ЕС. Кроме того, Д. Кэмерон к противникам Турции причислил консерваторов, которые обеспокоены растущей экономической мощью этого государства; сторонников полюсной конфигурации Европы в виде Запад – Восток; и носителей предрассудков в отношении ислама. Роль же Британии в данном аспекте заключается по мнению политика в опровержении таких стереотипов и поддержке Турции [17].

ЕС же на сегодняшний день выражает недовольство Турции на предмет нарушения прав и свобод человека, несоблюдение демократических ценностей и преследование политических оппонентов [20].

16 апреля 2017 года в Турции был проведен конституционный референдум, который повлек еще более активную критику со стороны Европейского сообщества. Основным вопросом, вынесенным на референдум стало одобрение 18

поправок к действующей Конституции, предусматривающих увеличение числа депутатов парламента, отмену поста премьер-министра, реформирование Верховного совета судей и прокуроров, а также переход от парламентской формы правления к президентской республике [21].

Европейский парламент на проведенный референдум и непосредственно на его результаты отреагировал принятой 6 июля 2017 года резолюцией о приостановлении переговоров о членстве Турции в ЕС в случае, если Турецкая Республика продолжит внедрение изменений в Конституцию, принятых на референдуме [20].

Справедливо отметить, что, несмотря на все выше перечисленные проблемы турецкой евроинтеграции, существуют преимущества от принятия Турции для самого Евросоюза.

Во-первых, стратегическая важность геополитического положения этой страны позволяет ей играть важную роль в таких регионах, как Ближний Восток, Средняя Азия, Черноморский регион, в арабском мире. Турция является уникальным государством, состоящим одновременно в Совете Европе, НАТО, ОЭСР, «Большой двадцатке», ОИК. Этот опыт и возможности могут быть использованы Евросоюзом не только для обеспечения безопасности и диверсификации транзита энергоресурсов, но и для урегулирования конфликтов, дипломатического посредничества, что, несомненно, позволит ЕС укрепить свои позиции и авторитет в ключевых регионах. Еще одним достоинством Турции является также ее уникальное географическое положение и богатая история. Все это может сыграть важную роль при налаживании отношений христианской Европы с мусульманским меньшинством. Сам Евросоюз в ежегодном Докладе о прогрессе Турции на пути вступления в ЕС отмечает важную роль Турции в диалоге цивилизаций. Так, по мнению Т. Бабали, «принятие Турции в ЕС предполагает замену предрассудка толерантностью» [2, с. 32].

Будучи одновременно мусульманским, секулярным и демократическим государством, Турция может стать привлекательным примером для других мусульманских стран, заинтересованных в адаптации западных идей и ценностей [2, с. 33].

Выводы. В целом, Турция прошла огромный путь в реализации своей евроинтеграционной стратегии, стала кандидатом на вступление в ЕС, провела основные реформы с целью адаптации и гармонизации своего права со стандартами Евросоюза, приняты изменения в Конституцию, Гражданский кодекс, Уголовный Кодекс, полно-

стью обновлен Торговый кодекс, Таможенный кодекс и большинство законов. Реформы, проводимые в целях адаптации и гармонизации права с *aquis communautae* единой Европы, в принципе были удачны. Особенno стоит отметить положения частного права, которые подверглись основному пересмотру и приведению в соответствие со стандартами ЕС. И, хотя сегодня не выполнены Копенгагенские критерии для вступления, есть нарекания со стороны ЕС, связанные с правами человека, статусом оппозиции и правящей партии, реформированным с целью усиления положением Президента и в целом кардинальным изменением государственного строя (формы правления, политического режима), преследованием критикующих Президента и др., для Украины опыт Турции будет крайне полезным на пути нашей страны по вступлению в ЕС, его стоит подробнее анализировать, чтобы не сделать тех ошибок, которые были допущены Турцией и затянули процесс ее вступления в ЕС.

Список использованной литературы

1. Сочнева И.А. Проблемы и перспективы вступления Турции в ЕС / И.А. Сочнева – Вестник международных организаций. - 2011. - № 1 (32). – С.65 - 71
2. Babali T. Losing Turkey or Strategic Blindness? / T. Babali// Turkish Policy Quarterly – 2009 – № 3 – Р. 27– 38.
3. Vardan Ö. Turkey EU Relations and Democracy in Turkey: Problems and Prospects / Ö Vardan // Turkish Policy Quarterly – 2009 – №1 – Р. 49–57.
4. Agreement establishing an Association between the European Economic Community and Turkey [Electronic resource] – Access mode: <http://trade.ec.europa.eu>. – Screen name
5. Winkler N. Leaving the Rollercoaster: Turkey, Stability and the EU / N. Winkler // Turkish Policy Quarterly – 2005 – №3 – Р. 141–150.
6. Гаджиев А.Г. Процесс вступления Турции в ЕС и Копенгагенские критерии / А.Г. Гаджиев //Институт Ближнего Востока, Институт востоковедения РАН. Современная Турция: проблемы и решения – М., 2006 – С. 123–132.
7. Кудряшова Ю.С. Копенгагенские критерии ЕС и Турция / Ю.С. Кудряшова // Институт изучения Израиля и Ближнего Востока. Современный исламский Восток и страны Запада – М., 2004 – С. 118–120.
8. Ульченко Н.И. Турция – ЕС: экономические аспекты партнерства / Н.И. Ульченко // Современный исламский Восток и страны Запада. Институт изучения Израиля и Ближнего Востока – М., 2004 – С. 86–101.
9. 1999 Regular Report from the Commission on Turkey's Progress towards Accession[Electronic resource]– Access mode: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/archives/pdf/key_documents/1999/turkey_en.pdf – Screen name
10. Зиганшина Г.М. Турция и ЕС: социально-правовые и

политические аспекты интеграции/ Г.М. Зиганшина // Ближний Восток и современность / Институт изучения Израиля и Ближнего Востока – М., 2004 – № 24 – С. 155–160.

11. Sungar M. EU Negotiations: Prospective Effects on Public Administration and Regional Development / M. Sungar // Turkish Policy Quarterly – 2005 – № 3 – Р. 19– 24.

12. Гурьев А.А. К некоторым оценкам конституционного референдума в Турции/ А.А. Гурьев // Институт изучения Израиля и Ближнего Востока. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.iimes.ru/rus/stat/2010/17-10-10b.htm>

13. Ühisarcıklı Ö. EU, Turkey and Neighborhood Policies / Ö. Ühisarcıklı // Turkish Policy Quarterly –2009 – №3 – Р. 73–82.

14. Negotiating Framework [Electronic resource]– Access mode: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/turkey/st20002_05_tr_framedoc_en.pdf – Screen name

15. Аватков В.А. Привел ли «сезон Турции во Франции» к потеплению между Анкарой и Парижем?/ Институт изучения Израиля и Ближнего Востока. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.iimes.ru/rus/02.11.10/frame_stat.html

16. Берг И.С. О визите канцлера ФРГ Ангелы Меркель в Турцию / Институт изучения Израиля и Ближнего Востока. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.iimes.ru/rus/stat/2010/02-04-10b.htm>

17. Adler K. Cameron “Anger” at Slow Pace of Turkish EU Negotiations [Electronic resource]– Access mode: <http://www.bbc.com/news/uk-politics-10767768> – Screen name

18. Türk Medeni Kanunu [Elektronik kaynak] – Erişim modu: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> – Ekran adı.

19. Türk Ticaret Kanunu [Elektronik kaynak] – Erişim modu: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6102.pdf> – Ekran adı.

20. Панченко Ю. Европарламент призвал остановить переговоры о вступлении Турции в ЕС / Ю. Панченко [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://www.eurointegration.com.ua/rus/news/2017/07/6/7068145/> – Название с экрана.

21. Коваль Н. Новая турецкая республика: мечты и действия Реджепа Эрдогана / Н. Коваль [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://www.eurointegration.com.ua/rus/articles/2017/01/10/7059808/> – Название с экрана.

Dreptul contraventional

УДК 342.9

ПО ПОВОДУ СОДЕРЖАНИЯ КОМПЕТЕНЦИИ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ В СФЕРЕ АДМИНИСТРАТИВНО- ЮРИСДИКЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Светлана ШОПТЕНКО,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры юридических дисциплин Сумского филиала
Харьковского национального университета внутренних дел

АННОТАЦИЯ

В статье исследуются содержание, особенности и структура компетенции правоохранительных органов в сфере административно-юрисдикционной деятельности. На основе анализа научных взглядов на содержание компетенции определено понятие и особенности компетенции правоохранительных органов в сфере административно-юрисдикционной деятельности. Выяснено структуру компетенции правоохранительных органов. Охарактеризованы предметы ведения данных субъектов в сфере административно-юрисдикционной деятельности. Определено понятие и содержание полномочий правоохранительных органов как субъектов административно-юрисдикционной деятельности.

Ключевые слова: компетенция, правоохранительные органы, предметы ведения, полномочия, права, обязанности.

SUMMARY

The article deals with the content, features and structure of the competence of law-enforcement bodies in the field of administrative and jurisdictional activity. On the basis of the analysis of scientific views on the content of competence, the concept and features of the competence of law enforcement bodies in the field of administrative and jurisdictional activity were defined. The structure of the competence of law enforcement bodies was revealed. The subjects of authority in the field of administrative and jurisdictional activity were described. The concept and content of law enforcement bodies' powers as subjects of administrative and jurisdictional activity were defined.

Keywords: competence, law enforcement bodies, subjects of authority, powers, rights, duties.

Постановка проблемы. Конституция Украины закрепила существование в государстве системы правоохранительных органов, которые выполняют задачи по обеспечению законности и правопорядка в стране. Именно они обязаны осуществлять профилактику и предупреждение совершения противоправных действий, выявление и раскрытие правонарушений, обеспечивать привлечение виновных лиц к ответственности, а также устранять причины и условия, способствовавшие совершению правонарушений или преступлений. Одним из основных направлений такой правоохранительной деятельности является и административно-юрисдикционная деятельность, как работа связана с решением административных споров, возникающих в результате нарушения прав, свобод или законных интересов физических или юридических лиц. Для эффективной работы в данном направлении правоохранительные органы наделяются определенным объемом прав и обязанностей, которые в своей совокупности формируют их компетенцию.

Актуальность темы исследования подтверждается тем, что в настоящее время практически нет ни одной фундаментальной работы, посвященной компетенции правоохранительных органов в сфере административно-юрисдикционной деятельности.

Состояние исследования. Исследованию вопросов административной деятельности правоохранительных органов уделяли внимание такие ведущие ученые, как В.Б. Аверьянов, О.Ф. Андрийко, А.М. Бандурка, В.Т. Белоус, Ю.П. Битяк, А.П. Гетьман, И.П. Голосниченко, В.Л. Грохольский, С.Н. Гусаров, А.Н. Клюев, А.Т. Комзюк, В.К. Колпаков, С.Ф. Константинов, А.Н. Кулиш, А.Н. Музычук, В.И. Олефир, Н.И. Панов, В.П. Петков, Т.А. Проценко, Е.П. Рябченко, А.А. Селиванов, С.Г. Стеценко, Ю.С. Шемшученко, В.К. Шкарупа, Х.П. Ярмаки, А.Н. Ярмыш и другие. В то же время компетенция правоохранительных органов в сфере административно-юрисдикционной деятельности требует дополнительного комплексного исследования.

Целью данной статьи является определение

содержания, особенностей и структуры компетенции правоохранительных органов в сфере административно-юрисдикционной деятельности. Для достижения поставленной цели необходимо решить следующие задачи: на основе анализа научных взглядов на содержание компетенции определить понятие и особенности компетенции правоохранительных органов в сфере административно-юрисдикционной деятельности; выяснить структуру компетенции правоохранительных органов; охарактеризовать предметы ведения данных субъектов в сфере административно-юрисдикционной деятельности; определить понятие и содержание полномочий правоохранительных органов как субъектов административно-юрисдикционной деятельности.

Изложение основного материала исследования. Слово «компетенция» в переводе с латинского означает «принадлежность по праву», а содержательная суть его включает в себя две составляющие: «круг полномочий какого-либо органа или должностного лица; круг вопросов, в которых данное лицо обладает познанием, опытом» [1, с. 24]. Ю. С. Шемчущенко указывает, что компетенция представляет собой совокупность установленных в официально-юридической или неюридической форме прав и обязанностей любого органа или должностного лица, которые определяют возможности этого органа или должностного лица принимать обязательные к исполнению решения, организовывать и контролировать их выполнение, принимать в необходимых случаях меры ответственности [2, с. 196]. Ученый акцентирует внимание на том, что компетенцией есть права и обязанности определенного властного субъекта, с помощью которых он выполняет свои задачи.

По мнению О.Ф. Скаакун компетенция государственного органа (правительства, министерства, парламента, органов суда, прокуратуры и др.) - это закрепленная законом (или иным нормативным актом) совокупность его властных полномочий (прав и обязанностей), юридической ответственности и предмета ведения [3, с. 363]. Автор добавляет к правам и обязанностям еще и юридическую ответственность и предмет ведения. С этим мнением нельзя полностью согласиться, поскольку компетенция включает права и обязанности, необходимые субъекту для выполнения его задач, а вот за их невыполнение или злоупотребления правами применяются меры юридической ответственности. Таким образом, ответственность нельзя отнести к содержанию компетенции, поскольку она является тем средством, с помощью которого субъект выполняет свою работу. Ее лучше отнести к другим

элементам административно-правового статуса субъекта. Что касается предметов ведения, то действительно они являются элементом компетенции, поскольку отражают ту сферу, где человек может реализовать свои права и обязанности.

Н.А. Армаш рассматривает компетенцию субъекта государственной власти как элемент правового статуса, который отражает совокупность юридически установленных прав и обязанностей органа власти или его руководителя, реализация которых обеспечивает выполнение их основных функций [4]. Данное определение не отражает всего содержания компетенции, поскольку в нем не акцентировано внимание на такой составляющей, как сфера, где могут быть реализованы полномочия субъекта.

Компетенцию органов внутренних дел в сфере охраны общественного порядка на местном уровне А. Н. Клюев определил как совокупность определенных в нормативно-правовых актах прав, обязанностей и функций органов и подразделений системы Министерства внутренних дел, с помощью которых выполняются поставленные перед ними правоохранительные задачи соответственно и в пределах установленной территориальной подведомственности [5, с. 63]. В указанном определении к элементам компетенции добавляется еще один элемент - функции, что свидетельствует о том, что предоставленные субъекту права и обязанности должны быть реализованы в определенных направлениях. В то же время функции принято относить к целевому блоку административно-правового статуса субъекта, а не к компетенции.

Довольно интересно подходит к определению понятия «компетенция» Б. М. Лазарев, который отмечает, что вышеприведенный термин имеет два значения: первое - круг вопросов, в которых данное лицо или лица имеют знания («знают что-то»), и второе - круг полномочий (прав и обязанностей «ведать что-то»). На основе такого деления, как считает автор, можно выделять фактическую компетенцию и официальную компетенцию органов и должностных лиц [6, с. 11].

Исходя из указанных определений, можно выделить основные признаки компетенции, а именно: это комплекс прав и обязанностей субъекта; закреплена в законодательстве; реализуется в соответствующей определенной в законодательстве сфере; ее реализация может сопровождаться применением принуждения; не может быть передана другому субъекту.

Компетенция правоохранительных органов в сфере административно-юрисдикционной деятельности определена в законодательстве и охватывает систему его прав и обязанностей, которые могут

быть применены для предупреждения, выявления и пресечения административных правонарушений, обеспечения привлечения виновных лиц к ответственности, а также при реализации дисциплинарных производств и производств по жалобам граждан.

Учитывая вышеизложенное, компетенцию правоохранительных органов в сфере административно-юрисдикционной деятельности можно определить как совокупность закрепленных в законодательстве их прав и обязанностей, которые применяются для решения административных споров.

Компетенция является достаточно сложной правовой категорией, включающей в себя несколько элементов. На сегодняшний день в науке административного права отсутствует единая точка зрения по структуре данного явления. Ученые приводят разное количество и отличные по содержанию элементы. А.Д. Крупчан отмечает, что компетенция центрального органа исполнительной власти как организационно-правовая категория является точным перечнем его полномочий, т.е. прав и обязанностей, определенных соответствующим органом государственной власти (Президентом Украины, Верховной Радой Украины) в определенном нормативно-правовом акте, реализуя которые, центральный орган исполнительной власти осуществляет свою деятельность [7, с. 59]. Другую структуру определяют В. М. Бевзенко и Р. С. Мельник, которые считают, что компетенция, кроме прав и обязанностей субъекта публичной администрации, включает в себя еще и его функции и ответственность [8, с. 181-183]. С точки зрения В.В. Копейчикова и А.М. Колодия компетенцию необходимо понимать как совокупность функций, полномочий, прав и обязанностей определенного органа или должностного лица [9, с. 25]. Как видим, все ученые сходятся на том, что в структуру компетенции входят права и обязанности субъекта, через реализацию которых они выполняют возложенные на них задачи. Кроме того, некоторые ученые включают в компетенции функции и ответственность. С таким мнением полностью согласиться нельзя, поскольку ответственность является отдельным элементом административно-правового статуса субъекта, а функции характеризуют направления деятельности, в которых реализуются полномочия субъекта.

Достаточно интересной является точка зрения А. П. Сикорского, который, исследуя компетенцию органа исполнительной власти, пришел к выводу, что она представляет собой совокупность его предметов ведения и властных полномочий, предусмо-

тренных законодательством или иными нормативными правовыми актами, путем реализации которых орган исполнительной власти осуществляет свою деятельность. Основными элементами компетенции, как считает ученый, является «предмет ведения» (подведомственность) и властные полномочия (права и обязанности) [10, с. 54]. Такая позиция является достаточно удачной и полностью отражает содержание компетенции.

М. М. Потип считает, что по своей структуре компетенция состоит из основных (полномочия и предмет ведения) и организационных (назначение органа, цели и задачи, профессионализм должностных лиц) элементов, которые в своей взаимосвязи дают возможность качественного выполнения возложенных на органы государственной исполнительной власти и местного самоуправления функций [11, с. 35]. Такая позиция заслуживает внимания, поскольку выделяет непосредственные основополагающие элементы компетенции, как совокупности прав и обязанностей, реализуемых в определенной сфере, а также те элементы, которые непосредственно в нее не входят, но по своей природе неразрывно связаны с полномочиями органа государственной власти.

Из приведенных точек зрения следует, что в науке административного права существует несколько подходов к толкованию содержания компетенции, а именно: 1) классический, характеризующий компетенцию как взаимосвязанную систему предметов ведения и полномочий субъекта; 2) ограничительный, при котором содержание компетенции сводится к совокупности полномочий; 3) расширительный, который включает в структуру компетенции кроме предметов ведения и полномочий, еще и задачи, функции, методы деятельности и т.д. [12, с. 53].

Обобщая вышеизложенное, можно сделать вывод, что основополагающими элементами компетенции органа государственной власти, в том числе правоохранительных органов, есть полномочия и предметы ведения. Кроме того, компетенция неразрывно связана с функциями, целями, задачами и ответственностью за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязанностей или нарушения прав.

Выделение такого элемента, как предмет ведения является весьма важным, поскольку полномочия органа государственной власти, в том числе правоохранительных органов, должны быть реализованы только в определенной законодательством сфере. Предметы ведения являются отдельными для каждого правоохранительного органа и определяют сферу реализации его полномочий, в том чис-

ле как субъекта административно-юрисдикционной деятельности. Обобщая предметы ведения правоохранительных органов, можно сказать, что все они действуют в сфере обеспечения законности и правопорядка, а также решения административных споров, возникающих в процессе их деятельности и на решение которых направлена реализация их компетенции.

Предметы ведения субъектов административно-юрисдикционной деятельности целесообразно рассматривать через производства, входящие в нее. Так, при решении дел об административных правонарушениях компетентные субъекты действуют в сфере охраны прав и свобод граждан, собственности, конституционного строя Украины, прав и законных интересов предприятий, учреждений и организаций, установленного правопорядка, укрепление законности, предупреждение правонарушений, воспитание граждан в духе точного и неуклонного соблюдения Конституции и законов Украины, уважения к правам, чести и достоинству других граждан, к правилам общежития, добросовестного выполнения своих обязанностей, ответственности перед обществом [13].

При рассмотрении жалоб граждан предметом ведения соответствующих субъектов является устранение недостатков в их работе, прекращение противоправных действий и отмена незаконных решений.

Для субъектов дисциплинарных производств предметом ведения есть дисциплина и законность внутри соответствующих правоохранительных органов, обеспечение надлежащего выполнения ими своих обязанностей, устранение недостатков в работе.

Выполнение задач правоохранительных органов невозможно без четкой регламентации их полномочий. Полномочия органов исполнительной власти являются стержнем для определения их компетенции, поскольку они действуют от имени государства, выполняют его функции и наделяются государством определенными полномочиями для выполнения этих функций с правом делегирования полномочий или без такового [7, с. 57]. Именно через реализацию соответствующих полномочий правоохранительными органами обеспечивается выполнение поставленных перед ними задач. Полномочия как социальное явление - это обладание правами и обязанностями членов (члена) общества, переданными субъекту отношений в порядке и способом, определенным социальными правилами и нормами, с целью реализации в личных или общих интересах лица, которое делегирует, и могут включать в себя право распоряжения ее цен-

ностями, право на общеобязательной основе привлекать к выполнению общественных поручений и применять в случаях, предусмотренных правилами общественной жизни, меры принуждения [14, с. 148]. То есть полномочиями является совокупность прав и обязанностей властного субъекта, реализуемых им во время нормативно-регламентированной исполнительно-распорядительной деятельности.

Полномочия правоохранительных органов в сфере административно-юрисдикционной деятельности характеризуются следующими признаками:

- закреплены в законодательстве, регламентирующем такую деятельность;
- реализуются в четко определенной сфере;
- применяются в установленных процедурах;
- должны быть направлены на выполнение поставленных перед ними задач;
- за злоупотребление полномочиями наступает ответственность.

Полномочия правоохранительных органов представляет собой комплекс его прав и обязанностей. Слово «право» является многозначным и может принимать следующие значения: законодательство; осуществляемая государством форма законодательства, зависящая от социального устройства страны; система установленных или санкционированных государством общеобязательных правил (норм) поведения, выражающих волю господствующего класса или всего народа, обусловлен постановлением государства, учреждения и т.п. защиту интересов и возможностей личности на участие в чем-либо, обжалование чего и так далее; интересы определенного лица, общественной группы и т.д., опирающиеся на закон, религиозные постулаты, древние обычаи и т.д.; обусловлена определенными обстоятельствами основание, способность, возможность делать, делать что-нибудь, пользоваться чем-нибудь [15, с. 1101].

Под правами в юридическом смысле принято понимать предоставленную и гарантированную государством, а также закрепленную в административно-правовых нормах меру возможного (дозволенного) поведения в правоотношениях, обеспеченную корреспондирующими обязанностями другого субъекта правоотношений [16, с. 113-114].

То есть правами правоохранительных органов в сфере административно-юрисдикционной деятельности являются те возможности, которыми их наделило государство для полного, всестороннего, объективного и оперативного решения административно-правовых споров.

Термин «обязанность» трактуется как: то, что надо безоговорочно соблюдать, что следует без-

отказно выполнять в соответствии с требованиями общества или исходя из собственной совести; определенный объем работы, совокупность дел, границы ответственности и т.п., определяются соответствующим званием, должностью, семейным положением и т.д. [15, с. 813]. Субъективные административно-правовые обязанности – это возложенная государством и закрепленная в административно-правовых нормах мера должного поведения в правоотношениях, их реализация обеспечена возможностью применения государственного принуждения или осуждения [16, с. 114]. То есть под обязанностями правоохранительных органов в сфере административно-юрисдикционной деятельности необходимо понимать возложенную на них государством и закрепленную в законодательстве меру их надлежащего поведения (активной или пассивной) в сфере решения административно-правовых споров, реализация которой может сопровождаться применением мер принуждения.

Права и обязанности являются взаимосвязанными и корреспондирующими друг другу правовыми категориями. Они настолько тесно связаны между собой и взаимодополняют друг друга, что в нормативно-правовых актах законодатель довольно часто их не разграничивает, а использует комплексное понятие «полномочия».

Выводы. Обобщая вышеизложенное, можно сделать вывод, что компетенция правоохранительных органов в сфере административно-юрисдикционной деятельности является комплексным явлением, которое характеризует их законодательно определенные полномочия, которые они могут реализовать в соответствующей сфере правоохранительной деятельности с целью обеспечения законности и правопорядка в государстве. Она реализуется четко определенными субъектами в соответствующей сфере (в рамках административно-юрисдикционного производства) и в установленном порядке. Субъект правоохранительной деятельности не может действовать вне установленных законодательством границ. В то же время он обязан неукоснительно выполнять возложенные на него обязанности. С учетом вышеизложенного компетенцию правоохранительных органов в сфере административно-юрисдикционной деятельности можно определить как совокупность закрепленных в законодательстве их прав и обязанностей, которые применяются для решения административных споров, и реализуются четко определенным кругом субъектов, в соответствии с установленной процедурой и в пределах, определенных законом.

Список использованной литературы

1. Словарь иностранных слов / сост. И. М. Суслова. – М. : Книга, 1987. – 711 с.
2. Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю. С. Шемшуненко (відп. ред.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 2004. – Т. 6: Т–Я. – 2004. – 672 с.
3. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник / О. Ф. Скакун, пер. з рос. – Х. : Консум, 2001. – 656 с.
4. Армаш Н. О. Керівник органу виконавчої влади: адміністративно-правовий статус / Н. О. Армаш. – Запоріжжя : ГУ «ЗІДМУ», 2006. – 248 с. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://radnuk.info/posibnuk/admin-pravo/451-kerivnuk/7093-s-3-----.html>
5. Клюєв О. М. Компетенція органів внутрішніх справ у сфері охорони громадського порядку на регіональному рівні / О. М. Клюєв // Право і безпека. – 2006. – № 5-4. – С. 61–63.
6. Лазарев Б. М. Компетенция органов управления: Правовые проблемы оформления и реализации / Б. М. Лазарев. – М. : Юрид. лит., 1972. – 280 с.
7. Крупчан О. Д. Компетенція центральних органів виконавчої влади / О. Д. Крупчан // Вісник Академії правових наук України. – 2002. – № 2 (29). – С. 47–59.
8. Мельник Р. С. Загальне адміністративне право : навчальний посібник / Р. С. Мельник, В. М. Бевзенко; за заг. ред. Р. С. Мельника. – К. : Вайт, 2014. – 376 с.
9. Правознавство : підручник для студ. вищих навч. закладів / ред.: В. В. Копейчиков, А. М. Колодій. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 752 с.
10. Сікорський О. П. Поняття концепції органу виконавчої влади / О. П. Сікорський // Гуманіт. вісн. НУК. – Миколаїв : НУК, 2012. – Вип. 5. – С. 52–54.
11. Потіп М. М. Щодо сутності компетенції органів державної виконавчої влади та місцевого самоврядування / М. М. Потіп // Право і суспільство. – 2012. – № 6. – С. 32–35.
12. Гусаров С.М. Адміністративно-юрисдикційна діяльність органів внутрішніх справ України: навч. посібник / С.М. Гусаров; МВС України. – К., Х. НікаНова. – 2011. – 360 с.
13. Кодекс України про адміністративні правпорушення: Закон, Кодекс від 07.12.1984 № 8073-X// Відомості Верховної Ради Української РСР (ВВР) 1984, додаток до № 51, ст.1122
14. Голосніченко І. П. Теорія повноважень, їх легитимність та врахування потреб інтересів при встановленні на законодавчому рівні / І. П. Голосніченко, Д. І. Голосніченко // Вісник НТГУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право : збірник наукових праць. – 2011. – № 1 (9). – С. 147–155.
15. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. Та СД)/ уклад. і гол. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун». – 2009. – 1736 с.
16. Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К. : Факт, 2003. – 384 с.

Dreptul funciar, dreptul agrar

УДК 349.6:639.1.052

ОХОТНИЧЬИ УГОДЬЯ: ПОНЯТИЕ И ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА

Наталья БЕРЕЗИНА,

соискатель кафедры экологического права

Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

АННОТАЦИЯ

В статье на основе анализа национального законодательства и научной литературы исследован вопрос определения юридической природы эколого-правовой категории «охотничьи угодья».

Автором предпринята попытка обосновать внесенные предложения и рекомендации по модернизации нормативно-правового регулирования общественных отношений в сфере использования и охраны охотничьих угодий в Украине, а также обозначены основные направления и перспективы дальнейшей кодификации экологического законодательства в контексте усовершенствования понятийно-категориального аппарата в сфере ведения охотничьего хозяйства.

Ключевые слова: охотничье хозяйство, охотничье угодье, ведение охотничьего хозяйства, экологическое законодательство, право природопользования.

SUMMARY

In the article the question of the legal nature determination of environmental and legal category «hunting grounds» has been researched on the basis of national legislation and scientific works analysis.

The author attempted to substantiate the suggestions and recommendations on the modernization of the legal and regulatory framework of public relations in the sphere of hunting grounds in Ukraine usage and protection. The main directions and prospects for further codification of environmental legislation in the context of the conceptual-categorical apparatus improving in the sphere of hunting economy conducting have been outlined.

Keywords: hunting economy, hunting ground, hunting economy conducting, environmental legislation, natural resource use law.

Постановка проблемы. Актуальность темы статьи обусловлена необходимостью разработки новых научно-теоретических подходов как к правовому режиму охотничьих угодий Украины, так и формированию, и закреплению на законодательном уровне понятийно-категориального аппарата в сфере ведения охотничьего хозяйства, а также отсутствием фундаментальных, комплексных исследований, посвященных этим вопросам. Это, в свою очередь, позволит решить многие проблемы современной эколого-правовой науки и практики.

Состояние исследования. Научно-теоретической базой при написании статьи стали наработки ведущих ученых в области экологического права. Среди них исследования таких украинских ученых, как В. И. Андрейцев, Г. Г. Будатов, И. В. Витовская, В. Ю. Вовченко, М. П. Волик, А. П. Гетьман, Л. Р. Данилюк, Т. В. Ермолаева, В. Н. Караева, И. И. Каракаш, Н. Р. Кобецкая, М. В. Краснова, В. И. Лозо, Н. Р. Малышева, А. П. Марционас, В. К. Матвийчук, В. В. Овдиенко, А. А. Онищук, П. В. Тихий, А. А. Томин, В. С. Шахов, Ю. С. Шемшученко, В. В. Шеховцов, А. С. Хазалия и др.

Целью статьи является разработка авторского определения понятия «охотничьи угодья», анализ их юридических признаков. Естественно, для этого нужно провести комплексное исследование существующих научных концепций, раскрывающих взгляды ученых; обосновать целесообразность изменения законодательных норм, с помощью которых регулируется ведения охотничьего хозяйства, учитывая накопленный мировой опыт и существующие международные требования.

Изложение основного материала исследования. Приступая к рассмотрению вопроса, укажем, что в Украине с каждым годом площадь охотничьих угодий уменьшается (если в 2000 г. она составляла 47,8 млн га, то в 2016 – 39,4 млн га [1]), значит, становится меньше ареал существования охотничьей фауны. Выяснить особенности, специфику и содержание общественных отношений, которые складываются в процессе использования и охраны охотничьих угодий, невозможно без понимания сущности основных составляющих (терминов) понятийно-категориального аппарата, который используется в сфере ведения охотничьих угодий.

Одним из ключевых элементов правового

режима, а в нашем исследовании объектом, являются охотничьи угодья. В состав охотничих хозяйств входят земли лесохозяйственного, сельскохозяйственного назначения и водно-болотные угодья [2]. По имеющимся данным, площадь охотничих угодий – это 80% территории Украины, а заповедные зоны всего лишь 4% [3]. Учитывая данные показатели, становится очевидной необходимость разработать действенную систему правовых норм, с помощью которых регламентируются использование и охрана таких площадей. На основании сказанного можем с уверенностью вести речь о своевременности исследования сущности понятия «охотничьи угодья».

В науке экологического права существует три основных подхода к трактовке понятия «охотничьи угодья». В частности, оно выводится с помощью таких категорий, как «площадь», «участок» суши и водного пространства, а также «территория».

Сначала выясним значение термина «угодья», применение которого тесно связано с дарованными благами природы, используемыми человеком для удовлетворения своих жизненных потребностей. Ныне понятие «угодья» чаще всего толкуется как место проживания, биотоп; участок, который используется людьми в хозяйственных целях (сельскохозяйственные, лесные, охотничьи и др.) [4], часть земли, которая отличается от соседних способами хозяйствования и тому подобное.

К сказанному добавим, что среди ученых нет единого взгляда на то, когда (в какое время) этого понятия включено в научный оборот. Так, существует мнение, что оно вошло в научный оборот и был «относительно недавно» (имеется в виду советская эпоха – прим. автора) [5]. Заслуживает поддержки авторская позиция В. С. Шахова и его научно обоснованные выводы. В частности, ученый, не соглашаясь с исследователями советской эпохи, отмечает, что слово «угодья» употреблялось еще в XIV в. Оно использовалось, если речь шла об участке земли или части любых природных богатств, которые были пригодны в хозяйственных целях и давали средства для жизни [6, с. 7].

В национальном экологическом законодательстве термин «угодья» также является распространенным. Например, в нормативных актах он употребляется в таких сочетаниях: водно-болотные, лесные, сельскохозяйственные, охотничьи угодья и т. п. Главными признаками, которые положены в основу выделения определенных, разрозненных видов угодий, являются характер их использования, исторические особенности, а также природные свойства, которые отображают их качественное со-

стояние. Природные свойства угодий В. С. Шахов (и мы поддерживаем это) рассматривает как критерий для разделения угодий на виды. На наш взгляд, давая общую характеристику всех природных угодий, нужно помнить, что для человека наиболее значимыми всегда являются их природные свойства, которые определяют характер использования угодий (почва, её плодородие, вид растительности, рельеф местности, водоемы, наличие диких животных, доступность участка и т.п.) [6, с. 8]. При проведении классификации угодий нужно также учитывать их основное предназначение и систематичность использования отдельных участков для определенных хозяйственных целей. Кроме того, угодья являются основным элементом Государственного земельного кадастра Украины, который ведется (в пределах всех земельных участков) по угодьям. Учитывая все вышесказанное, попробуем дать определение понятия «охотничьи угодья» и установить его характерные признаки.

Впервые на законодательном уровне термин «охотничьи угодья» на территории Украины был использован еще в советские времена в Уставе Всеукраинского союза охотников и рыбаков 1923 г. [7]. Однако его определение появилось значительно позже, а именно в 1930 г., со вступлением в силу Положения «Об охотничьем хозяйстве РСФСР» от 10.02.1930 г., в котором оно было сформулировано через категорию «площади, пригодные для ведения охотничьего хозяйства» [8]. Подобное по содержанию толкование приведено в Постановлении правительства Республики Таджикистан «О мерах по улучшению ведения охотничьего хозяйства на территории Республики Таджикистан» 16.07.1997 г. № 324: «охотничими угодьями являются земельные и водные площади (кроме земель населенных пунктов), которые служат местом обитания диких зверей и птиц или могут быть использованы для ведения охотничьего хозяйства» [9]. Близкое по смыслу к вышеприведенному трактование дает В. И. Грязин: «охотничими угодьями признаются все земельные, лесные и покрытые водой площади, которые являются местом обитания диких зверей и птиц, находящихся в состоянии естественной свободы, отнесенные к объектам охоты, на которых разрешена охота и ведение охотничьего хозяйства» [10, с. 31–33]. Охотничьи угодья как все земельные, лесные и покрытые водой площади рассматривают также А. К. Голиченков, А. Я. Сухарев, В. Е. Крутских, А. Я. Сухарева и др. В словаре Т. Ф. Ефремова термин «площадь» определяется как «часть земной поверхности, пространство, естественно ограниченное или специально выделенное для какой-либо цели» [11], а его синонимом считается слово «учас-

сток» (отдельная часть земельной площади, используемая с определенной целью, выделенная по какому-либо признаку) [12].

Именно через понятие «участок» определяются охотничьи угодья в национальном законодательстве Украины. Например, Закон Украины «Об охотниччьем хозяйстве и охоте» 2000 г. [13; 14] закрепляет, что охотничьи угодья – это участки суши и водного пространства, на которых находятся охотничьи животные и которые могут быть использованы для ведения охотниччьего хозяйства (ст. 1). Согласно ч. 1 ст. 23 *Prawa łowieckiego* [15], охотничий округ (*obwód łowiecki*) составляет целостный земельный участок, замкнутый его пределами, не менее 3 тыс. га (в отдельных случаях площадь может быть уменьшена – ч. 2 ст. 23), на территории которого есть условия для проведения охоты (фактически речь идет именно об охотничьих угодьях – прим. автора). Как видим, нормативные определения охотничьих угодий в законодательстве Украины и Республики Польша очень похожи. Что касается подходов ученых, в частности украинских, то заслуживают внимания такие определения: 1) охотничьи угодья – участки земной поверхности (территории и акватории), служащие средой обитания диких зверей и птиц и являющиеся объектами охотничье-хозяйственной деятельности человека, направленной на добывание диких животных [6, с. 15]; 2) охотничьи угодья – это участки земной поверхности (территории и акватории), которые являются средой обитания диких животных и где возможна их добыча [16, с. 248]; 3) охотничими угодьями считаются все земли, воды и леса, являющиеся местом пребывания и обитания диких животных, на которых разрешена спортивно-любительская и промышленная охоты [17]; 4) охотничьи угодья – это участки суши и водного пространства (леса, поля, луга, болота, озера и т.п.), на которых находятся охотничьи животные и которые могут быть использованы для ведения охотниччьего хозяйства, в том числе для добычи (отголова, отстрела) животных [18, с. 589]. Отдельно нужно отметить точку зрения В. В. Семкив, которая определяет охотничьи угодья как отдельную среду пребывания охотничьих животных, которая предоставляется определенному субъекту (пользователю) с конкретной целью – для ведения охотничье-го хозяйства [19, с. 186].

Однако понятие «охотничьи угодья» трактуется и через категорию «территория». Например, согласно постановлению правительства Республики Молдова «Об утверждении Положения о предоставлении в пользование земель лесного фонда для ведения охотничьего хозяйства и/или рекреационных целей» от 20.02.2008 г. № 187 (по состоянию на 17.06.2016 г.) охотничьи угодья – это территориальная единица

охотничьего хозяйства, которая размещается на различных категориях земель, с четкими границами, для обеспечения максимальной стабильности охотничьей фауны [20]. Сторонниками такого понимания являются А. А. Томин [21, с. 7], В. М. Краевая [22, с. 32]. Хотя следует отметить, что территория – это часть земного шара, которая принадлежит определенной стране или входит в состав какой-либо части мира; часть какой-либо страны (область, район и т. д.), земельное пространство, занятое населенным пунктом, предприятием, учреждением и тому подобное; пространство, на котором распространены определенные явления [23, с. 1443].

Территория – это часть земной поверхности с воздушным пространством и расположенными под ней недрами в четко установленных пределах, имеет определенное географическое положение, природные и созданные в результате деятельности людей условия и ресурсы [24]. Исходя из вышесказанного, признаками, которые характерны для охотничьих угодий, по нашему мнению, является то, что они:

- 1) выступают разновидностью природных угодий. Охотничьи угодья как природные имеют кормовые, защитные и гнездопригодные свойства. Показатели указанных свойств положены в основу бонитировки угодий;

- 2) территориальным базисом выступает земля, непосредственно выделенный земельный участок как часть земной поверхности с установленными границами и правами (в соответствии с требованиями ст. 79 Земельного кодекса Украины), определенным местом расположения [25]. Кроме того, категории земель, на которых размещаются охотничьи угодья, разнообразны (земли сельскохозяйственного назначения, лес, водного фонда и т.д.) [26, с. 100]; а каждое из них имеет свою внутреннюю структуру. Причем уменьшение или увеличение определенного вида будет прямо влиять на количественные показатели охотничьей фауны. Определение видов таких угодий (сельскохозяйственные, лесные, водно-болотные угодий) лежит в основе разграничения типов угодий;

- 3) являются средой обитания диких животных (определенной экологической нишей) – совокупностью природных условий и явлений, окружающих живые организмы, с которыми они находятся в постоянном взаимодействии [27]. В дополнение укажем, что данный признак воссоздает экологическую функцию охотничьих угодий, причем от качественных и количественных (площадь территорий и акваторий) их показателей напрямую зависит и количественный показатель дичи;

- 4) имеют четко определенное целевое назначение.

ние, что обуславливает особенности их правового режима и выделения. Они предназначены для введения охотниччьего хозяйства, являются основным средством производства в охотничьем хозяйстве, отображают тем самым экономическую функцию. В этой связи особое значение приобретает их рациональное использование, без которого невозможно научно обоснованное ведение охотничьего хозяйства. Угодья рассматриваются как производственная площадь, на которой происходит процесс охоты и проводятся охотничье-хозяйственные мероприятия [28, с. 8];

5) могут рассматриваться как «охотничий резерват», то есть как модель, на базе которой интегральным подходом можно согласовать экономические и социальные аспекты природопользования с аспектами экологического и природоохранного характера. Это – естественная охраняемая территория, которая одновременно является источником восстановления популяций и расселения (природных или искусственных) видов охотничьих животных, которые на ней живут [29]. Нужно отметить, что в национальном правовом поле приведенное выше трактование отсутствует, а в советские времена его аналогом было заповедно-охотничье хозяйство, которое фактически являлось территорией, где запрещалась охота на зверей и птиц, но разрешались хозяйственное использование и регулирование численности животных. На территории заповедно-охотничьих хозяйств проводились биотехнические мероприятия, способствовавшие воспроизводству и увеличению численности ценных охотничьих зверей, птиц и их расселению по другим районам, изучались природные условия мест их жизни, охранялись виды редких и исчезающих животных [30];

6) не образуют самостоятельного природного объекта как земля, недра, воды, леса, поскольку это, в соответствии с концепцией, которая сформировалась в науке экологического и земельного права, является их особенностью как правовой категории. Охотничьи угодья отображают лишь особые функциональные свойства природных объектов – быть средой обитания диких животных [6, с. 4–15; 31, с. 276–277; 32]. Согласно другой точке зрения, при предоставлении охотничьих угодий в пользование происходит их индивидуализация путем установления границ участка, который обладает признаками охотничьего угодья [33, с. 409]. Более того, сторонники этого даже определяют охотничьи угодья как комплексный природный ресурс с полифункциональным природоресурсным, экологическим, собственно, юридическим предназначениями [34, с. 166].

Вместе с тем ни одна из этих точек зрения не

использует ландшафтный подход при определении охотничьих угодий, хотя в национальном правовом пространстве закреплены такие понятия, как агроландшафт, рекреационный, культурный, антропогенный ландшафт и т. п., а дефиниция «охотничий ландшафт» отсутствует. Подобная ситуация требует осмысливания, определения новых подходов, поскольку такой термин применяется, например, в деятельности ЮНЕСКО. В частности, на 39 сессии Комитета всемирного наследия ЮНЕСКО, проходившей в Бонне (Германия) с 28 июня по 8 июля 2015 г., одним из 24 объектов, включенных в список всемирного наследия, стал средневековый охотничий ландшафт в Зеландии (*Par force hunting landscape in North Zealand*) [35]. Кроме того, по рассматриваемому вопросу существуют и научные наборы. Так, С. И. Жданов определяет охотничий ландшафт как зональный территориальный природный комплекс, обладающий свойством устойчиво поддерживать оптимум видового разнообразия и численности охотниче-промышленных видов охотничьей фауны, а также территорию, где в полной мере могут быть реализованы эколого-экономические возможности регионального охотниче-ресурсного потенциала [36]. По мнению Н. Ф. Реймерса, охотничий ландшафт представляет собой природно-антропогенную систему, состоящую из двух элементов – среды и охотничьего социума. Охотничий ландшафт рассматривается и как целостная система, которая внешне отражает охотниче-хозяйственную деятельность и состоит из устойчиво взаимодействующих природотологических компонентов, видового разнообразия охотничьей фауны и социальной общности охотников [37] и т. д.

В Украине одним из первых на правовое регулирование ландшафтов обратил внимание В. И. Андреев, который рассматривает их как комплексные объекты законодательства, самостоятельный объект правовой охраны, особый объект правового регулирования и объект соответствующих правоотношений [38, 119–138].

Считаем, что применение ландшафтного подхода к пониманию сущности термина «охотничьи угодья» является положительным нововведением, поскольку позволит соблюдать требования как стратегии сохранения биологического и ландшафтного разнообразия ЕС, так и стратегии устойчивого развития «Украина–2020» [39], основанной на сбалансированном и гармоничном соотношении между социальными потребностями, экономической деятельностью и окружающей средой. Одной из предпосылок толкования термина «охотничьи угодья» с позиции ландшафтного подхода, по нашему мнению, стало повышение

рекреационной значимости современной охоты, которая перестала быть средством пропитания. Более того, в мировой экономике сформировалась вполне самостоятельная индустрия активного отдыха, которую обслуживают многочисленные предприятия по производству охотничьего оружия и боеприпасов, снаряжения, обмундирования и охотничьего инвентаря. Приоритетным направлением в охоте стали не собственно добыча диких животных, а эстетическое восприятие процесса охоты, проявление интереса к биологии охотничьих видов и культурным свойствам ландшафтов, на фоне которых она проходит [36]. Для ландшафтного подхода исследования территории характерно представление пространства как совокупности территориальных единиц, в пределах которых компоненты природной среды (геокомпоненты) в течение длительного времени развития приспособились друг к другу, тесно взаимосвязаны, являются одним целым. Как целое они реагируют и на внешние воздействия, в том числе антропогенные. Такие территориальные единицы в классическом ландшафтотворении называются природно-территориальными комплексами.

Выводы. Учитывая вышесказанное, предлагаем понятие «охотничьи угодья» как объект правового регулирования трактовать так: природно-территориальный комплекс, имеющий природоохранное, рекреационное, средообразующее, социальное и хозяйственное значение как типичное ландшафтное образование, является средой обитания диких животных, экологические составляющие которого позволяют использовать его для ведения охотничьего хозяйства, проведения охотниче-хозяйственных мероприятий, направленных на получение продукции охотничьего хозяйства, и характеризуется кормовыми, защитными и гнездопригодными свойствами.

Охотничьи угодья является ключевым понятием в сфере ведения охотничьего хозяйства; территориальным базисом ведения охотничьего хозяйства, играют важную роль в культурной, экологической, природоохранной и социальной сферах, а также ресурсом, который способствует экономической деятельности, и т. д. К признакам, характеризующим охотничьи угодья, отнесено то, что они являются: 1) разновидностью природных угодий; 2) средой обитания диких животных; 3) основным средством производства в охотничьем хозяйстве; 4) природно-территориальным комплексом, имеют природоохранное, рекреационное, средообразующее, социальное и хозяйственное значение как типичные ландшафтные образования; а также 5) используются или могут быть использованы в процессе ведения охотничьего хозяйства (например, в части их

охраны, использования и воспроизводства); 6) характеризуются кормовыми, защитными и гнездопригодными свойствами; 7) имеют природный или природно-антропогенный характер происхождения; 8) у них отсутствует стоимость; 9) ограничена возможность восстановления в натуре; 10) устойчивая экологическая взаимосвязь с окружающей средой; 11) ограничены в пространстве установленными и выделенными в натуре границами охотничьих угодий; 12) используются для нужд охотничьего хозяйства и тому подобное.

Список использованной литературы

1. Аналіз ведення мисливського господарства в Україні та країнах ЄС // Лісовий і мисливський журнал. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ekoinform.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=208%3A2016-07-29-08-34-22&catid=7%3A2009-07-06-09-51-16&Itemid=41&lang=ru.
2. Динаміка обсягів мисливських угідь та земель природно-заповідного фонду в Україні. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://infolight.org.ua/charts/dynamika-obsyagiv-mislivskih-ugid-ta-zemel-prirodno-zapovidnogo-fondu-v-ukrayini>.
3. «Слуги народу» намагаються узаконити для себе полювання у заповідниках. – Hunting Ukraine. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.huntingukraine.com/index.php?option=com_kunena&func=view&catid=31&id=60846&Itemid=209#60846.
4. Дедю И. И. Экологический энциклопедический словарь / И. И. Дедю. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.cnshb.ru/AKDiL/0039/base/RU/000304.shtml>.
5. Экономика охотничьего хозяйства. – Москва, 1971. – С. 64
6. Шахов В. С. Право пользования охотничими угодьями: учеб. пособие / В. С. Шахов. – Киев: ИСДО, 1993. – 96 с.
7. Устав Всеукраїнського Союзу мисливців та рибалок від 20.10.1923 р. – СУ УССР. – 1923. – Отп. II. – № 21/23. – Ст.93.
8. СУ РСФСР. – 1930. – №9. – № 21/23. – Ст. 109.
9. О мерах по улучшению ведения охотничьего хозяйства на территории Республики Таджикистан: постановление правительства Республики Таджикистан от 16.07.1997 р. № 324. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=20470.
10. Грязин И. В. Анализ понятия охотничьих угодий на основе действующего законодательства / И. В. Грязин // Современные проблемы природопользования, охотоведения и звероводства: материалы Междунауч.-прак. конф., посвященной 80-летию ВНИИОЗ (28-31 мая 2002 г.). – Киров. – С. 31-33.
11. Ефремов Т.Ф. Новый словарь русского языка.

- Толково-словообразовательный / Т. Ф. Ефремов. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.classes.ru/all-russian/russian-dictionary-synonyms-term-57899.htm>.
12. Всесвітній словник української мови. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://uk.worldwidictionary.org/%D0%BF%D0%BB%D0%BE%D1%89%D0%B0>.
13. Про мисливське господарство та полювання : Закон України від 22.02.2000 р. // Офіц. вісник України. – 2000. – № 12. – Ст. 442.
14. Про затвердження Порядку проведення упорядкування мисливських угідь: наказ Державного комітету лісового господарства України від 21.06.2001р. № 56 // Офіц. вісник України. – 2001. – № 36. – Ст. 1677.
15. Prawo łowieckie : ustawa z dnia 13 października 1995 roku [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19951470713>.
16. Екологічне право України : [підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / за ред. А. П. Гетьмана та М. В. Шульги. – Харків : Право, 2009. – 328 с.
17. Правила полювання і рибальства на території Республіки Узбекистан, підтверджені Наказом голови Держкомприроди Республіки Узбекистан від 22 березня 2006 р. № 27. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=19742.
18. Екологічне право України. Академічний курс: підручник / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – Київ: Юрид. думка, 2005. – 848 с.
19. Семків В. В. Договори у сфері використання природних ресурсів: цивільно-правовий аспект : дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. В. Семків. – Івано-Франківськ, 2013. – 232 с.
20. Про затвердження Положення про надання в користування земель лісового фонду для ведення мисливського господарства і/або рекреаційних цілей: Постанова Уряду Республіки Молдова від 20.02.2008 р. № 187 (станом на 17.06.2016 р.). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=21919.
21. Томин О. О. Правове регулювання мисливства та полювання в Україні (на матеріалах Карпатського регіону) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / О. О. Томин. – Київ., 2009. – 22 с.
22. Краева В. Н. Правовое регулирование пользования охотничими ресурсами на закрепленных охотничих угодьях: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / В. Н. Краева ; Моск. гос. юрид. акад. им. О. Е. Кутафина. – Москва, 2010. – 235 с.
23. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – Київ : Перун, 2005. – С. 1443.
24. Юридичний словник. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://kodeksy.com.ua/dictionary/t/teritoriya.htm>.
25. Земельний кодекс України від 25.10.2001 р. № 2768-III // Відом. Верх. Ради України. – 2002. – № 3. – Ст. 27.
26. Кобецька Н. Р. Договори у відносинах користування мисливськими угіддями [Текст] / Н. Р. Кобецька // Право та суспільство. – Екологічне та аграрне право. – 2014. – № 1-2. – С. 99-102.
27. Среда обитания живых организмов. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.grandars.ru/shkola/geografiya/ekologicheskie-faktory.html>.
28. Данилов Д. Н. Охотничий угодья в СССР / Д. Н. Данилов. – Москва, 1960. – С. 8.
29. Екологія – охорона природи – словник-довідник. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.subject.com.ua/ecology/conservation/3982.html>.
30. Давиденко В. М. Загальна характеристика різних типів заповідних територій / В. М. Давиденко. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lib.chdu.edu.ua/pdf/posibnuku/2/25.pdf>.
31. Екологічне право : [підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / за ред. А. П. Гетьмана. – Харків : Право, 2013. – 432 с.
32. Сухоміров Г. І. Мисливські угіддя далекосхідного федерального округу / Г. І. Сухоміров. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: sukhomirov@ecrin.ru.
33. Шахрай И. С. Природные ресурсы как объект права аренды / И. С. Шахрай // Право в современном белорусском обществе: сб. науч. тр. / редкол.: В. И. Семенков (гл. ред.) [и др.]. – Минск: Право и экономика, 2010. – Вып. 5. – С. 407-417.
34. Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. Т.4 : Методологічні засади розвитку екологічного, земельного, аграрного та господарського права / за ред. Ю. С. Шемшученка. – Харків: Право, 2008. – С. 166.
35. ЮНЕСКО. – офіційний веб-сайт. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://whc.unesco.org/en/list/1469/documents/>.
36. Жданов С. И. К обоснованию понятия «охотничий ландшафт» [Текст] / С. И. Жданов. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <file:///C:/Users/%D0%BF%D0%BA/Downloads/k-obosnovaniyu-ponyatiya-ohotnichiy-landshaft.pdf>.
37. Реймерс Н.Ф. Природопользование: словарь-справочник / Н. Ф. Реймерс. – М.: Мысль, 1990. – 637 с.
38. Андрейцев В. И. Ландшафти як комплексні об'єкти законодавства: постановка проблеми в контексті кодифікації. – Екологічне право і законодавство суверенної України: проблеми реалізації державної екологічної політики : моногр. / В. И. Андрейцев. – Глава IV Феноменологічні аспекти формування ландшафтного права і законодавства. – Д. : Національний гірничий університет, 2011. – С. 119-138.
39. Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020»: Указ Президента України від 12.01.2015 № 5/2015 // Офіц. вісник України. – 2015. – № 4. – Ст. 67.

Drept economic

УДК 346.232

ХАРАКТЕРИСТИКА ФИЛОСОФСКО-ПРАВОВЫХ ВЗГЛЯДОВ НА ХОЗЯЙСТВЕННЫЕ ОТНОШЕНИЯ В МУСУЛЬМАНСТВЕ

Павел БОЧКОВ,

кандидат юридических наук, доцент, докторант кафедры права и публичного администрирования
Мариупольского государственного университета

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена особенностям исламской системы хозяйствования. Основные принципы экономической системы в исламе были сформированы ещё в средневековые и нашли отражение в работах выдающихся учёных как своего времени, так и наших современников. Источниками и руководством к ведению хозяйственной деятельности в исламе является Коран и Сунна, в которых находим не только религиозно-этические установки к человеческой жизни в целом, но и правовые положения, применимые в различных сферах человеческой деятельности.

Ключевые слова: ислам, дин, таухидная экономика, этика хозяйствования, хозяйственная деятельность исламских религиозных организаций.

SUMMARY

The article is devoted to the peculiarities of the Islamic system of management. The basic principles of the economic system in Islam were formed back in the Middle Ages and were reflected in the works of outstanding scientists both of their time and of our contemporaries. Sources and guidance for economic activities in Islam are the Koran and Sunnah, in which we find not only religious and ethical attitudes to human life in general, also legal provisions applicable in various spheres of human activity.

Keywords: Islam, dyne, tahid economy, business ethics, economic activity of Islamic religious organizations

Постановка проблемы. Хозяйственная деятельность, с одной стороны, является реальным воплощением традиций и религиозных убеждений, религия же, в свою очередь, обуславливает, социализирует и легитимизирует хозяйственную деятельность.

Ислам, является исключительной религией в том смысле (и именно потому интересен для нашего исследования), что в нём существует не просто набор принципов для осуществления хозяйственной деятельности, а создана целая экономическая система, которая признана в разных странах мира.

В условиях кризиса инфраструктуры, кризиса внешней торговли, валютного кризиса, банковского кризиса, бюджетного и финансового кризиса в Украине опыт ведения хозяйственной деятельности с опорой на религиозно-нравственные основы, возможно, был бы полезен не только для хозяйственной сферы государства, но и экономики в целом.

Актуальность темы исследования подтверждается степенью неизученности темы – ведь на сегодня практически отсутствуют фундаментальные работы, где были бы исследованы в комплексе религиозные и правовые компоненты хозяйственных отношений, в частности в исламе. Актуальность данной проблемы связана также с необходимостью

поиска путей гармонизации взаимодействия между этносами и религиозными общностями, а также необходимости усовершенствования отечественного хозяйственного законодательства в области регулирования хозяйственных отношений государства и религиозных организаций в процессе осуществления последними хозяйственной деятельности.

Целью статьи. является исследование философских и правовых оснований хозяйственных отношений в исламской религиозной традиции.

Изложение основного материала исследования.

Исламу в Украине уже более тысячи лет. На сегодня ислам – одна из ведущих религий в нашей стране – её сторонниками являются более 2 млн. человек. По статистическим данным, представленным на 1 января 2016 года, в Украине зарегистрировано 577 исламских религиозных организаций. Однако для нас ислам интересен именно своими философско-правовыми установками, лежащими в основе хозяйственной деятельности современных исламских религиозных организаций.

Как известно, общество представляет собой сложную систему взаимоотношений между людьми, институтами, государствами, этническими

образованиями. Одно из важнейших мест в этой системе занимает религия, которая является типом мировоззрения, миропонимания. С этим типом мировоззрения сопряжено и поведение людей и формы его концептуализации, определяемые верой. Важно отметить, что «система ценностей и норм, ориентирующая субъектов национальной среды на определенную поведенческую модель, является результатом воздействия со стороны не только национального мировоззрения, но и религиозного культа, лежащего в основе национального менталитета» [1, с.30]. Влияние географических, природно-климатических условий, территориальной протяженности страны определяет характер национальной составляющей системы ценностей. Религия же, отвечая на ключевые мировоззренческие вопросы, является смыслообразующим ядром системы ценностей.

В исламе вместо привычного для нас слова «религия» используется слово «дин», что означает «образ жизни». Этот образ жизни охватывает систему верований человека, духовную, нравственную, общественную, образовательную, экономическую, политическую стороны жизни, а не только её духовные и обрядовые аспекты. Поэтому этика хозяйствования, построения хозяйственных отношений является неотъемлемой частью обязательной религиозной практики.

Существует два главных источника исламского учения. Первый и важнейший это Коран. Мусульмане считают Коран дословным воспроизведением слова Бога, которое передавалось в виде откровения Пророку Мухаммаду (мир ему и благословение) в течение 22 лет (с 610 года по 632 год) и было продиктовано слово в слово архангелом Гавриилом.

Второй главный источник называется Сунной, или хадисами, что означает высказывания, действия и рекомендации Пророка Мухаммада. Хотя слова хадисов не считаются прямыми словами Бога, их считают еще одной формой откровения Пророку Мухаммаду – но лишь по содержанию. Из этих двух первичных источников черпаются общие принципы и руководство, определяющее нормы жизни в исламе. И хотя эти источники определяют общие принципы и нормы, они содержат и инструкции, применимые к частным случаям.

К основным источникам исламского права как нормативно-правовым актам можно отнести: байа, доктрину шариата, фетвы. Байа является конституционно-правовым договором правителя с народом об основных условиях избрания и правления. Шариат выступает целостной доктриной права, разработанной мусульманскими учеными.

И наконец фетвы как умозаключения выдающихся ученых мира ислама, имеющих общепризнанный авторитет (иджтихад, или усердие со стороны свидетельства ученого с целью получения ответа на новый вопрос или для решения проблемы).

Однако здесь мы заметим, что по мнению одного из ведущих российских исследователей ислама Л.Р. Сюкийянена [2], фикх в целом нельзя безоговорочно называть исламской юриспруденцией или исламской правовой доктриной. Однако на протяжении веков развития исламской цивилизации происходил постепенный процесс выделения в общем составе его выводов таких правил внешнего поведения, которые соответствовали правовым критериям. В содержательном отношении важнейшим рубежом в этом процессе явилось формирование общих принципов фикха.

В этой связи подчеркнем, что в юридическом смысле исламским правом могут быть названы отнюдь не все положения шариата и даже не все сформулированные фикхом правила внешнего поведения, а лишь те из них, которые отвечают правовым критериям и по своему содержанию могут рассматриваться как право.

Все перечисленные источники в совокупности дают развёрнутое представление о рамках дозволенного и запрещённого в системе хозяйствования в рамках исламской экономики.

Концепция «исламской экономической модели» зародилась в научных кругах сравнительно недавно - в 60-80-х годах XX в., когда страны мусульманского мира преодолели последствия колониальной экспансии запада и встали на путь построения подлинно независимых национальных государств. Но основы экономики и системы хозяйствования в исламе были заложены ещё в средневековье, а первые попытки анализа и теоретического осмысления такой системы хозяйствования находим в трудах Мухаммада ибн Мухаммада ибн Мухаммада ат-Туси аш-Шафии (имама Аль-Газали) (1058–1111) и Абд ар-Рахмана Ибн Мухаммада Ибн Халдуна ал-Хазрами (1332–1406). Выдающийся исламский богослов, философ и правовед Аль-Газали рассматривал вопросы бизнеса и финансов, считая, что экономическая деятельность, которая приносит пользу людям, – это тоже своего рода поклонение Всевышнему. В своих работах выдающийся учёный утверждает: «Все создания зависят от Аллаха, и больше всех Аллах любит того, кто более всего полезен его созданием». И далее: «И если ты обратишь внимание на богатство Сулеймана и положение Пророка (мир ему и благословение), что было дано ему, то поймёшь, что аскетизм – аскетизм в душе, а не в бедности» [3].

Ибн Хальдун стал первопроходцем в части диверсификации производства, необходимости интенсификации, придавая существенное значение техническому оснащению. При этом учёный считал, что обеспечить производительность и занятость населения возможно только при грамотно проводимой государственной политике. Кроме того, Ибн Хальдуна интересовали вопросы оптимального налогообложения, сокращения государственных служб, льготы и средства материального стимулирования, организационная структура, нормативно-правовая база и многое другое [4].

Из работ названных выше исламских учёных становится очевидным следование одному из главных правил Корана – человеческая жизнь едина и неделима на части, а все её составляющие – то, что дано Богом, труд и хозяйственная деятельность такие же неотъемлемые части человека, как и вера во Всевышнего.

Экономическая система в широком смысле слова – это большая и сложная структура, включающая различные функциональные компоненты (технические, экономические, социально-экономические и организационно-экономические). Любая система состоит из взаимосвязанных разнородных подсистем, каждая из которых также состоит из элементов. Устойчивость, равновесие компонентов и систем в целом имеют кратковременный, относительный, условный характер. Названные качества экономических структур представляют собой способность сохранять определенные закономерности движения экономических ресурсов и отношений. Это значит, что хозяйствственные связи неизбежно оказываются организованными тем или иным способом. Таких способов в истории хозяйствования известно несколько, а именно: традиционная экономика, командно-административная, рыночная. Но ни одна из существующих систем не функционирует в чистом виде, всегда прослеживаются элементы существования экономик других типов.

Сегодня исламскую экономику именуют как социально-ориентированное рыночное хозяйство. Временем возникновения концепции такого хозяйства являются послевоенные годы, а авторами создания – немецкие экономисты В. Ойген, Л. Эрхард, А. Мюллер-Армак и другие. Социально-ориентированное рыночное хозяйство отличается как от командно-административной, так и от регулируемой рыночной экономики, прежде всего тем, что целью экономической политики в ней является не просто обеспечение макроэкономической стабильности и устойчивого роста, но и поддержание определенной, приемлемой для данного уровня развития производительных сил, планки матери-

ального благосостояния широких слоев населения.

Но «теорию социально-ориентированного рыночного хозяйства, в строгом смысле, нельзя считать продуктом интеллектуального труда только западных ученых и философов, - отмечают в своем исследовании М.З. Гибадуллин, Т.М. Вахитова, - Многие принципы экономических отношений, которые сегодня оказались чрезвычайно актуальны, были заложены также в традиционном исламском мировоззрении. Правда, в силу имевших место до начала XX столетия закрытости исламских сообществ, эти взгляды были практически недоступны мировой экономической мысли. Но в условиях глобализации и интернационализации мирохозяйственных связей, когда страны мусульманского мира все более активно интегрируются в систему международных экономических отношений, становится очевидным, что в теоретическом плане он гораздо ближе к теории социального рыночного хозяйства, нежели страны Западной Европы и Северной Америки» [5, с.3].

Понять исламскую экономику не представляется возможным без понимания таухида, ведь часто исламскую экономику именуют таухидной. Итак, таухид означает единичность, уникальность и непрерывность Аллаха ни с одним из Его творений, а тремя важнейшими условиями таухида являются: вера в единого и единственного истинного Бога (Аллаха) как единственного Создателя, Хранителя и Опоры Вселенной; вера в то, что лишь один Бог (Аллах) достоин поклонения и безраздельно обладает Божественной властью; вера в уникальность сущности и свойств Бога, ибо все это свойства абсолютного совершенства.

Следствиями таухида являются и другие представления о единстве в мире, а именно: единство главного божественного послания человечеству, которое сообщалось в различных видах откровения; единство человечества, созданного Богом, всех людей как потомков одних Родителей; единство всех аспектов жизни человека, ибо они все подпадают под одну Божественную юрисдикцию; единство нынешней и будущей жизни.

Как видим, делить жизнь на религиозную и светскую, духовную и мирскую – значит противоречить сути таухида, а перечисленные выше источники исламского права как раз и подтверждают эти основные установки.

Цель сотворения человека по Корану – поклонение Богу. Но поклонение Богу в исламе не только исполнение ритуалов и чтение молитв. «Любой акт является потенциальным актом богослужения, если отвечает двум фундаментальным условиям:

первое – продиктован «чистым» намерением, второй – совершается в предписанных Богом границах. Даже наши повседневные занятия, мирские заботы – еда, сон, отдых – можно рассматривать как богослужение, если они отвечают этим двум условиям» [6].

Одним из главных и спорных вопросов в кораническом праве является вопрос о собственности. Правда в отличии от европейской правовой культуры, эта категория, особенно такая ее форма как частная собственность, не приобрела в мусульманском мире столь важного значения, какое она имела в римском праве. Это потому, что в самом общем смысле, собственником всех благ является только Бог, человеку же не принадлежит ничего, кроме доверенного на время Все-вышним. Но в более приземлённом понимании собственность – это отношение людей к вещам. С точки зрения экономической науки собственность возникает там, где имеет место хозяйственная деятельность. Быть собственником означает иметь возможность извлекать и присваивать выгоду, доход от обладания ею. «Согласно представлениям мусульманского вероучения Аллах создал и даровал своим последователям все сущее на земле. Из этого исходит понимание права собственности как особого закрепленного шариатом отношения между человеком и указанными благами. Иными словами, лицо, наделенное свыше тем или иным имуществом, т. е. законно им завладевшее, становится его собственником и, в частности, получает право препятствовать другим претендовать на него» [7].

Итак, человек был создан как наместник Бога на земле и, соответственно, он разумно и бережно должен распоряжаться теми ресурсами, единственным владельцем которых является Бог. Коран закладывает основу понимания и использования данных Богом ресурсов в различных областях хозяйственной деятельности. Но пользование ресурсами возможно только на условиях доверительного управления, а именно:

1) методы приобретения имущества должны быть законными: запрещается воровство, вымогательство, мошенничество и другие противоправные с точки зрения ислама действия;

2) пользование имуществом не должно затрагивать имущественных прав другого (например, строительство фабрики в жилом районе) или мешать доступу к природным ресурсам (строительство пляжей, водоотводов). Также следует учитывать общественный интерес, например, в случае обязательной экспроприации имущества, признанного необходимым для общества (экспроприация

автострад, прочих коммунальных сооружений) при условии выплаты компенсации владельцу;

3) владелец должен быть дееспособным для того, чтобы следить за своим имуществом, в противном случае от его имени действует опекун (например, в случае несовершеннолетнего лица);

4) выплата из имущества части (закят), в соответствии с предписаниями главного владельца (Бога). Закят это не десятина и не налог. Прежде всего, это акт богослужения, который удостаивается большой награды, а также один из видов применения принципа таухид в отношении собственности [8].

Ислам, опираясь на Коран как главный его источник, приказал трудиться и обещал вознаграждение за труд, и разъяснил разрешенные и запрещенные его виды, когда он считается поклонением Аллаху, а когда нет.

Значимость хозяйственной деятельности в исламе раскрывается следующими моментами: труд и хозяйственная деятельность – обязанность мусульманина; труд тоже является поклонением; труд рассматривается как стремление к благостям Аллаха, о чем свидетельствует множество Аятов Корана.

Рассматривая вопрос об отношении Корана к хозяйственной деятельности, производству, труду, зарабатыванию средств к существованию, отметим следующее: человеку предписано зарабатывать на жизнь дозволенным способом и избегать не разрешенных путей заработка. Коран призывает к труду и производству, но в большей степени обращает большое внимание на те искажения и отклонения, с которыми сопряжена любая хозяйственная деятельность. Так, Коран запрещает несправедливость, которая выступает в разных формах, а именно:

1) пожирание собственности других людей не по праву;

2) рыба (ростовщичество);

3) обмеривание при купле-продаже, обвещивания;

4) азартные игры;

5) взяточничество;

6) торговля спиртными напитками, наркотиками, музыкальными инструментами;

7) порча по земле, разрушение ресурсов, и тому подобные вещи, к которым толкает сильная любовь к богатству.

Таким образом, Коран гласит о том, что человеческая деятельность в этом материальном мире не является отклонением от учения всеобщего Аллаха, а наоборот считается подчинением Ему. Труд и вся человеческая деятельность – это путь

к достижению довольства Аллаха. Интересно и то, что в Коране мы находим чёткий указатель дозволенных для правоверного сфер хозяйствования: растениеводство, скотоводство, пчеловодство, морские инвестиции, морские судостроение и добыча, добыча жемчуга, ниспослание железа, промышленное производство и производство продовольствия.

Очень интересным и оригинальным в исламе является подход к налогообложению. Отметим, что уже в средневековье в исламском мире существовала четко раздробленная налоговая система, которая включала в себя две группы налогов – обязательные налоги и обязательные платежи. Объектами обязательных налоговых платежей являлись земля и различные виды имущества, как-то, денежные средства, скот, товарно-материальные ценности. Следует отметить, что в структуре мусульманского налогообложения отсутствует, как таковой подоходный налог. Основными налогами являлись закят (налог в пользу нуждающихся мусульман), джизья (подушная подать с иноверцев), ушр (закят с продуктов земледелия), харадж (земельный налог) и хумс (отчисление с различных видов добычи).

Одним из наиболее важных финансовых регуляторов исламской уммы является закят. Интересно, что этот налог остаётся в той общине, члены которой платят этот закят. В Коране чётко сказано о том, кому может быть выплачен закят: беднякам, сборщикам заката, гази (участникам «священной войны»), тем, кто склоняется к исламу (с целью привлечения их сердец или укрепления их в религии), мукатабам (рабам с целью их выкупа), несостоятельный должникам, путникам, не имеющим средств для возвращения домой.

Многие современные исследователи (Р.И. Беккин, Н.В. Жданов, А. Журавлев, Н.А. Иванов, Н.М. Мамедова, Л.Р. Сюкяйинен и др) отмечают, что исламская налоговая система носит вполне выраженный социальный характер. Налоги в мусульманском мире не просто являются источником финансирования государственных программ, но (и в Коране это неоднократно подчеркивается) призваны служить целям общественной благотворительности и вспомоществования.

Как видим, исламская система хозяйствования формировалась веками, однако основные принципы, основанные на Коране, соблюdenы и до наших дней. Об этом свидетельствует и Всеобщая исламская декларация прав человека, в которой в статье 15. «Экономический порядок и соответствующие права», сказано:

а) При осуществлении экономической деятель-

ности все люди имеют право на богатства природы и все ее ресурсы, являющиеся благом, дарованным Всеевышним всему человечеству.

б) Каждый имеет право зарабатывать на жизнь способом, разрешенным законом.

в) Каждый имеет право на собственность, как в индивидуальном порядке, так и совместно с другими. Национализация ряда экономических средств в общественных интересах признается легитимной.

г) Малоимущие имеют право на определенную часть благосостояния имущих в соответствии с закятом. Эта часть определяется и собирается в соответствии с законом.

д) Все средства производства должны использоваться целиком и полностью в интересах общества (Умма) и не могут использоваться недобросовестно либо небрежно.

е) Для обеспечения развития сбалансированной экономики и предотвращения возможности эксплуатации в обществе, исламский закон запрещает монополии, чрезвычайно закрытую коммерческую практику, ростовщичество, использование принуждения при заключении сделок и публикацию заведомо ложной рекламы.

ж) Разрешаются все виды экономической деятельности, не наносящие ущерба обществу (Умма) и не нарушающие исламские законы и ценности [9].

Резюмируя сказанное выше, отметим, что концептуальным стержнем исламской модели экономики является соблюдение баланса между интересами общества (уммы) и интересами частного лица.

Выше речь шла о странах, где ислам является титульной религией. Использование там исламской системы хозяйствования на государственном уровне (например, Республика Казахстан) уже даёт прекрасные практические результаты (рост ВВП, устойчивая банковская система). Нам же в контексте нашего исследования интересно, насколько принципы исламской системы хозяйствования могут быть использованы в нашей стране сегодня, где ислам – только одна из многих религий, а основная масса населения относит себя к сторонникам христианства.

В соответствии с Конституцией Украины [10] и Законом Украины «О свободе совести и религиозных организациях» от 23 апреля 1991 г. № 987-XII [11] исламские организации (как и все прочие) отделены от государства. Исламские религиозные организации приобретают статус юридического лица с момента регистрации своего устава в соответствующих государственных органах. Так же,

как и все остальные религиозные организации в Украине, исламские религиозные организации имеют право на беспрепятственное отправление религиозных культов и ритуальных обрядов, а также на осуществление религиозной деятельности (ст.35 Конституции Украины). Кроме того, исламские религиозные организации в соответствии с законодательством Украины для обеспечения своей основной деятельности имеют право основывать предприятия (ч.4 ст.112 Хозяйственного кодекса Украины [12]). Религиозные организации в Украине отнесены к некоммерческим, и для них законодательно разрешена предпринимательская деятельность наряду с уставной непредпринимательской.

Очевидным является тот факт, что исламские религиозные организации, создавая предприятия, основываются на всех изложенных выше принципах, источником которых является Коран и Сунна. Кроме того, и сегодня основными средствами, поступающими в распоряжение исламских религиозных организаций являются zakat, sadak (денежное пожертвование), вакуф (имущество, переданное государством или отдельным лицом на религиозные или благотворительные цели), ушр и т.д. Основными организационно-правовыми формами мусульманских организаций в Украине являются умма, духовное управление мусульман, мечеть, медресе, мектеб, партия и др.

Выводы. Ислам, который существует на землях Украины уже более тысячи лет, является не только одной из религий в нашей поликонфессиональной стране, а особым мировоззрением, образом жизни. Основными источниками религиозного учения в исламе является Коран и Сунна – они представляют не просто набор основных правил для верующего – это и социальная доктрина, и основы политического устройства государства, и принципы построения экономической системы государства и осуществления хозяйственной деятельности и т.д.

Именно «религиозно-этические постулаты, оказывая значительное влияние на поведение хозяйствующих субъектов предопределяют цель исламской экономической модели – «достижение широкого общественного блага в противоположность узко взятому материальному благополучию» [10].

Следует отметить, что по вопросам хозяйственной деятельности и хозяйственных отношений исламская и европейская правовые культуры чаще всего не выступают как оппоненты, а дополняют друг друга или даже эффективно взаимодействуют. Это обстоятельство следует учитывать при оценке перспектив мусульманско-правовой культуры в Украине.

Список использованной литературы

- Гибадуллин М.З., Вахитова Т.М. Основы исламской экономики: теория и практика хозяйствования. Учебное пособие/ М.З. Гибадуллин. – Казань: ТГГПУ, 2009. – 195 с.
- Сюкийянен Л.Р. Мусульманское право собственности: юридическое осмысление религиозных постулатов [Электронный ресурс] // Отечественные записки. – 2004. – №6 (21). Режим доступа: <http://www.strana-oz.ru/2004/6/musulmanskoe-pravo-sobstvennosti-yuridicheskoe-osmyslenie-religioznyh-postulatov>
- Абу Хамид аль-Газали О наиболее ясных доказательствах для подтверждения мусульманского вероучения [Электронный ресурс] // Режим доступа: http://www.sufizm.ru/lib/gasali/clean_proff/
- Ибн Халдун Введение в историю (ал-Мукаддима). Фрагменты. Перевод с арабского, комментарии и примечания И. Л. Алексеева, А. В. Душак и А. Ш. Столыпинской // Pax Isamica, 1/2008. – С.15-21.
- Гибадуллин М.З., Вахитова Т.М. Основы исламской экономики: теория и практика хозяйствования. Учебное пособие/ М.З. Гибадуллин. – Казань: ТГГПУ, 2009. – 195 с.
- Бадави Д. Этика предпринимательства в исламе (части 1 и 2) [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://islam.com.ua/muamlyat/895-etika-predprinimateystva-v-islame-chasti-1-2>
- Сюкийянен Л.Р. Мусульманское право собственности: юридическое осмысление религиозных постулатов [Электронный ресурс] // Отечественные записки. – 2004. – № 6. – Режим доступа: <http://www.strana-oz.ru/2004/6/musulmanskoe-pravo-sobstvennosti-yuridicheskoe-osmyslenie-religioznyh-postulatov>
- Бадави Д. Этика предпринимательства в исламе (части 1 и 2) [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://islam.com.ua/muamlyat/895-etika-predprinimateystva-v-islame-chasti-1-2>
- Всеобщая исламская декларация прав человека (Принята по инициативе Исламского совета Европы и зачитана 19 сентября 1981 года в Париже, в штаб-квартире ЮНЕСКО, генеральным секретарем Исламского совета г-ном Салемом Аззамом) [Электронный ресурс] // Режим доступа: http://www.idmedina.ru/books/history_culture/minaret/16/declaracia-01.htm
- Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року №254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. –1996. – №30.
- Про свободу совісті та релігійні організації : Закон України від 2323 квітня 1991 року №987-XII / Верховна Рада УРСР // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – №25.
- Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року № 436-IV / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №18-22.
- Хайруллов Д.С. Экономика религиозных исламских организаций / Д.С. Хайруллов, В.М. Якупов, Ш.И. Гафуров. – Казань : К(П)ФУ, 2012. – 233с.

УДК 346.7: 336.76

APPLICATION OF INTERNATIONAL STANDARDS FOR THE REGULATION OF DEPOSITORY AND CLEARING ACTIVITIES IN UKRAINE

Valeriiia MELNYK,

PhD student of commercial law department, Taras Shevchenko National University of Kyiv

SUMMARY

The article, through the definition of an international standard of legal regulation, identifies and examines the key principles that are necessary for the functioning of a reliable and efficient accounting, settlement and clearing system.

A list of international and regional organizations, that elaborate standards in the field of depository activity organization, is presented and the main documents, containing international standards for payments, clearing and settlement systems, are analyzed.

Measures for the further implementation of international standards in domestic legislation for the effective functioning of post-trade infrastructure in Ukraine are proposed.

Keywords: *international standards, depository activity, clearing activity, stock market.*

АНОТАЦІЯ

У статті через поняття міжнародного стандарту правового регулювання виділяються та досліджуються ключові принципи, дотримання яких є необхідним для функціонування надійної та ефективної облікової та розрахунково-клірингової системи.

Наводиться перелік міжнародних та регіональних організацій, які розробляють стандарти у сфері організації системи депозитарної діяльності та аналізуються основні документи, які містять міжнародні стандарти для платежів, клірингових і розрахункових систем.

Пропонуються заходи щодо подальшої імплементації міжнародних стандартів у вітчизняне законодавство з метою ефективного функціонування пост-торгівельної інфраструктури в Україні.

Ключові слова: *міжнародні стандарти, депозитарна діяльність, клірингова діяльність, фондовий ринок.*

Formulation of the problem. Adaptation of the national legislation of Ukraine to international law is a priority component of the process of Ukraine's integration into the European Union (hereinafter the EU) and to the world community, which in turn is a priority area of Ukrainian foreign policy.

The domestic legislation on the regulation of depository and clearing activities in the context of international integration is influenced by the requirements and recommendations of international organizations.

International law draws attention to the system significance for the functioning of the securities markets of Central Securities Depositories (CSDs) and central counterparties (CCP), which promote post-trade infrastructure, protect financial markets and provide market participants with confidence that securities transactions will be properly executed.

Contemporary trends in world capital markets are encouraging participants in local stock markets to change approaches to building accounting systems for securities ownership, clearing and settlement of securities agreements in accordance with international standards.

The degree of scientific development. Issues of

legal regulation of depository and clearing activities were highlighted in the works of Ukrainian and foreign scientists, such as K.R. Adamova, B.O. Bondarenko, M. O. Burmaka, S.I. Brus, S.Ia. Vavzhenchuk, Yu.V. Vashchenko, A. T. Holovko, O.V. Kolohoida, Z.Ia. Lapysko, I.R. Nazarchuk, I.V. Pavlova, V.I. Poliukhovich, A.V. Popova, A.A. Puchkov, S.H. Khoruzhyi, B.V. Cherkaskyi and others.

The subjects of these studies, among other things, were the preconditions for the implementation of the recommendations of global organizations for regulating the stock market in the domestic securities market.

At the same time, issues of the application of international standards in the legal regulation of depository and clearing activities remain insufficiently highlighted.

The purpose of the article is to study international standards for the regulation of depository and clearing activities, the state of their implementation in Ukrainian legislation, the determination of prospects for further coordination, alignment of legal regulation with international standards and improvement of domestic legal regulation in this area.

The main material. The standard in the broad sen-

se can be defined as a sample, a model that is adopted for output to compare with other similar objects.

Scientists use the term “international legal standards” to refer to the set of rules, enshrined in various international documents, which define some standardized (unified) rules of conduct of subjects of international law in those or other areas of interstate cooperation [1, c. 136].

That is, under the standards of depository activity, we understand some common requirements and rules for the establishment of depository systems, which are examples of the best world practices, enshrined in the relevant regulatory acts.

In accordance with the Law of Ukraine of 05.06.2014 № 1315-VII “On Standardization”, a standard is a normative document, based on a consensus, adopted by a recognized body, which establishes rules, instructions or characteristics of an activity or its results for a general and repeated use and aimed at achieving the optimum degree of order in a certain area.

The International Standard for the regulation of depository and clearing activities can be defined as an international organization's document, containing the fundamental universal rules, methods, conditions, designed to create an effective system for accounting for securities rights, clearing and settlement transactions with them to ensure the development of a stable and reliable stock market.

Thus, the term international standard is used in two meanings - as a document and as a separate rule (principle) for the construction and functioning of depository and clearing systems.

The development of international standards is the result of the work of relevant international and regional organizations in the field of depository activity, such as: the International Organization of Securities Commissions (IOSCO); Committee for Payment and Settlement Systems of the Bank for International Settlements (CPSS of BIS); The Group of Thirty (G30); International Securities Services Association (ISSA); Association of European Central Securities Depositories (ECSDA); Committee of European Securities Regulators (CESR); Association of Eurasian Central Depositories; Parliament and Council of the European Union and others.

Among the main documents, that contain international standards for payment, clearing and settlement systems, it's expedient to highlight “Principles for financial market infrastructures”, published by the Committee on Payment and Settlement Systems (CPSS) and the International Organization of Securities Commissions (IOSCO) [2]; Global Clearing and Settlement: A Plan of Action, adopted by The Group of Thirty in 2003 [3]; Recommendations of International Securities Services

Association (ISSA); Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement system [4]; Directive 2009/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 amending Directive 98/26/EC on settlement finality in payment and securities settlement systems and Directive 2002/47/EC on financial collateral arrangements as regards linked systems and credit claims [5]; Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements [6]; Regulation (EU) № 909/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on improving securities settlement in the European Union and on central securities depositories and amending Directives 98/26/EC and 2014/65/EU and Regulation (EU) № 236/2012 (Regulation № 909/2014) [7].

1. CSD should have appropriate rules and procedures to help ensure the integrity of securities issues, minimize and manage the risks associated with the safekeeping and transfer of securities.

This principle is enshrined in the Principles for Financial Market Infrastructure under № 11 and related to the activities of Central Securities Depositories directly.

In Ukraine, in order to limit risks in the course of depository and clearing activities, the above principles are reflected in the Regulation on prudential standards for professional activities in the stock market and requirements for a risk management system [8], which, in particular, identifies the main risks of depository and clearing activities in the stock market, establishes the procedure of calculation and normative values of the prudential indicators used for their measurement and evaluation, defines the requirements for the depository and clearing entities to prevent and minimize the impact of risks in their activities.

2. CSD should maintain securities in an immobilised or dematerialised form for their transfer by book entry.

The depository reform in Ukraine allowed to ensure the immobilization and dematerialization of securities. Procedure of actions of the issuer and professional participants of the depository system of Ukraine in order to ensure the existence of securities in a non-documentary form, the issues of which were not translated into this form before the Law of Ukraine «On the Depository System of Ukraine» (10.12.2013) came into force, shall be established by the relevant decisions of the National Securities and Stock Market Commission (NSSMC) [9;10].

The depository assets for the CSD in Ukraine are, among others, the global/temporary global securities certificates - for securities of non-documentary form of

existence, certificates of immobilization of registered securities, temporarily stored in the Central Depository until the moment of dematerialization or cancellation of issue of securities [11].

3. The principle of delivery versus payment (DVP), in accordance with G30 recommendation № 5, should be employed as the method of settling all securities transactions.

The mentioned principle is not fully implemented in Ukraine, since not all securities transactions are performed on the principle of «delivery of securities against payment».

Settlements on securities transactions performed outside of the stock exchanges may be carried out both in accordance with the principle of “delivery of securities against payment” and without observance of this principle (part 6 article 20 of the Law “On Depository System of Ukraine”).

It is necessary to ensure the full functioning of this principle, by enshrining in the legislation a norm according to which settlements for all securities transactions and cash account between direct participants of the securities settlement system used by the CSD should be executed on the terms of DVP (delivery against payment).

DVP in G30 Recommendations is defined as follows: simultaneous, final, irrevocable and immediately available exchange of securities and cash on a continuous basis throughout the day.

According to the Glossary of terms used in payments and settlement systems, adopted by The Committee on Payment and Settlement Systems Bank for International Settlements, DVP is a link between a securities transfer system and a funds transfer system that ensures that delivery occurs if, and only if, payment occurs [12, c. 20].

According to the definition given in article 1 of the Law of Ukraine «On the Depository System», settlement according to the principle «securities delivery versus payment» is a mechanism of securities transactions settlement, which assumes that securities and/or rights in securities and securities entitlements are transferred immediately after the corresponding cash transfer.

That is, Ukrainian legislation interprets this principle so that the transfer of securities should take place immediately after the transfer of funds, not simultaneously.

The moment of settlement finality, in accordance with the Principles for financial market infrastructures, should have a legal definition (Principle 1: Legal Framework) [2, c. 22].

The moment of settlement finality for transactions with securities, records of which are kept by the CSD,

is defined in part 1 of article 20 of the Law “On Depository System”. However, the moment of settlement finality for transactions with securities, records of which are kept by the National Bank of Ukraine (NBU) is not currently established in the legislation.

We consider it necessary to eliminate the mentioned gap and fix in the article 20 of the Law of Ukraine “On Depository System” the moment of settlement finality: Settlement of DVP transactions (executed on a stock exchange or OTC) with securities, records of which are kept by the National Bank of Ukraine according to the terms of reference covered by this Law, is considered to have been accomplished only if the following conditions had been met: - the NBU submits information resulting from securities transactions settlement to depository institutions; - on the grounds of the received information depository entities transfer rights in securities on depositors' securities accounts; - the NBU receives information from depository institutions on completed transference.

The peculiarity of the implementation in Ukraine of DVP principle is the monopoly of the Settlement Center, whose exclusive competence is to carry out cash settlements of DVP transactions with securities and other financial instruments executed on stock exchanges and OTC.

The indicated situation is not in accordance with the requirements of part 2 article 34 of Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC, which sets that regulated markets in the Member States territory are required to offer all their participants the right to designate the system for the settlement of transactions in financial instruments undertaken on that regulated market [13].

The settlement functions that are assigned to the Settlement Center in Ukraine are performed globally by central depositories and central banks. The deprivation of the Central Depository's ability to make settlements through its own account with the NBU and the presence of such an intermediary as the Settlement Center deforms the settlement mechanism by the principle of “delivery of securities against payment” (DVP). Additionally, according to international standards, such depository cannot be recognized as a fully functional central depository, capable of interacting with similar entities from other countries.

Taking into account the above, we consider it expedient to concentrate the settlement functions on the securities market in the Central Depository by opening

an account with the NBU and granting the CSD the status of participant in the Electronic Payment System.

4. Time limits for the execution of concluded contracts: all matching transactions between all direct market participants should be performed on day T + 0, and the final execution of the agreements must occur no later than on the day T + 3. The specified standards are set out in the Recommendations of Group 30 (recommendations 1 and 7) and the Recommendations for securities settlement systems of the Committee on Payment and Settlement Systems and Technical Committee of the IOSCO (recommendations 2 and 3) [14].

These standards are implemented in the legislation of Ukraine. Settlements on securities transactions and an appropriate exchange of information between the Central Depository and the Settlement Center are carried out only during the current operational day of the Central Depository. All securities settlements on depositor's accounts of depositories entities, initiated by the Settlement Center on the relevant business day and for which confirmation of cash settlement completion has been provided, shall be ended by depository institutions before the end of the current trading day of the settlement of the Central Depository [11].

According to article 20 of the Law "On Depository System of Ukraine", DVP securities transactions executed on a stock exchange shall be settled not later than on the third business day from the day, on which a corresponding transaction has taken place.

5. Using of central counterparties (CCP) in the process of settlement of securities agreements. Recommendation № 6 of the G30 Plan of Action is topical to Ukraine. Central counterparties stabilize the financial market, because they guarantee the fulfillment of market participants obligations and, in fact, take on all the risks. This institute is currently used by all major stock exchanges in the world.

The Settlement Center (SC) is the only clearing institution in Ukraine. However, the SC cannot be considered to be a full-fledged central counterparty, according to the international experience, in view of its non-implementation of operations with OTC derivatives (the centralized clearing technology for derivatives are actually implemented by stock exchanges).

In addition, the SC acts as a bank now, and the central counterparty has its own functions and specifics of work, that are not combined and should not intersect with banking activities.

Reforming Ukrainian legislation to fully implement the central counterparty institution is one of the key areas for further Ukraine's depository reform.

6. The codes and structure of messages for workflow on transactions with securities must comply with the international standards SWIFT Securities Messa-

ges, the International Organization for Standardization (ISO). In addition, countries should use the ISIN Securities Numbering System in accordance with ISO 6166 [15].

In pursuance of one of the ISSA recommendations regarding the adherence to the international securities issue number system, Ukraine has adopted the ISO standards for documents on transactions with securities and also uses the ISIN securities identification numbering system (according to ISO 6166). Transnational securities operations and functional interaction with foreign depositories are provided by the information processing system S.W.I.F.T., to which Ukrainian CSD joined in 2008.

7. Principle of interaction and convergence of securities servicing systems at the transnational level, if it helps to eliminate operational risk, reduce costs and increase the efficiency of market functioning.

Currently, Ukrainian CSD has established links with Clearstream Banking Luxembourg, National Settlement Depository (Russian CSD), Republican Central Securities Depository (Belorussian CSD).

7. Centralization of the depository system. In international practice of stock market functioning, the central securities depository (CSD) is the key institution of the depository system.

Based on the Group 30 recommendations each country was recommended to have the Central Depository fully developed and working effectively prior to 1992 (Recommendation 3) [16].

The full centralization of the depository system and the existence of a single Central Depository prevails in the EU countries and most of the countries with a market economy.

The Comprehensive Program of the financial sector's development in Ukraine up to 2020 approved by the Decree of the National Bank of Ukraine dated from June 18, 2015 No. 391 [17] defines the tasks to ensure the centralization of the Ukrainian depository functions. The program involves obtaining the status of the Bank by Central Depository and the transfer of the government/municipal bonds, records of which are kept by the National Bank of Ukraine, to the CSD.

8. Abidance of high technical requirements. Regulation No. 909/2014 emphasizes the necessity for CSD to have a robust software and maintain appropriate IT tools that ensure a high degree of security and operational reliability, and have adequate capacity. IT tools shall adequately deal with the complexity, variety and type of services and activities performed so as to ensure high standards of security, and the integrity and confidentiality of the information maintained.

Requirements for the software used by the Central

Depository of Ukraine are established by CSD in its internal documents in accordance with the legislation. Since hardware and software are key to ensuring a reliable depository record of securities ownership and other functions, it is appropriate to consolidate more detailed requirements for IT tools not only in internal documents, but also at the level of law or separate regulation.

9. Use of uniform reporting and information exchange standards.

Legislation of Ukraine establishes that professional participants of the depository system compile financial statements and consolidated financial statements, as well as disclose information about their activities according to international financial reporting standards [18;19].

The International Financial Reporting Standards are standards issued by the International Accounting Standards Board (IASB) to provide a common global language for business affairs so that company accounts are understandable and comparable across international boundaries.

The Comprehensive Program of the financial sector's development in Ukraine up to 2020 for this purpose provided the implementation of following legislation acts in accordance with the Association Agreement between Ukraine and the EU: Council Directive 86/635/EEC of 8 December 1986 on the annual accounts and consolidated accounts of banks and other financial institutions; Directive 2001/65/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 amending Directives 78/660/EEC, 83/349/EEC and 86/635/EEC as regards the valuation rules for the annual and consolidated accounts of certain types of companies as well as of banks and other financial institutions.

Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC (further - Directive 2013/34/EU) is the EU's basic regulatory framework for accounting [20].

Directive 2013/34/EU establishes that the annual financial statements shall constitute a composite whole and shall for all undertakings comprise, as a minimum, the balance sheet, the profit and loss account and the notes to the financial statements.

Contrary to the European legislation, in Ukraine there is no exigency to provide a management report and a report on corporate governance; the criteria for assigning enterprises to micro-enterprises, small, me-

dium-sized and large enterprises, which affects the presentation of their financial statements, are not defined.

The reporting procedure for the SC as for bank is provided both in the normative act of the NBU [21] and in the Rules of the Settlement Center (hereinafter - the Rules of the SC) [22].

In order to bring normative legal acts, which regulated the reporting of the Central Depository, to the requirements of the Directive 2013/34/EC, we consider it necessary to change sub-clause 6 of clause 4 of the Procedure for disclosure by the Central Securities Depository of information about the results of its activity and structure of property [23], setting it in the following revision:

6) annual report of the Central Depository, including a statement of financial position (balance sheet); profit and loss statement and other comprehensive income (statement of financial results); statement of changes in equity (statement of equity); statement of cash flows; notes.

And it's expedient to supplement clause 4 of the Procedure for disclosure by the Central Securities Depository of information about the results of its activities and ownership structure by the following points:

7) management report and report on corporate governance;

8) a conclusion provided by an official auditor or an audit firm.

Also, the clause 6 of the Procedure and Conditions for the provision of the status of the CSD approved by the Decision of the NSSMC of 04-16-2013 № 597, should be supplemented with the paragraph 10, according to which the Rules of the Central Depository should provide for a separate section dedicated to the reporting procedure and the procedure for disclosure and promulgation information of the Central Depository' activities [24].

The definition of "public-interest entities" is used in Directive 2013/34/EC and means undertakings which are, among others, designated by Member States as public-interest entities, for instance undertakings that are of significant public relevance because of the nature of their business, their size or the number of their employees (clause d of paragraph 1 of article 2). Additional disclosure requirements should apply to this category of enterprises.

It is obvious that National Depository of Ukraine (Ukrainian CSD) with a share of state ownership of 95.8% (at the end of the 1st quarter of 2017) and Settlement Center with a state share of 90.8%, which occupy a monopoly position and are key participants in the depository system, ensuring the stability of the post-trading infrastructure of the stock market, are "public-interest entities".

The further introduction of these additional disclosure requirements in accordance with the requirements of articles 17-18 of the Directive 2013/34/EC is necessary in order to fully implement the principle of compliance unified reporting and information exchange standards.

Article 30 of Directive 2013/34/EC requires undertakings to publish the duly approved annual financial statements and the management report, together with the opinion submitted by the statutory auditor or audit firm within a reasonable period of time, which shall not exceed 12 months after the balance sheet date.

For the CSD in Ukraine the reporting deadline is set at 4 months 24 [24] and for SC - month (paragraph 17.4 SC Rules), which is much smaller than in most European countries, where this period is averagely 7 months (Czech Republic, Spain, Finland, France, Norway) [25, c. 8].

10. Systems for clearing and settlement of securities transactions should be subject to regulatory oversight, and designed to ensure that they are fair, effective and efficient and that they reduce systemic risk.

This principle is provided in the IOSCO Objectives and Principles of Securities Regulation and is implemented in Ukrainian legislation.

In the Comprehensive Program of the financial sector's development in Ukraine up to 2020, among measures aimed at building the institutional capacity of financial sector regulators, there are provided a phased transition to supervision based on risk assessment: firstly – established necessity for analysis of international experience and secondly – established standards of supervision based on risk assessment, including the IOSCO Objectives and Principles of Securities Regulation, in order to bring adaptation of legislation and internal regulations of state regulators to international standards of supervision.

Requirement of article 34 of Directive 2013/34/EC, with regard to ensuring that the financial statements of public-interest entities, medium-sized and large undertakings are audited by one or more statutory auditors or audit firms, has been reflected in Ukrainian legislation. In accordance with part 12 of article 9 of the Law "On Depository System of Ukraine", the Central Depository is obliged to perform annual audit of its activity according to international audit standards in keeping with requirements, defined by the NSSMC.

An auditor's conclusion (independent auditor's report), submitted by the Central Depository during an annual audit of its activity, should be drawn up in accordance with the requirements of the International standards on quality control, audit, inspection, other assurance and related services [26].

Conclusions. The study and analysis of international standards of depository and clearing activities allows us to conclude that, despite their partial implementation in domestic legislation, there is presence of incomplete implementation of the principles declared by them, which impedes the effective functioning of post-trade infrastructure.

Further adaptation of international standards, in particular, the complete centralization of depository system and the full implementation of the central counterparty institution, will ensure successful output to international capital markets for Ukrainian investors, reduce the level of risk in concluding agreements, allow foreign investors to be attracted to the domestic stock market and promote the inflow of foreign capital into Ukraine.

The author's further research directions are the issues of harmonization of Ukrainian legislation with the norms of European and international law with regard to depository and clearing activities, in particular, regarding the implementation of international reporting standards for CSD and SC, as well as the role of regulatory bodies and the Central Bank in ensuring the application of standards for depository and clearing activities.

References

1. Бабкова В. С. Міжнародні стандарти як джерела судового права України / В. С. Бабкова // Право України. – 2015. – № 7 – С. 136–143.
2. Principles for financial market infrastructures. Bank for International Settlements and International Organization of Securities Commissions 2012.-188 p. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.bis.org/cpmi/publ/d101a.pdf>.
3. Global Clearing and Settlement: A Plan of Action. G30 Working Group, 2003. – 143 p. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.group30.org/>.
4. Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems// Official Journal of the European Communities L 166, 11. 6. 98, p. 0045 – 0050.
5. Directive 2009/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 amending Directive 98/26/EC on settlement finality in payment and securities settlement systems and Directive 2002/47/EC on financial collateral arrangements as regards linked systems and credit claims (Text with EEA relevance) // Official Journal of the European Union L 146, 10.6.2009, p. 0037 - 0043.
6. Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements//Official Journal of the European UnionL 168 , 27/06/2002 P. 0043 – 0050.

7. Regulation (EU) No 909/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on improving securities settlement in the European Union and on central securities depositories and amending Directives 98/26/EC and 2014/65/EU and Regulation (EU) No 236/2012// Official Journal of the European Union L 257, 28.8.2014, p. 1-72.

8. Положення щодо пруденційних нормативів професійної діяльності на фондовому ринку та вимог до системи управління ризиками: Рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку № 1597 від 01.10.2015.

9. Про затвердження Положення про порядок забезпечення існування іменних цінних паперів у бездокументарній формі: Рішення НКЦПФР від 22.01.2014 № 47/ Офіційний вісник України. – 2014. – №21. – Ст. 651.

10. Порядок реєстрації випусків акцій акціонерних товариств, створених до набрання чинності Законом України «Про цінні папери та фондовий ринок», та переведення таких випусків у систему депозитарного обліку : Рішення НКЦПФР від 26 лютого 2013 р. № 249 / Офіційний вісник України. – 2013. – № 27. – Ст. 937.

11. Регламент провадження депозитарної діяльності Центрального депозитарію цінних паперів: Рішення Правління Публічного акціонерного товариства «Національний депозитарій України» від 14.09.2016 № 1/21. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://csd.ua/images/stories/pdf/Reglament_CD_201610.pdf.

12. A glossary of terms used in payments and settlement systems. The Committee on Payment and Settlement Systems Bank for International Settlements (Basel, Switzerland). – March 2003. – 53 p. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.bis.org/cpmi/glossary_030301.pdf.

13. Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC //Official Journal of the European Union L 145, 30.4.2004, p. 1-44.

14. Recommendations for securities settlement systems. Bank for International Settlements and International Organization of Securities Commissions, November 2001. Bank for International Settlements Information, Press & Library Services CH-4002 Basel, Switzerland, 55 p. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.bis.org/cpmi/publ/d46.pdf>.

15. Securities and related financial instruments — International securities identification numbering system (ISIN): ISO 6166:2013. [Електронний ресурс]. Режим доступу:<https://www.iso.org/standard/44811.html>.

16. Clearance and Settlement Systems in the World's Securities Markets/G30 Working Committees of the Securities Clearance and Settlement Study. –1989.–87p. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://group30.org/publications/detail/49>.

17. Комплексна програма розвитку фінансового сектору України до 2020 року, затверджена Постановою Правління Національного банку України від 18 червня 2015 року № 391 (у редакції рішення Правління Національного банку України від 16 січня 2017 року № 28). [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://bank.gov.ua/doccatalog/document?id=43352266>.

18. Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні: Закон від 16.07.1999 № 996-XIV. – Офіційний вісник України. – 1999. – № 33. – ст. 71.

19. Про затвердження Порядку подання фінансової звітності: Постанова Кабінету Міністрів України; від 28.02.2000 № 419. – Офіційний вісник України. – 2000. – № 9. – ст. 344.

20. Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC // Official Journal of the European Union. – 29.6.2013. – L 182/19 – L 182/76.

21. Про затвердження Інструкції про порядок складання та оприлюднення фінансової звітності банків України: Постанова Національного банку України від 24.10.2011 № 373// Офіційний вісник України. – 2011. – № 90. – ст. 3275.

22. Правила публічного акціонерного товариства «Розрахунковий центр з обслуговування договорів на фінансових ринках»; Зареєстровано постановою Правління Національного банку України 11.09. 2015 р. № 600.[Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.ausd.com.ua/doc/sc.content/doc/doc/20102015_Rules_SC_Bank.pdf.

23. Про затвердження Порядку оприлюднення Центральним депозитарієм цінних паперів інформації про результати своєї діяльності та структуру власності: Рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку № 951 від 04.06.2013// Офіційний вісник України. – 2013. – № 50. – ст. 1807.

24. Про затвердження Порядку та умов надання статусу Центральному депозитарію цінних паперів: Рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку № 597 від 16.04.2013 // Офіційний вісник України. – 2013. – № 37. – Ст. 1318.

25. Гура Н. Імплементація директиви 2013/34/ЄС в Україні з урахуванням міжнародного досвіду / Н. Гура // Вісник Київського національного університету ім. Т. Шевченка. Серія «Економіка». – 2015. – № 10 (175). – С. 6–10.

26. Про затвердження Вимог до аудиторського висновку, що подається до Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку при проведенні Центральним депозитарієм щорічного аудиту своєї діяльності: Рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку № 1247 від 16.07.2013// Офіційний вісник України. – 2013. – № 61. – Ст. 2210.

Dreptul muncii

CZU 349.2

О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ ПРИМЕНЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, РЕГУЛИРУЮЩЕГО ТРУДОВУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ТРУДЯЩИХСЯ- ИММИГРАНТОВ

А. СОСНА,

доктор права, преподаватель юридического факультета МГУ, ст. научный сотрудник ИЮПИ АНМ

АННОТАЦИЯ

Статья посвящается анализу закона РМ «О трудовой миграции», раскрываются особенности заключения и прекращения индивидуальных трудовых договоров с трудящимися – иммигрантами, обращается внимание на необходимость совершенствования отдельных правовых норм закона РМ «О трудовой миграции».

Ключевые слова: трудящиеся – иммигранты, приграничный работник, иностранный посредник, право на трудовую деятельность, право на временное пребывание с целью трудовой деятельности, временный вид на жительство с целью трудовой деятельности, отзыв права на трудовую деятельность.

ABOUT SOME PROBLEMS OF THE APPLICATION OF THE LEGISLATION REGULATING LABOR ACTIVITY OF IMMIGRANT WORKERS

А. SOSNA,

Doctor of Law, lecturer at the Faculty of Law, Moscow State University, art. Research Fellow, IUPI ASM

SUMMARY

The article is devoted to the analysis of the law of the Republic of Moldova “On Labor Migration”, specifies the specifics of concluding and terminating individual labor contracts with immigrant workers, draws attention to the need to improve certain legal norms of the law “On Labor Migration”.

Keywords: immigrant workers, frontier worker, foreign intermediary, the right to work, the right to temporary stay for work, a temporary residence permit for labor, the withdrawal of the right to work.

Актуальность темы обусловлена недостаточным освещением правового статуса трудящихся - иммигрантов в нашей юридической литературе.

В частности, в такой фундаментальной работе, как «Трудовое право Молдовы. Учебно-практическое пособие», объемом 476 страниц (авторы Капша Т., Сосна Б., Захария С.), изданной в Германии в 2016 году, о трудящихся - иммигрантах вообще не упоминается.

Актуальность темы обусловлена также существенными изменениями и дополнениями, которые были внесены в закон РМ «О трудовой миграции» № 180-XVI от 10.07.2008 года в 2012, 2016 годах, а также в марте и мае 2017 года.

Изложение основного материала.

Основными источниками права, регулирующими трудовую деятельность трудящихся – иммигрантов в Республике Молдова, являются:

1. Трудовой кодекс Республики Молдова (далее – ТК РМ) № 154-XV от 28.03.2003 года, [1]

2. Закон РМ «О трудовой миграции» № 180-XVI от 10.07.2008 года,[2]

3. Закон РМ «О законодательных актах» № 780-XV от 27.12.2001 года.[3]

Труд мигрантов регулируется также Конвенцией Международной организации труда № 97 от 1 июля 1949 года «О трудящихся –мигрантах».

Трудовые отношения между работодателем из Республики Молдова и трудящимися – иммигрантами оформляется путём заключения индивидуальных трудовых договоров в письменной форме и последующего издания приказа (решения, распоряжения, постановления) работодателя о приеме трудящегося – иммигранта на работу.

Легальное определение понятия «индивидуальный трудовой договор» содержится в ст. 45 ТК РМ, согласно которой индивидуальный трудовой договор – соглашение между работником и работодателем, на основании которого работник обязуется выполнять работу, соответствующую определенной специальности, квалификации или

должности, на которую он назначен, с соблюдением правил внутреннего распорядка предприятия, а работодатель обязуется обеспечить работнику условия труда, предусмотренные настоящим кодексом, иными нормативными актами, содержащими нормы трудового права, коллективным трудовым договором, а также своевременно и в полном размере выплачивать ему заработную плату.

Содержание индивидуального трудового договора должно соответствовать части (1) ст. 49 ТК РМ, в соответствии с которой содержание индивидуального трудового договора определяется по соглашению сторон с учетом положений действующего законодательства и включает следующее:

- a) фамилию и имя работника;
- b) идентификационные реквизиты работодателя;
- c) срок договора;
- d) дату вступления в силу договора;
- d¹) специальность, профессию, квалификацию, должность;
- e) должностные функции;
- f) риски, сопутствующие должности;
- f¹) наименование подлежащей выполнению работы (в случае индивидуального трудового договора на период выполнения определенной работы – ст. 312 – 316);
- g) права и обязанности работника;
- h) права и обязанности работодателя;
- i) условия оплаты труда, в том числе размер должностного оклада или тарифной ставки, надбавки, премии и материальную помощь (в случае, когда они являются частью системы оплаты труда предприятия), а также периодичность платежей;
- j) компенсации и выплаты, в том числе за тяжелую работу и работу с вредными и/или опасными условиями труда;
- k) рабочее место. Если рабочее место не является фиксированным, отмечается, что у работника могут быть разные рабочие места, и указывается юридический адрес предприятия или, по обстоятельствам, место жительства работодателя;
- l) режим труда и отдыха, в том числе продолжительность рабочего дня и рабочей недели работника;
- m) испытательный срок (в случае необходимости);
- n) продолжительность ежегодного оплачиваемого отпуска и условия его предоставления;
- o) положения коллективного трудового договора и правил внутреннего распорядка предприятия, касающиеся условий труда работника;
- p) условия социального страхования;
- q) условия медицинского страхования;

s) особые условия (ст. 51), по обстоятельствам.

В индивидуальный трудовой договор, заключенный между работодателем из Республики Молдова и трудящимся – иммигрантом, включаются условия, предусмотренные пунктами 1-4 Приложения 1 к закону РМ «О трудовой миграции», которое называется «Приложение 1 - Обязательные условия индивидуального трудового договора».

Согласно Приложению 1:

1. Раздел. «Обязательные условия индивидуального трудового договора»

В индивидуальном трудовом договоре указываются следующие данные:

a) дата и место заключения индивидуального трудового договора, дата, с которой договор вступает в силу;

b) данные об иностранном работодателе или посреднике (наименование и юридический адрес предприятия, номер и дата регистрации, наименование государственного органа, авторизовавшего/лицензировавшего работодателя, имя и должность ответственного лица);

c) данные о трудящемся (фамилия и имя, дата и место рождения, гражданство и постоянное место жительства, семейное положение, номер паспорта, образование, профессия, по которой трудоустраивается, область деятельности).

2. Раздел «Обязанности работодателя» включает:

a) оплату труда работника и ее эквивалент в условных единицах; сроки и порядок выплаты заработной платы за работу, выполненную в пределах рабочего времени (8 часов в день), и, при необходимости, за работу, выполненную сверхурочно, в ночное время и в неблагоприятных условиях; компенсацию за работу в выходные и праздничные дни;

b) ежегодный оплачиваемый отпуск, доплаты и вознаграждения, предусмотренные законодательством;

c) порядок покрытия транспортных расходов при перемещении из страны выезда в страну назначения;

d) обеспечение жильем, соответствующим санитарным нормам, условия питания;

e) медицинское страхование (продолжительность, кто оплачивает, на территории какой страны);

f) страхование от несчастных случаев на производстве, возмещение вреда и ущерба, причиненных в результате несчастных случаев на производстве, доставку пострадавшего или погибшего в страну выезда, расследование несчаст-

ных случаев на производстве и случаев профессиональных заболеваний, оформление и отправку соответствующих документов в аккредитованные дипломатические представительства и консульские учреждения страны выезда.

3. Раздел «Обязанности трудящегося» включает:

- а) соблюдение законодательства страны назначения;
- б) соблюдение внутреннего трудового распорядка, установленного порядка сохранения материальных ценностей и документов;
- в) соблюдение трудовой дисциплины, правил охраны труда и технологической дисциплины;
- г) выполнение распоряжений работодателя, касающихся трудовой деятельности;
- д) сохранение технологических и коммерческих секретов в пределах, предусмотренных законодательством страны назначения;
- е) материальную ответственность за ущерб, причиненный работодателю.

4. Раздел «Общие условия» включает:

- а) условия продления или расторжения индивидуального трудового договора до истечения срока его действия;
- б) способ перевода заработных средств;
- в) ответственность сторон за несоблюдение условий индивидуального трудового договора, порядок разрешения споров;
- г) налоги и размер удержаний из заработной платы;
- д) срок действия индивидуального трудового договора, начало и окончание трудовых отношений».

Прежде чем заключить индивидуальный трудовой договор с трудящимся – иммигрантом, которым согласно ст. 1 закона РМ «О трудовой миграции» является иностранец, имеющий право осуществлять временную трудовую деятельность на территории Республики Молдова, работодатель должен вначале пригласить иностранца в Республику Молдова с целью трудоустройства и получить положительное заключение Национального агентства занятости населения в соответствии с частью (3) ст. 7 закона РМ «О трудовой миграции».

Согласно части (3) ст. 7 этого закона для приглашения иностранцев в Республику Молдова с целью трудоустройства на срок пребывания, превышающий 90 дней, работодатель должен получить положительное заключение Национального агентства. Для получения заключения работодатель или его уполномоченный представитель подает в Национальное агентство следующие документы:

а) ходатайство о необходимости приглашения иностранца;

б) регистрация предложения вакантных рабочих мест и копия опубликованного объявления;

в) копии документов о создании предприятия/организации/учреждения (свидетельство о регистрации, выписка из Государственного регистра правовых единиц);

г) проект индивидуального трудового договора.

Исключения из этого правила установлены частями (3¹) и (3) закона РМ «О трудовой миграции», в соответствии с которыми в отношении иностранцев, приглашенных на работу Правительством или центральными отраслевыми органами публичного управления, специалистов, прибывших на основании соглашений в данной области, стороной которых является Республика Молдова, а также иностранцев, прибывших для работы в рамках инвестиционных проектов, представляющих интерес для национальной экономики, получения заключения Национального агентства не требуется. К иностранцам, прибывшим для работы в рамках инвестиционных проектов, представляющих интерес для национальной экономики, применяются положения части (3¹) при условии представления подтверждения Министерства экономики.

В соответствии с частью (6) ст. 7 закона РМ «О трудовой миграции» положительное заключение служит основанием для получения в дипломатических представительствах и консульских учреждениях Республики Молдова долгосрочной визы в Республику Молдова или для получения приглашения для граждан стран, получающих визы на основании приглашений, выдаваемых компетентным органом по делам иностранцев. В соответствии с частью (7) ст. 7 этого закона работодатель информирует потенциального трудящегося-иммигранта до его прибытия в Республику Молдова об условиях оплаты труда, режиме труда и отдыха, обеспечении жильем.

Работодатель из Республики Молдова должен получить решение о предоставлении трудящемуся – иммигранту права на трудовую деятельность и решение о предоставлении ему права на временное пребывание с целью трудовой деятельности в соответствии со ст. 5 и 7 закона РМ «О трудовой миграции».

В соответствии с частью (1) ст. 5 этого закона право на трудовую деятельность предоставляется иностранцу решением о предоставлении права на трудовую деятельность, издаваемым Национальным агентством. Право на временное пребывание

с целью трудовой деятельности предоставляется решением о предоставлении права на временное пребывание с целью трудовой деятельности, издаваемым компетентным органом по делам иностранцев.

В соответствии с частью (2) ст. 5 этого закона решение о предоставлении права на трудовую деятельность является основанием для издания решения о предоставлении права на временное пребывание с целью трудовой деятельности.

В соответствии с частью (3) ст. 5 этого закона право на трудовую деятельность и право на временное пребывание с целью трудовой деятельности предоставляются следующим категориям лиц:

- a) трудящиеся-иммигранты;
- b) откомандированные работники;
- c) сезонные работники;
- d) приграничные работники;

е) иные категории, предусмотренные двусторонними соглашениями в данной области, подписанными Республикой Молдова с другими государствами.

В соответствии с частью (4) ст. 5 этого закона право на трудовую деятельность и право на временное пребывание с целью трудовой деятельности не предоставляются несовершеннолетним и иммигрантам, зачисленным в учебные заведения Республики Молдова, на срок обучения.

В соответствии с частью (4¹) ст. 5 этого закона иностранцы с правом на временное пребывание для учебы могут в соответствии с трудовым законодательством осуществлять трудовую деятельность на территории Республики Молдова в течение времени, не превышающего 10 часов в неделю, или его эквивалента в днях на протяжении одного года.

В соответствии с частью (8) ст. 7 этого закона для получения права на трудовую деятельность и права на временное пребывание с целью трудовой деятельности трудящимися-иммигрантами работодатель или его уполномоченный представитель подает следующие документы:

- а) ходатайство предприятия/организации/учреждения в адрес Национального агентства о предоставлении права на трудовую деятельность и ходатайство в адрес компетентного органа по делам иностранцев о предоставлении права на временное пребывание с целью трудовой деятельности;
- б) анкета трудящегося-иммигранта;
- с) копия положительного заключения, выданного Национальным агентством;
- д) выписка из Государственного регистра пра-

вовых единиц и, при необходимости, разрешение на деятельность/лицензия;

е) копия финансового отчета за последний период деятельности, если он превышает три месяца;

ф) индивидуальный трудовой договор, заключенный на срок, не превышающий срока действия права на трудовую деятельность, с указанием месячной оплаты труда иностранца, установленной в размере не ниже среднемесячной заработной платы по экономике, прогнозируемой на отчетный год;

г) копия национального удостоверения личности иностранца с соответствующими отметками о пересечении государственной границы в соответствии с действующим законодательством;

х) копия документа об образовании или иного документа, подтверждающего квалификацию приглашенного на работу специалиста, переведенная на государственный язык и легализованная или апостилированная согласно действующему законодательству, а если иностранец устраивается на работу в области образования/здравоохранения – также заключение компетентных органов Республики Молдова;

к) две недавние цветные фотографии (30x40 мм) на светлом и однотонном фоне.

Следует иметь в виду, что в соответствии с частью (3) ст. 4 закона РМ «О трудовой миграции» иностранцы, прибывшие с целью трудовой деятельности на основании индивидуального трудового договора, могут быть трудоустроены лишь у одного работодателя и могут занимать исключительно вакантные рабочие места, зарегистрированные данным работодателем в территориальном агентстве занятости населения (далее – территориальное агентство).

В соответствии с частью (5) ст. 4 закона РМ «О трудовой миграции» иностранцы осуществляют трудовую деятельность на территории Республики Молдова на основании временного вида на жительство с целью трудовой деятельности, а в соответствии с частью (6) ст. 4 этого закона учет трудящихся-иммигрантов ведется Национальным агентством занятости населения (далее – Национальное агентство).

В соответствии с частью (1) ст. 6 закона РМ «О трудовой миграции» руководитель предприятия, организации, учреждения или его уполномоченный представитель подает в Единое окно документирования иностранцев в рамках компетентного органа по делам иностранцев документы, предусмотренные настоящим законом, для представления/продления права на трудовую деятель-

ность и права на временное пребывание с целью трудовой деятельности.

В соответствии с частью (2) ст. 6 закона РМ «О трудовой миграции» Национальное агентство рассматривает ходатайство о предоставлении/продлении права на трудовую деятельность и в установленный срок издает решение о предоставлении/продлении права на трудовую деятельность или отказе в этом и передает его в установленном порядке компетентному органу по делам иностранцев.

В соответствии с частью (9) ст. 7 этого закона решения о предоставлении права на трудовую деятельность и права на временное пребывание с целью трудовой деятельности издаются не позднее 30 календарных дней со дня регистрации ходатайства на срок до одного года с возможностью продления на новый срок.

Предложение. По нашему мнению, часть (9) ст. 7 закона РМ «О трудовой миграции» следует изменить, установив, что решения о предоставлении права на трудовую деятельность и права на временное пребывание с целью трудовой деятельности или об отказе в предоставлении такого права должны быть приняты не позднее 10 рабочих дней со дня регистрации ходатайства, и что копия решения должна быть выдана ходатайству по его требованию незамедлительно.

Следует учесть, что согласно части (6) ст. 8 закона РМ «О трудовой миграции» решения о предоставлении права на трудовую деятельность и права на временное пребывание с целью трудовой деятельности иностранцу, указанному в части (4) ст. 8 этого закона, издаются не позднее 10 рабочих дней со дня регистрации ходатайства.

Вывод. По нашему мнению, есть основания полагать, что часть (9) ст. 7 закона РМ «О трудовой миграции» противоречит, или во всяком случае не вполне соответствует требованиям закона РМ «Об обеспечении равенства» № 121 от 25.05.2012 года.[4]

Часть (9) ст. 7 закона РМ «О трудовой миграции» при сравнении её с частью (4) ст. 8 этого закона, по нашему мнению, противоречит также части (1) ст. 8 ТК РМ, согласно которой в рамках трудовых отношений действует принцип равноправия всех работников. Запрещается любая прямая или косвенная дискриминация работника по признаку пола, возраста, расы, цвета кожи, национальности, вероисповедания, политических убеждений, социального происхождения, места жительства, наличия ограничения возможностей, ВИЧ/СПИД-инфицирования, членства в профсоюзе или участия в профсоюзной деятельности, а

также по иным критериям, не связанным с профессиональными качествами работника.

В соответствии с частью (3) ст. 6 закона РМ «О трудовой миграции» компетентный орган по делам иностранцев рассматривает ходатайство о предоставлении/продлении права на временное пребывание с целью трудовой деятельности и на основании решения о предоставлении/продлении права на трудовую деятельность или отказе в этом издает решение о предоставлении/продлении права на временное пребывание с целью трудовой деятельности или отказе в этом.

Предложение. По нашему мнению, ст. 6 закона РМ «О трудовой миграции» следует дополнить частью (3¹), обязывающей компетентный орган по просьбе ходатая незамедлительно выдать ему копию решения об отказе и разъяснить ему порядок и сроки обжалования решения об отказе.

В соответствии с частью (4) ст. 6 закона РМ «О трудовой миграции» компетентный орган по делам иностранцев на основании решения о предоставлении права на трудовую деятельность и решения о предоставлении права на временное пребывание с целью трудовой деятельности выдает в установленном порядке временный вид на жительство с целью трудовой деятельности.

В соответствии с частью (5) ст. 6 этого закона временный вид на жительство с целью трудовой деятельности выдается на новый срок на основании решения о продлении права на трудовую деятельность и решения о продлении права на временное пребывание с целью трудовой деятельности, если соблюдены первоначальные условия выдачи. В соответствии с частью (6) ст. 6 этого закона компетентный орган по делам иностранцев представляет Национальному агентству копию решения об отказе в предоставлении права на пребывание иностранцам, которым было предоставлено/продлено право на трудовую деятельность.

Статья 8 закона РМ «О трудовой миграции» устанавливает определенным категориям иностранцев льготные условия предоставления и продления права на трудовую деятельность и права на временное пребывание с целью трудовой деятельности.

В соответствии с частью (1) ст. 8 закона РМ «О трудовой миграции» иностранцу, учредившему предприятие/организацию/учреждение, зарегистрированное в Республике Молдова, или руководителю такого предприятия/организации/учреждения, а также пайщику или акционеру, соответствующего предприятия/организации/учреждения предоставляется право на трудовую деятельность без заключения Национального агентства.

В соответствии с частью (2) ст. 8 закона РМ «О трудовой миграции» для получения права на трудовую деятельность и права на временное пребывание с целью трудовой деятельности иностранцами, указанными в части (1), руководитель или его уполномоченный представитель подает документы, указанные в части (8) ст. 7, за исключением предусмотренных пунктами с) и h).

В соответствии с частью (4) ст. 8 закона РМ «О трудовой миграции» (в редакции закона № 283 от 16.12.2016 года) учредителям, акционерам и руководителям предприятий, осуществившим инвестиции в Республике Молдова в минимальном объеме, утвержденном Правительством, в соответствии с частью (1²) ст. 17 Закона о гражданстве Республики Молдова № 1024-XIV от 2 июня 2000 года, предоставляется право на трудовую деятельность и право на временное пребывание с целью трудовой деятельности на пятилетний срок с возможностью продления данных прав на новый срок.

Трудоустройство в Республике Молдова откомандированных работников – иностранцев регламентируется ст. 9 закона РМ «О трудовой миграции».

В соответствии с частью (1) ст. 9 этого закона для приглашения на работу откомандированных работников работодатель из Республики Молдова (предприятие/организация/учреждение) обязан получить в Национальном агентстве положительное заключение на откомандирование.

В соответствии с частью (2) ст. 9 этого закона для получения заключения на откомандирование работодатель подает в Национальное агентство следующие документы:

- а) мотивированное ходатайство о необходимости откомандирования иностранца;
- б) регистрация предложения вакантных рабочих мест и копия опубликованного объявления;
- с) выписка из Государственного регистра правовых единиц и, при необходимости, разрешение на деятельность/лицензия;
- д) копия договора на выполнение работ и/или оказание услуг, заключенного между юридическим лицом Республики Молдова и иностранным юридическим лицом, переведенная на государственный язык и легализованная в установленном порядке, содержащая:
 - положение о том, что работы будут выполняться откомандированными работниками;
 - условия откомандирования;
 - специальности откомандированных работников;
 - число откомандированных работников.

Согласно части (5) ст. 9 этого закона для получения права на трудовую деятельность и права на временное пребывание с целью трудовой деятельности откомандированными работниками руководитель предприятия/организации/учреждения Республики Молдова или его уполномоченный представитель подает следующие документы:

- а) копию положительного заключения на откомандирование;
- б) анкету откомандируемого работника;
- с) ходатайство предприятия/организации/учреждения в адрес Национального агентства о предоставлении права на трудовую деятельность и ходатайство в адрес компетентного органа по делам иностранцев о предоставлении права на временное пребывание с целью трудовой деятельности;
- д) копию договора на выполнение работ и/или оказание услуг;
- е) копию документа об откомандировании работника работодателем - иностранным юридическим лицом к работодателю – юридическому лицу Республики Молдова, переведенная на государственный язык и легализованная в установленном порядке;
- ж) документы, указанные в пунктах г) и к) части (8) ст. 7.

Исключение из этого правила установлено частью (6¹) ст. 9 закона РМ «О трудовой миграции», в соответствии с которой лица, откомандированные в Республику Молдова на совокупный срок до 90 календарных дней, могут осуществлять трудовую деятельность на основании документов, указанных в пунктах д) и е) части (5). Предприятие/организация/учреждение не позднее трех рабочих дней со дня прибытия иностранца в страну представляет компетентному органу по делам иностранцев и Национальному агентству заявление под собственную ответственность о цели и сроке командировки иностранца с приложением копий документов, указанных в настоящей части.

Согласно части (6²) ст. 9 закона РМ «О трудовой миграции» форма и содержание заявления утверждаются совместным приказом компетентного органа по делам иностранцев и Национальному агентству, публикуемым на их официальных веб-страницах.

Приграничными работниками согласно ст. 1 закона РМ «О трудовой миграции» являются граждане сопредельного с Республикой Молдова государства, работающие в приграничной зоне на территории Республики Молдова, и граждане Республики Молдова, работающие в приграничной зоне сопредельного с Республикой Молдова

государства, возвращающиеся ежедневно или, по крайней мере, раз в неделю на территорию государств, в котором они постоянно проживают и гражданами которых являются.

Согласно ст. 1 закона РМ «О трудовой миграции» сезонные работники – это иностранец/ гражданин Республики Молдова, работающие на территории Республики Молдова/другого государства на основании индивидуального трудового договора, заключенного на определенный срок или для определенной работы, осуществляющей в определенный период календарного года.

Согласно части (2) ст. 10 закона РМ «О трудовой миграции» для получения права на трудовую деятельность и права на временное пребывание с целью трудовой деятельности приграничными и сезонными работниками работодатель или его уполномоченный представитель подает документы, указанные в части (8) ст. 7.

Согласно части (3) ст. 10 закона РМ «О трудовой миграции» сезонным работникам, прибывшим в Республику Молдова на срок свыше 30 дней, предоставляется право на трудовую деятельность и право на временное пребывание с целью трудовой деятельности на запрашиваемый срок, но не более чем на девять месяцев.

Основания отказа в предоставлении или продлении на новый срок права на трудовую деятельность предусмотрены частью (1) ст. 11 закона РМ «О трудовой миграции», в соответствии с которой ходатайство отказывается в предоставлении или продлении на новый срок права на трудовую деятельность в следующих случаях:

а) в результате проверки представленных им документов установлены недостоверные данные;

б) в момент подачи ходатайства не соблюдены условия, предусмотренные частями (1), (3) и (4) ст. 4;

с) представленные им документы оформлены с отклонением от установленных норм;

д) в отношении иностранца имеется запрет на въезд в Республику Молдова согласно действующему законодательству;

е) юридическое лицо Республики Молдова ликвидировано или находится в процессе несостоятельности.

ф) документы поданы с нарушением установленных сроков подачи, предусмотренных настоящим законом.

В соответствии с частью (2) ст. 11 закона РМ «О трудовой миграции» решение об отказе в пре-

доставлении или продлении права на трудовую деятельность издается не позднее 30 календарных дней с момента регистрации документов и сообщается ходатайству в письменном виде в установленном действующим законодательством порядке.

Предложение. По нашему мнению, часть (2) ст. 11 закона РМ «О трудовой миграции» следует изменить, уменьшив срок принятия решения до 10 рабочих дней.

В соответствии с частью (3) ст. 11 закона РМ «О трудовой миграции» ходатай вправе обжаловать решение об отказе в предоставлении/продлении права на трудовую деятельность и права на временное пребывание с целью трудовой деятельности в судебную инстанцию согласно положениям об административном суде.

Порядок обжалования решений об отказе в предоставлении или продлении права на трудовую деятельность и права на временное пребывание с целью трудовой деятельности установлен законом РМ «Об административном суде» № 793-XIV от 10.02.2000 года.[5]

Библиография

1. Официальный монитор РМ № 159-162 от 29.07.2003 г.
2. Официальный монитор РМ № 162-164 от 29.08.2008 г.
3. Официальный монитор РМ № 36-38 от 14.03.2002 г.
4. Официальный монитор РМ № 103 от 29.05.2012 г.
5. Официальный монитор РМ. Специальный выпуск от 03.10.2006 г.

Сосна А.,
доктор права, преподаватель юридического
факультета МГУ, ст. научный сотрудник
ИЮПИ АНМ,
+37379422103,
alexandru_sosna@mail.ru

Sosna A.,
Doctor of Law, lecturer at the Faculty of Law,
Moscow State University, art. Research Fellow,
IUPI ASM,
+37379422103,
alexandru_sosna@mail.ru

Dreptul internațional

УДК 341.3

INTERNATIONAL LEGAL REGULATION OF THE RESTRICTION OF THE RIGHT TO LIFE IN ARMED CONFLICTS

Iurii USMANOV,

PhD student of the international law department of Yaroslav Mudryi National Law University

SUMMARY

The article is devoted to the topical theme of the definition of the limits of the protection of the right to life during any armed conflict. The article explores the conditions and situations, their peculiarities, when, despite the presence of international and regional protection, the right to life of a person can be deprived lawfully, which speaks of the relative nature of such a right.

It is the presence of simultaneous international protection of the right to life and the possibility of its restriction in conditions of armed conflict makes important this scientific research.

Keywords: right to life, right to life in armed conflicts, restriction of the right to life, limitation of the right to life, armed conflicts.

АННОТАЦІЯ

Стаття присвячена актуальній на сьогодні темі визначення меж захисту права на життя під час збройного конфлікту. В статті досліджуються умови і ситуації, їх особливості, коли незважаючи на наявність міжнародного і регіонального захисту, людина правомірно може бути позбавлена права на життя, що говорить про відносний характер такого права.

Саме наявність одночасного міжнародного захисту права на життя і можливості його обмеження в умовах збройного конфлікту робить важливим дане наукове дослідження.

Ключові слова: право на життя, право на життя в збройних конфліктах, обмеження права на життя, збройні конфлікти.

Introduction. Despite the fact that today the right to life is recognized by the entire world community and protected by international law, it still has a relative character and, under certain legal and factual conditions, may be legally restricted. So, the armed conflict that is currently taking place in the East of Ukraine has shown again that our right to life can be the highest value in peacetime, but in fact it does not weigh more than a shell for the passengers bus, who are bombarded in 2015 near Volnovaha in Donbass.

The simultaneous existence of international protection of the right to life and, at the same time, the possibility of limiting it in conditions of non-international (NIAC) and international (IAC) armed conflicts makes such a topic of research **topical** to the protection of human life, which is the highest value, even in an armed conflict.

Among the recent works, which are devoted to this problem, we can name the works of E. David, L. Doswald-Beck, D. Kretzmer, M.O'Connell, W.Schabas, G.Gasteyer, N.Lubell, J.Rait, V.Rusinova, M. Savriga and others.

The purpose of this article is to determine the

limits of the protection of the right to life, the conditions of situations in which the lawful restriction of such a right during international and non-international armed conflicts may be legitimate, to disclosure of their essence and peculiarities.

1. The right to life in armed conflicts according to the International Human Rights Law.

The right to life is regulated and protected by international, regional normative acts in the field of human rights, as well as the norms of international humanitarian law (IHL). Art. 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Art. 4 American Convention on Human Rights, 1969, Art. 4 of the African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981, Art. 5 of the Arab Charter for Human Rights state, that everyone has an inalienable right to life and no one can be arbitrarily deprived of such a right.

In contrast to the aforementioned international and regional treaties, the European Convention on Human Rights, 1950, (ECHR, the Convention) uniquely indicates 5 cases, where a person may legitimately be deprived of the right to life, such as: a) in defense of any person from unlawful violence;

B) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained; c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection, (Par. 2 of Art. 2); d) in lawful execution of the death penalty, which was passed by the court (Par.1 of Art. 2); and also e) death resulting from lawful acts of war (Par. 2 of Art.15).

Speaking about restrictions on the right to life in armed conflicts, scholar Louisa Dosswald-Beck, based on the views of most experts at the University Center for International Humanitarian Law in Geneva, argues, that the latter ground (e) - is more relevant to international armed conflicts, while the ground in paragraph (c) (in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection) refers to non-international armed conflicts. In addition, she notes, that the ECHR has never used the ground for derogating the right to life "from lawful acts of war", despite the fact that all the preconditions for this were, for example, in Turkey during the occupation of Northern Cyprus [1], the situation in Northern Ireland, in the south-east of Turkey and in Chechnya, where the concerned states denied that there was an armed conflict at all, and for this reason, by definition, the above-mentioned ground could not be applied [2; p. 884]. The same position with respect to the absence in the ECHL of such practices is respected by Professor of Nottingham University M. Melanovich [3; p.8].

For example, in the case of "Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia", the ECHR, using IHL standards, explicitly indicated that the use of lethal force (air strike) by Russian SU-25 pilots in Grozny, who legitimately assumed the existence of an attack or risk of attack from rebels, who, along with the civilians, could leave the city through the humanitarian corridor, was justified in the order of self-defense, given the fact that there was an armed conflict in Chechnya (Russia) and that such force pursued a legitimate military purpose [4]. However, in this case, similar to Isayeva v. Russia, the Court, again applying the IHL rules, acknowledged the violation of the right to life of civilians by government forces because of non-compliance with the State's positive obligation to protect the lives of the civilian population, the choice of the minimum necessary means to reduce the collateral damage, etc., and also the violation of the principle of "caution", which was manifested in the use of indiscriminate weapons in a residential area without prior planning, warning, evacuation of civilians and other necessary actions for the sake of reduction of casualties among the civilian population [5, p.173].

Consequently, in the light of the norms of the ECHR

and the practice of the ECtHR, a person may legitimately be deprived of his right to life in two cases in any armed conflict (not taking into account the ground for the death penalty): for the purpose of quelling a riot or insurrection and at the time of lawful acts of war.

2. The right to life in armed conflicts according to IHL norms

If we talk about IHL norms, which is directly applicable in any armed conflicts, it treats the right to life restrictively, extending its protection only to defendants: the wounded, sick, prisoners of war, civilians and thoseб who do not accept or cease to be directly involved in armed conflict (Geneva Conventions 1949, Additional Protocols to them). That is why we will further consider the issue of restricting the right to life, depending on the status of participants in the armed conflict.

2.1. Limitation of the right to life in depend on participation in an armed conflict

Conditionally, all people who are involved in an armed conflict and whose right to life may be limited, are divided into two categories: *A. participants of the armed conflict and B. persons, who do not directly participate in such a conflict*.

A. Participants of the armed conflict - combatants, dissident armed forces and other members of organized armed groups (OAG).

According to Art. 43 AP(I), combatants - individuals, who are involved in the part of the armed forces of a party in conflict, who are eligible to participate directly in hostilities and obey an internal disciplinary system, that complies with IHL norms. In other words, it is a regular armed force and other organized armed groups or units, that are under the responsible command for the state [6; p.35]. According to paragraphs 1, 2, b, 3, and 6 of the Geneva Conventions: I, Art. 13; II, Art. 13, b and III, art. 4. (a) 1949, the status of a "combatant" according to certain criteria may be extended to persons, who are belonging to the personnel of the armed forces, volunteer detachments and resistance movements, of the people's militia, which are formed by the population in the approach of the enemy. This means that only the aforementioned persons have the right to directly participate in hostilities, to kill other combatants and to have the status of "prisoners of war", if they are captured.

It is important to emphasize that the deprivation of life of one combatant by another enemy combatant will not be considered as an illegal act, because this is the sense of any armed conflict - to weaken its military power and gain victory based on the principle of humanity and military necessity [7]. As the Inter-American Commission on Human Rights

notes in this regard, the combatant's privilege is essentially a permission to kill or wound the enemy's combatants, as well as to destroy other enemy's military targets [8].

According to IHL, the official status of a "combatant" is granted only to those persons, who participate in the IAC, that is, they are included in the armed forces of a particular country [9; p.17]. That is, the reception of such status by members of dissident forces or other organized armed groups, fighting among themselves, who are parties in the confrontation only in the NIAC, is not provided either by treaty, nor by customary norms of international law because of the complexity of their definition, and therefore the question of the possibility to attack of and to this people is still not regulated normatively [10; p.16].

In international law there is no single normative definition of members of dissident forces or other organized armed groups (OAG), so the views of scientists on this question are divergent. As Rusinova notes, Goodman R. says, that the basis for such definition is in clause 2 of Article 4 of the Geneva Convention III: relative to the Treatment of Prisoners of War, 1949, but this approach is not widespread, because members of the OAG are often not respected requirements for the presence of distinguishing marks, carrying arms in public, following IHL norms. The second approach, which takes into account only the criteria of OAG, which are contained in Art. 1 AP(II). But it is also unlikely to be applied, because such signs as organization, the presence of central command and control over a particular territory are allocated more for the establishment of a measure of intensity of NIAC in order to narrowing the application of AP(II) in relation to General article 3 of the Geneva Conventions. The third approach, where a certain group is recognized as a party of the conflict on an individual basis also has drawbacks, because it gives to the state party possibility to abuse the use of force to individuals because of the lack of clear criteria for determining their membership of the OAG. Therefore, we agree with Rusinova's opinion, that the practice of defining "an organized armed group" is more justified by analogy with the definition of armed forces, which is contained in Art. 43 AP (I) [11; p. 224]. That's why, according to N.Melzer, members of such organized armed groups (dissident armed forces and other organized armed groups) in the NIAC are those, who have regular functions to directly take part in hostilities ("continuous combat function") [12; p.p. 18, 34].

It is precisely because such participants are parties of the conflict, their right to life may be limited,

that means, they have the right to kill other participants and be killed during the NIAC.

Obviously, the legitimate ability of one participant in an armed conflict to kill another participant of the opposite party does not mean that such murders will be carried beyond compliance with IHL norms, because during an armed conflict participants of the opposing parties have a number of obligations, that guarantee the observance and preservation of the right to life.

Thus, in the course of hostilities, the main responsibilities of the parties are based on the general principle of observance of IHL norms, including the limitation of the choice of means and methods of conducting military operations, for example, the prohibition of perfidy (Article 37 of the AP (I)), the murder of a person, who is "outside the fight" (hors de combat) (Article 41, AP(I)), etc., and also compliance with the *principle of proportionality*, that is, the prohibition of attacking military targets, if this could lead to accidental loss of life among the civilian population, their injuries, civilian objects, and that would be excessive and disproportionate in relation to the achieved specific direct military advantage, and the *principle of military necessity*, that is, the obligation to apply the minimum necessary steps, methods and means, that are not prohibited by IHL, to achieve legitimate military objectives, to weaken the military forces of the other side of the armed conflict [13].

Unfortunately, AP (II) does not put forward the criteria for distinction of the above-mentioned members of the NIAC with the civilian population, which is why there are several differentiation approaches on this subject, which will be discussed further.

B. Persons, who do not take direct part in armed conflict - parliamentarians, clergy, medical staff, prisoners of war, wounded, sick, shipwrecked civilians. According to IHL, such persons acquire the status of "defendants", that means the prohibition of deprivation of their right to life during an armed conflict, respectively, the deliberate killing of such persons will be considered as an international crime.

One of the most problematic issues in the IHL is the distinction of the civilian population from the members of the NIAC, as well as those civilian, who are directly involved in the NIAC, because the right to life of the latter two categories of persons may be legitimately restricted. Let's consider this in more detail.

B.1 The distinction of members of OAG from a civilian population, who does not directly participate in the NIAC

According to customary norms, civilians are in-

dividuals, who are not members of the armed forces. It consists of persons who are civilians [9; norm.5].

According to Article 13 AP (II), the murder of a civilian population is prohibited, they have special protection. At the same time, the IHL does not directly prohibit civilians from directly participating in hostilities, including OAG (dissident forces), whose members carry out a continuous combat function, but does not create any privileges for such participants. Because members of organized armed groups stop being civilians for the period of the continuous combat function. Accordingly, at this time, all of them can be killed by other members of the NIAC and this will be not a violation of the right to life. From the moment, when members of OAG cease to perform a continuous combat function, they regain the status of "defendants", but they are not released from prosecution for violations of domestic and international law [12; p.20].

So, according with what criteria are members of the NIAC distinguished from civilian population, that does not directly participate in the conflict?

On this subject, there are three concepts in international law.

The first concept of "active participation" appeals to Common Art. 3 to Geneva Conventions 1949, which provides, persons, who are acting on the side of the non-governmental forces in the NIAC and who are not actively involved in hostilities get special protection, respectively, those persons, who are actively involved, are losing such protection. This approach greatly simplifies the distinction of the civilian population, because it does not take into account the fact, that the active participants in the conflict are trying to "merge" and disguise with the civilian population, thus, internal troops have the time for killing the opposite side only at the moment of the armed collision, which leads to an imbalance of participants in an armed confrontation, what could affect the civilian population's protection status. Therefore, according to this position, if a civilian at least once participated in an armed conflict, then from this moment a civilian may be killed, that is, its right to life may be limited, because he\she becomes a full member of the NIAC. Such position did not find its support and embodiment in judicial practice, because it introduces a certain relativity in the status of a civilian in armed conflict [14; p.23], [15; p.828].

Proponents of the second approach propose to distinct the civilian population from the members of the conflict by the criterion of membership in a non-governmental organized group with a continuous combat function. It does not matter, if a person takes an active part in such a group or performs only

assistant functions, it may be the victim of a murder while he\she is a member of this group or do not become hors de combat ("out of battle"). Moreover, according to G. Gasteyer, who is referring to Y. Dinstein, such persons become combatants in the broadest sense without having the privileges of being able to participate in military confrontation and being prisoners of war, that's is why they can be lawfully killed on the battlefield. That is, these individuals, who carry out military raids at night and turn into civilians in the afternoon, are not combatants and at the same time are not civilians. This approach is supported in practice by US and Israeli policies in the fight against terrorism [16;p.145]. Consequently, all, but the aforementioned persons, are civilians and can be killed only when they are directly involved in an armed conflict [14; p.23], [12;p.85]. This position was also supported by the Israeli Supreme Court in 2006 in Case 769/02 The Public Committee Against Torture in Israel v. Government of Israel.

Last point of view, so-called the approach of the "revolving door", supported by the United Nations Commission on Human Rights, the ICRC, the scientists O. Ben-Naftali, K.R. Michaeli [17], A. Cassese [18] and us also, that a civilians can be killed as a combatant only when they are directly involved in armed confrontation or preparing for it, or returning from the point of armed collision, or there is evidence that at that moment it served military functions, despite civilian appearance [12; p.86].

In the affairs of the ECHR "McCann", "Ogur", "Gül", ECHR emphasized that there was no absolute necessity to kill a person who carried out intelligence activities, did not directly participate in terrorist activities at the time of detention, that is why the government was obliged to arrest such a person first, and did not kill this person. The ECHR subsequently confirmed this position in similar cases where armed conflicts were present [16; p.147].

But at the same time, the state has no obligation to have information about the person's belonging to the fighting forces, such information can be obtained after the assassination, and the case of the ECHR "McCann" supports this confirmation [15; p.829]. That is why this approach is more often used in practice.

But at the same time, O'Connell notes, that the United States, for example, in practice completely ignores the criterion of "evidence of participation", since they never provided evidence of direct participation of persons in armed confrontation, since such information, first, it is classified by the government and the United States does not disclose them, and second, the recognition of this criterion would have

led the United States to acknowledgment of fact, that the killing of terrorists in Afghanistan, Somalia are outside the zone of armed conflict, that took place in Pakistan, would be unlawful [19; p. 13].

In the scientific environment, there is another approach that is supported by the ICRC, that states in the case of doubt in determining the status of a person have to confess the status of a civilian [12; p.92]. But this approach has no imperative status, and acts only as a recommendation.

Consequently, we can see, that international law establishes a distinction between the civilian population and the direct members of the NIAC, because the right to life of the latter can be lawfully limited.

B.2. The distinction of the civilians depending on participation in the non-international armed conflict

As mentioned earlier, murder of the civilians is strictly prohibited. However, IHL does not forbid their direct participation in hostilities. At the same time, during the period of such participation, civilians lose their status of “protected persons”, which makes their killing by the opposite side of the conflict possible and legitimate [12; p.20]. This raises the question how to distinguish civilians who are not directly involved in NIACs from those who take such a part.

In 2009, the ICRC published a document entitled “Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law”, which has been endorsed by the scientific community and until now is actively applied in practice. Here, ICRC defines the direct involvement in hostilities - as specific hostile acts committed by the individuals in the frames of an armed conflict between the parties. Direct involvement should be distinguished from the indirect participation in hostilities; the last one, despite its complementary to the overall military effort character, do not harm them directly, thus does not lead to loss of protection against the attacks [12].

Referring to the foregoing definition, as well as decision of the International Tribunal for Rwanda, N.Melzer identifies the definitions “direct participation in hostilities” and “active participation in hostilities”, and marks three mandatory elements:

1) Action. It needs to be specific, carried out resolutely and for a certain period of time, as a person who is not a party to the conflict and is not a member of an organized group (NIAC) could be killed only in the course of such an action. The purpose of such an action is to cause harm (achievement of the harm threshold), negative consequences for civilian, military objects, other side's individuals.

2) Direct causal link between the action and damage. For example, the action of a munition's factory worker, who produces the weapon, is an indirect action, therefore couldn't be classified as a direct participation.

3) And the last element - the results of an action: caused damage or received military advantage. The main criterion here is the opposite's party perception of a harm done or support received as a result of person's activity, and the expectation of such a result [12; p.54, 59-62], [15, p.830-831].

Consequently, civilians, who take a direct part in NIAC hostilities lose their status of the “protected persons” for the period of such participation, they could be killed by other members of NIAC and this won't be considered as the right to life violation.

2.2 Collateral damage

In addition to the above-mentioned direct participation in an armed conflict, during both IAC and NIAC civilians' right to life could also be limited by the collateral damage, that is, the inevitable and unintended damage inflicted by the armed forces to the civilian population, civilian objects, property during the attack on a legitimate military purpose [20; p.14] (other-side combatants, military objects). Such damage is permitted by IHL norms and will be legal only if not excessive, collateral attack wasn't non-selective, deliberately directed towards civilians and was carried out in accordance with the principles of proportionality and military necessity according to Art. 51 AP(I). This means parties should use force in a way when damage is proportional to the military advantage obtained, and the force methods' amount does not exceed the necessary level for stopping the struggle [15; c.830].

At the same time, according to the provisions of Art. 57 AP(I), the parties have positive obligations before a military attack commitment, in order to maximize collateral damage avoidance, i.e.: 1) verification and attestation in witness of the military purpose existence; 2) minimizing the collateral damage by observing precautionary measures when choosing methods and means of attack; 3) abstention from an excessive collateral damage, which would clearly not correspond to specific and direct military superiority. In the event the object is under special protection, is not or ceases to be a military target, or the collateral damage could be excessive, commanders must stop military attacks and operations [21; p.827].

The most controversial and complicated issue in this area is the problem of determining the collateral damage excessiveness, because harm and corresponding right to life restrictions, will be legal only

while the redundancy threshold is not exceeded. That is why the answer is so important for the parties of the conflict.

Wright J. D. determines this as the humanitarian and military interests' problem. ICRC holds the position the huge collateral damage is prohibited under any circumstance. However the experts from Garvard's «Program on Humanitarian Policy and Conflict Research (HPCR)» together with a group of IHL specialists express the opinion that huge collateral damage is not always excessive, because the excessiveness is not absolute and depends on the amount of military advantage expected and therefore may be justified by the military purpose [22; p. 91].

Obviously, if an attack was committed intentionally and the person knew an excessive collateral damage could be done, then it would be qualified as a war crime in accordance with Part 2 of Article 57 of the AP(I).

Appealing to a fact that a normative definition of an "excessive collateral damage" as well as customary practice are absent, according to Wright J. D., many scientists, in particular Leslie Green, Judith Gardam, Ian Henderson, Dieter Fleck, Nils Melzer insist on the dominant "subjective" criterion, which today has no significant alternatives, that "excessiveness" should be based on the subjective position of the commander, that is, his assessment of the probable expected collateral damage and military advantage in certain circumstances on the basis of available information. The opposite - "objective" criterion based on "rational" assessment by a commander, with determination of a military superiority and proportionality principle, did not find much support.

At the same time, in 2003 ICTY convicted General S.Galic of violation of the proportionality principle through a 23-month siege of Sarajevo by his army, causing the death of thousands of civilians. The Court indicated an excessive collateral damage and stated: "In determining whether an attack was proportionate it is necessary to examine whether a reasonably well-informed person in the circumstances of the actual perpetrator, making reasonable use of the information available to him or her, could have expected excessive civilian casualties to result from the attack» [23; p.842].

However, an extra "hybrid" criterion exists. It bases on a subjective assessment of a collateral damage, and further rational determination of the attack proportionality according to the information possessed by a commander [21; p.840]. Precisely this criterion E.David insists on using, he points out that

in case of determination whether the military task (military superiority), connected with a military object attack, corresponds a collateral damage among the civilians, the starting point should be a case of a person, prudent in standard situation, in order to check if he/she could reasonably use available information to foresee an excessive collateral damage to a civilians.

A similar approach was adopted by the Committee from the Office of the Prosecutor (OTP) during the bombing of residential areas in Kosovo, 1999, which developed the following criteria of proportionality: 1) correlation between the military superiority and collateral damage; 2) determination of the final result; 3) determination of geographical and time boundaries; 4) determination of an attack's security factor. Taking such criteria into account, the Committee concluded the NATO's armed attack on the Belgian television and radio company office (loss of 17 civilians), during the Yugoslav command attacks, was not excessive as the obtained military advantage exceeded the collateral damage. The same judgment was made in case of Croatian troops' attack on the city of Vitez in 1993, when the forces of Bosnia and Herzegovina were located in the city.

Speaking about the collateral damage assessment, it is also necessary to indicate, (according to Wright J. D.) that in accordance with the provisions of subpar.4, par.b), Art. 8 the Rome Statute, criminal punishment for the excessive collateral damage was significantly raised, because the provision prohibits only *obviously* not comparable collateral damage. However, the scientist notes that to date he is unaware of any cases when the question about proportionality principle was under ICJ consideration. In addition, according to Art. 10 of the Rome statute, the ICJ jurisdiction for the attacks with obviously excessive collateral damage is less authoritative than Conventional or common humanitarian law [21; p.843].

Conclusion

Summarizing all of the above, it can be noted that right to life is recognized by the world community as a fundamental and absolute value. At the same time, international law, prohibiting the deprivation of a person's right to life, gives a relative character to it, because allows a legitimate restriction of such a right. Thus, the limitation of combatants' and equated to them individuals' right to life during non-international and international armed conflicts is permitted by IHL provisions, although there are certain limitations on the methods and means of conducting such a conflict. As for civilians, their right to life during the armed conflicts can be restricted only in

case of direct participation in an armed confrontation (during the period of such confrontation) and in the case of collateral damage.

Literature

1. ECHR, Cyprus v. Turkey, Cases No. 6780/74 and 6950/75, Report of the Commission, 10 July 1976.
2. Louise Doswald-Beck «The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?» [Электронный ресурс] / Louise Doswald-Beck // Volume 88 Number 864. - December 2006. – Режим доступа к ресурсу: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_864_doswald-beck.pdf. – с. 883.
3. Milanovic M. Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict [Электронный ресурс] / Marko Milanovic // Oxford University Press. – 2016. – Режим доступа к ресурсу: <https://global.oup.com/academic/product/the-frontiers-of-human-rights-9780198769279>.
4. ECHR, Isayeva, Yusopova and Bazayeva v Russia Judgment, 24 February 2005, §181.
5. Doswald-Beck L. Human Rights in Times of Conflict and Terrorism [Электронный ресурс] / Louise Doswald-Beck // Oxford Scholarly Authorities on International Law. – 2011. – Режим доступа к ресурсу: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/9780199578931.001.0001/law-9780199578931-chapter-7#law-9780199578931-note-981>.
6. HRJ/GEN/1/Rev. 7. P. 280 - 287.
7. Military necessity [Электронный ресурс] // ICRC – Режим доступа к ресурсу: <https://casebook.icrc.org/glossary/military-necessity>.
8. Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002, para. 68.
9. Обычное международное гуманитарное право [Электронный ресурс] // ICRC and Cambridge University Press. – 2006. – Режим доступа к ресурсу: <https://www.icrc.org/rus/assets/files/other/customary.pdf>.
10. Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law. Geneva, 2009.
11. Русинова В. Н. Права человека в вооруженных конфликтах: соотношение норм международного гуманитарного права и международного права прав человека : дис. канд. : 12.00.10 / Русинова Вера Николаевна – Москва, 2015. – 466 с.
12. Мельцер Н. Непосредственное участие в военных действиях. Руководство по толкованию понятия в свете МГП [Электронный ресурс] / Нильс Мельцер // МККК. – 2009. – Режим доступа к ресурсу: https://www.icrc.org/ru/download/file/40140/dph_rus_web.pdf.
13. How does law protect in war? [Электронный ресурс] // ICRC – Режим доступа к ресурсу: <https://casebook.icrc.org/glossary/proportionality>.
14. Kretzmer D. Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence? [Электронный ресурс] / David Kretzmer // The European Journal of International Law Vol. 16 no.2. – 2005. – Режим доступа к ресурсу: <http://www.ejil.org/pdfs/16/2/292.pdf>.
15. Саврыга К.П. Правомерность целевых убийств в международном праве: международное гуманитарное право и права человека.. // Право и политика. - 2015. - № 6. - С. 826-839.
16. Gasteyger G. A right to life in armed conflicts? : the contribution of the European Court of Human Rights [Электронный ресурс] / Gaggioli Gasteyger // Israel Yearbook on Human Rights. – 2007. – Режим доступа к ресурсу: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:42717/ATTACHMENT01>.
17. O. Ben-Naftali & K.R. Michaeli, '»We Must Not Make a Scarecrow of the Law': A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings», p. 269 (2003)
18. A. Cassese, «Expert Opinion on whether Israel's Targeted Killings of Palestinian Terrorists is Consonant with International Humanitarian Law» [Электронный ресурс]/A. Cassese//, – Режим доступа к ресурсу: <http://stoptorture.org.il/files/cassese.pdf>.
19. O'Connell M. Drones and the Right to Life [Электронный ресурс] / Mary Ellen O'Connell // Remarks for the St. Bernard's School of Theology and Ministry. – 2013. – Режим доступа к ресурсу: http://kroc.nd.edu/sites/default/files/DronesVersusLife_oconnell.pdf.
20. Operational Law Handbook [Электронный ресурс] // International and Operational Law Department The Judge Advocate General's Legal Center and School Charlottesville, Virginia. – 2015. – Режим доступа к ресурсу: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/operational-law-handbook_2015.pdf.
21. Wright J. D. 'Excessive' ambiguity: analysing and refining the proportionality standard [Электронный ресурс] / Jason D. Wright // International Review of the Red Cross. – 2012. – Режим доступа к ресурсу: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/review/2012/irrc-886-wright.pdf>.
22. HPCR Commentary, above note 29. See also HPCR, Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, 15 May 2009, available at: <http://www.ihlresearch.org/amw/manual/> (last visited 2 November 2012)
23. ICTY, The Prosecutor v. Stanislav Galic, Case No. IT-98-29-T, 43 ILM 794 Judgment (Trial Chamber 1), 5 December 2003, available at: <http://www.icty.org/x/cases/galic/tjug/en/gal-tj031205e.pdf> (last visited 2 November 2012), para.58.