

**„JURNALUL JURIDIC NAȚIONAL:
TEORIE ȘI PRACTICĂ” S.R.L.**

Publicație științifico-practică de drept

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

**„NATIONAL LAW JOURNAL:
THEORY AND PRACTICE” L.L.C.**

Scientific and practical Publication in law

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

ISSN 2345-1130

Revistă inclusă în Registrul Național al revistelor științifice de profil prin hotărîrea comună nr. 158 din 26.10.2017 a Consiliului Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică și a Consiliului Suprem pentru Acreditare și Atestare al AŞM.
Revista este inclusă în baza științifică internațională Index Copernicus International (Republica Polonă)

Tipul C

Журнал включен в Национальный реестр профильных научных журналов совместным решением № 158 от 26.10.2017 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. 158 of 26.10.2017 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. 1 (41) 2020

Redactor-șef L. Arsene, dr. h. c. mult.

Redactor științific O. Bejan, doctor în drept

Colegiul de redacție:

G. Alecu, doctor în drept, prof. univ., (Constanța, România); P. Biriuțov, 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. Guțea, 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. Ţepiko, 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

Alexandru ARSENI. Reunificarea națională și teritorială a românilor – legalitate și legitimitate.....	4
Iryna BUZHYNNA, Maksym IMERIDZE, Olena YEFREMOVA. Legal aspects of activity of inclusive education enterprises in Ukraine	10
Дмитрий СЕЛИХОВ. Правовое регулирование системы продажи ипотеки в государственных и акционерных земельных банках Украины на рубеже XIX – XX вв.	16
Gheorghe COSTACHI, Victor MICU. Răspunderea disciplinară a parlamentarilor.....	22
Sergiu CARP. Drepturile și libertățile fundamentale ale omului: valoare și protecție	30
Ірина АЛМАШІ. Правові засади реалізації права фізичної особи на донорство органів в Україні	35
Marian OCTAVIAN. Prezumțiile în procesul penal.....	41
Віра ГАЛУНЬКО. Проблеми застосування закону України «про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» та їх шляхи усунення.....	46
Марія КІКАЛІШВІЛІ. Місце стратегії у протидії корупційній злочинності	50
Irina IACUB. Considerații generale asupra teoriei legii civile	56
Тетяна ГУДІМА. Цифрова валюта центрального банку: особливості впровадження та вплив на грошово-кредитну політику	62
Petro GUYVAN. Temporary manifestations of legal determination in private european law ...	67
Oleksandr KOVALYSHYN. Corporate governance systems: comparative aspect.....	74
Неля ГУТЬ. Функції судової гілки влади, адміністративних судів та адміністративного процесу (порівняльна характеристика)..	79
Татьяна КУРМАН. Агросфера как системаобразующая категория аграрного права	84

Teoria statului și dreptului

CZU 342.1/2(478+498)

REUNIFICAREA NAȚIONALĂ ȘI TERITORIALĂ A ROMÂNIILOR – LEGALITATE ȘI LEGITIMITATE

Alexandru ARSENI

Profesor, doctor habilitat în drept

*„... fără unire emanciparea națională nu este posibilă,
iar fără emancipare națională nici drepturile
și libertățile fundamentale nu pot fi asigurate”
(Federaliștii americanii)*

Unitatea națională și teritorială a românilor a fost și este o temă de cercetare abordată pe parcursul îndeosebi al secolelor 18-20, continuând să rămână actuală în zilele noastre. Problema a fost expusă și argumentată pe plan istoric, juridic, diplomatic și chiar moral.

Începând cu ocupația din 1940 (reluată în 1944) până la proclamarea Independenței Republicii Moldova și în zilele noastre s-au conturat două mișcări diametral opuse: Una naturală și divină – reîntregirea cu Patria-mamă – România și cealaltă exportată și explicată de Rusia – „statalitatea”.

Pe marginea acestei dispute în urma unui studiu complex al actelor juridice (ceea ce nu înseamnă că neglijăm celelalte studii proreîntregire), în articolul de față, împărțășind pe deplin eternul adevăr de unitate națională și teritorială a românilor, ca unic popor european, divizat încă în două state, argumentăm acest adevăr prin prisma dreptului constituțional și al dreptului internațional, prin prisma principiului legitimității juridice pe fundalul tuturor celorlalte domenii ale existenței și prosperării unei națiuni, inclusiv a celei române.

Cuvinte-cheie: legalitate, legitimitate, națiune, stat, unitate, drept la autodeterminare, unitate națională, unitate teritorială.

NATIONAL AND TERRITORIAL REUNIFICATION OF THE ROMANIANS – LEGALITY AND LEGITIMITY

*„.... without unity the national emancipation is not possible,
and without national emancipation no rights and fundamental
liberties can be assured”
(American federalists)*

Alexandru ARSENI

Professor, Doctor Habilitat in Law

The national and territorial unity of the Romanians was and is a research topic approached especially during the 18-20 centuries and it continues to be a current topic nowadays. The problem was exposed and argued on historical, juridical, diplomatic and even moral levels.

Beginning with the occupation from 1940 (resumed in 1944) and till the proclamation of independence of the Republic of Moldova and present times there have been outlined two diametrically opposed movements: One natural and divine – reunion with Mother-country – Romania and the other one being exported and explained by Russia – „statality”.

On the edge of this dispute, as a result of a complex study of juridical acts (meaning that we do not neglect the other proreunion studies), the present article, fully sharing the eternal truth of national and territorial unity of the Romanians, as a unique European people, divided into two states, argues this truth through the prism of constitutional and international right, through the prism of juridical legitimacy principle on the background of the other areas of existence and prosperity of a nation, including the Romanian one.

Keywords: legality, legitimacy, nation, state, unity, right to self-determination, national unity, territorial unity.

Adnotare. Principiul unității naționale și teritoriale a fost reconfirmat și prin Carta de la Paris pentru o Nouă Europă. Aceasta, în virtutea anu-

mitor circumstanțe, generate de interese străine națiunii române și chiar contrare voinței ei.

Procesul istoric de consolidare și cimentare a uni-

tății naționale și teritoriale a românilor demonstrează legalitatea și legitimitatea acestei unități, confirmate și prin acte internaționale.

Contra acestui fenomen natural și organic, încercările de a demonstra contrariul, adică existența și prosperarea unei părți a națiunii într-un stat independent, se soldează cu eșec și deznaționalizare. Or, unitatea națională și teritorială a românilor în cadrul României constituită la 1918 și până în 1940 a demonstrat evoluție și progres.

Așadar, suportul material și spiritual al emancipării, progresului și democrației într-un stat de drept este unitatea națională și teritorială a fiecărei națiuni și, respectiv, a națiunii române.

Scopul cercetării. În urma investigației etapelor de evoluție a națiunii române, inclusiv prin prisma acțiilor adoptate în diferite perioade referitoare la statutul Principatelor române și, apoi, al Regatului român, scopul cercetării constă în a evidenția și formula argumentelor juridico-politice incontestabile legalității și legitimității unității naționale și teritoriale a românilor în prezent.

Obiectivele cercetării. Întru realizarea scopului determinat trasăm spre abordare următoarele subiecte:

1) Statutul Principatului Moldav (Țara Moldovei) în 1812 și raptul teritoriului dintre Prut și Nistru prin pacea de la București 26 mai 1812;

2) Legitimitatea unirii principatelor la 1859 și consolidarea Regatului;

3) Legitimitatea unirii Basarabiei, Bucovinei și a Transilvaniei cu România (1918);

4) Statutul României confirmat și recunoscut prin Pacea de la Paris;

5) Ilegitimitatea și ilegalitatea pactului Ribbentrop-Molotov din 23 august 1939 și impactul acestuia asupra Basarabiei;

6) Proclamarea Independenței Republicii Moldova și perspectivele reîntregirii naționale și teritoriale cu România.

1. Țara Moldovei și consecințele războiului rus-turc din 1806-1812

La acea etapă, formele de guvernământ se încadrau în clasificarea dată de N.Machiavelli, potrivit căruia „toate statele, toate stăpânirile care au avut și au putere asupra oamenilor au fost și sunt fie republici, fie principate” [12, p.13].

La 1812 Țara Moldovei era principat, cu statut de suzeranitate. „Suzeranitatea” în general prevede dreptul unui stat asupra altui stat, care are guvern propriu, dar nu are autoguvernare [7]. Sub acest statut domnilor „li s-a lăsat toată slobozenia și aproape toată puterea de odinioară de a face legi, de a-i pedepsi pe supuși, de a căftăni sau a lua boieria, de a pune biruri, de a pune episcopii” [2, p.45]. Chiar dacă nu dispunea

de autonomie, integritatea teritorială era asigurată.

În timpul războiului rus-turc din anii 1806-1812 imperiul rus urmărea doar un singur și veșnic scop – cucerirea de noi teritorii și subjugarea popoarelor. Această intenție o demonstrează rescriptul secret al țarului Alexandru I către comandanțul armatei ruse feldmareșalul M.I. Kutuzov din 22 martie 1812: „V samoi je krainosti dozvoleaiu vam zakliuciti mir, po-loja Prut, po vpadenii v Dunai, graniței. No sie doz-volenie vvereaiu licino vasei otvetstvennosti, trebuiu neobhodimo, citobi ni odno lijo, bez izeatiia, ne bilo isvestno o siom do samogo ceasu podpisaniu” (cursivul nostru – A.A.) [23, p.851].

Această politică a fost clar apreciată și de Rusia. „Țarii”, – scria V.I. Lenin – promovau o politică de anexii, folosind mijloace grosolane, schimbând un popor cu altul, potrivit unor înțelegeri cu alții monahi (împărțirea Poloniei, tranzacția încheiată cu Napoleon în ceea ce privește Finlanda și.a.), așa cum moșierii făceau între ei schimb de țărani serbi [24, p.7].

Ilegalitatea și ilegitimitatea raptului Basarabiei din Principatul Moldovei au fost subiect de abordare și în teoria marxistă: „Turcia, – scria K.Marx, – nu poate ceda ceea ce nu-i mai aparține, pentru că Poarta Otomană n-a fost niciodată suverană asupra țărilor române. Poarta însăși recunoscuse acest lucru, când la Carlovitz, presată de poloni să le cedeze Moldova-Vlahia, ea răspunse că nu are dreptul de a face vreo cesiune teritorială, deoarece capituloile nu-i conferă decât un drept de suzeranitate” [13, p.106].

Acest Tratat de la 1812 a fost calificat, la 2 octombrie 1812, de către 14 înalți demnitari ai Țării Moldovei, membri ai Divanului (forul suprem de stat) drept „ruperea din trupul Moldovei” a teritoriului istoric de la răsărit de Prut, considerat de moldoveni „grânarul și imașul Principatului” [21, p.345-346].

Oricum, în 1812, ca în tot cursul istoriei sale, Moldova cu Basarabia formau împreună un stat deosebit, cu legile și printul său, și se aflau supuse numai la ceea ce diplomația a numit impropriu suzeranitatea Porții Otomane. În această situație Basarabia a fost în 1812, în actul „oficial de cesiune, dobândită de către Rusia de la Poarta Otomană, dar în realitate răpită de la legitimul și adevăratul ei proprietar, care era Moldova, și transmisă de către cei ce nu aveau drept să o cedeze la cel ce nu avea drept să ia, ...” [14, p.16].

„Lupta patrioților români din teritoriile de la răsărit de Prut întru apărarea izvoarelor dreptului Principatului Moldova a permis menținerea, cel puțin parțială, a populației autohtone basarabene și transnistrene în cadrul sferei juridice a poporului român” [9, p.94].

Așadar, prin pacea de la București din 1812 Basarabia, incontestabil, a fost anexată la Imperiul Rus. În

dreptul internațional, ***anexiunea*** caracterizează acțiunile de „încorporare prin violență de către un stat a unui teritoriu ce aparține altui stat”.

Însăși noua putere rusă din 1917 afirma că prin anexarea ori contopirea unor teritorii străine „... *guvernul înțelege orice alipire a unei naționalități mici ori slabe la un stat mare ori puternic fără consumățământul și dorința acestei naționalități, exprimată precis, impede și de bunăvoie, fără a ține seama de faptul când a fost săvârșită această alipire forțată*” (cursivul nostru – A.A.), fără a ține seama și de faptul căt de dezvoltată ori înapoiată este nația alipită cu forța sau reținută cu forța în granițele statului dat [5, p.14].

Dezvoltând această idee, în Decret se mai stipulează: „Dacă o națiune oarecare este reținută cu forța în granițele unui stat, dacă acestei națiuni, contrar dorinței exprimate de ea – indiferent dacă această dorință este exprimată în presă, prin adunări populare (ex.: Basarabiei – Soroca etc.), prin hotărâri ale partidelor sau prin proteste și răscoale împotriva asupririi naționale – nu i se acordă dreptul de a soluționa fără cea mai mică constrângere, prin vot liber, problema privind formele existenței sale ca stat, cu condiția retragerii complete a trupelor națiunii anexate sau în general ale națiunii mai puternice, atunci alipirea ei constituie o anexiune, adică o cotropire și o violență” [26, p.27].

Marea revoluție franceză a dat naștere unui nou proces istoric de organizare și funcționare a statelor în baza principiilor națiunilor, concept și temei juridic constitucional valabil și astăzi.

Doctrinar, ***națiunea*** este „forma superioară de comunitate umană și este a) produsul unui îndelungat proces istoric având la bază b) comunitatea de origine etnică; c) de limbă; d) de cultură; e) de religie; f) de factură psihică; g) de viață; h) de tradiții și i) de idealuri, dar mai ales trecutul istoric și de voință de a fi împreună a celor care au dăinuit pe un anumit teritoriu. Sentimentul național constituie astfel cel mai puternic ferment al coezunii statului și al permanenței” [6, p.13].

Anume acest principiu a stat la baza Convenției de la Paris care s-a soldat cu Unirea (din 4 ianuarie și 24 ianuarie 1859) a Principatelor române într-un stat unitar național român.

Ulterior Principatele unite s-au prevalat de actele Congresului de la Paris din 1856 referitoare la principiul naționalităților recunoscut astăzi cu titlul de autodeterminare națională. Anume la 5 mai 1877 România și-a proclamat independența față de Imperiul Otoman. În fapt și de drept a aplicat regula internațională, potrivit căreia „orice comunitate umană legată printr-o identitate de aspirații și interese, de limbă,

obiceiuri, caractere și tradiții are dreptul de a se elibera din agresiunea unui guvern străin și de a se întrupă într-un stat propriu” [1; 8, p.128].

Primul Război Mondial (1914-1918), pe lângă toate grozăvile, s-a soldat și cu căderea a trei imperii: Otoman, Rus și Austriac. Din nou, în prim-plan s-a impus principiul naționalităților, al autodeterminării naționale. Astfel, în luna februarie 1917 în Rusia are loc revoluția burghezo-democratică, iar la 26 octombrie 1917 Revoluția bolșevică. În vîltoarea evenimentelor, noua putere adoptă *Declarația drepturilor popoarelor din Rusia de la 2(15) noiembrie 1917*, prin care proclamă oficial „dreptul popoarelor din Rusia la libera autodeterminare până la separare și formarea unui stat independent” [26, p.36].

Dezvoltând acest act, pentru realizarea dreptului națiunilor la autodeterminare Guvernul bolșevic (Consiliul Comisarilor Poporului) consideră necesară, respectarea anumitor condiții, printre care „c) crearea în regiunea respectivă a unei conduceri provizorii, alcătuite din reprezentanți aleși în mod democratic ai nației, care se autodetermină” (cursivul nostru – A.A.) [25, p.130-131].

Sentimentul național al românilor basarabeni s-a resimțit imediat. Astfel, în zilele de 20-27 octombrie (2-9 noiembrie) 1917, care își desfășura în lucrările Congresul II ostășesc moldovenesc, la 22 octombrie 1917 Congresul proclamă:

1) autonomia teritorială și politică a Basarabiei, pornind de la principiul revoluției că fiecare popor are dreptul să-și hotărască singur soarta;

2) alegerea biroului pentru organizarea parlamentului – Sfatul Țării dintr-un număr de 120 deputați + 10 moldoveni de pe Nistru [11, p.73-74].

Realizând rezoluțiile Congresului, la 21 noiembrie 1917 are loc ședința de constituire a Sfatului Țării, [17] iar la 2 decembrie 1917 este proclamată Republica Democratică Moldovenească. Ulterior, la 24 ianuarie 1918, Sfatul Țării proclamă Independența Republicii Democratice Moldovenești [18].

Procesul emancipării naționale triumfă la 27 martie 1918 prin adoptarea de către Sfatul Țării a Actului unirii pe veci cu Patria-Mamă – România. Pe această cale legală Basarabia anexată de către Rusia la 1812 revine la matca naturală națională și teritorială.

Acest proces de unificare națională și dreptul la autodeterminare au fost subliniate de către președintele SUA Woodrow Wilson care a reiterat că „viitoarea așezare națională postbelică să aibă la bază ideea că fiecare popor are dreptul să-și aleagă suveranitatea sub care este chemat să trăiască” [8, p.130].

Poporul român a realizat din plin acest drept. Astfel, căderea imperiului habsburgic este reflectată în „Manifestul imperial către popoarele Austriei” din 16

octombrie 1918, prin care împăratul decretă că „... fiecare popor pe ținutul în care locuiește să formeze un stat propriu și că împăratul ... va garanta fiecărui stat național neatârnarea sa ...” [20].

Misiunea de a înfăptui acest act a fost încredințată „sfaturilor (consiliilor) naționale formate din deputații parlamentari ai fiecărei națiuni ...”. În acest context, la 17 octombrie 1918 împăratul emite un ordin către armată și flotă în care, printre altele, se arată că „... se lasă cale liberă pentru dezvoltarea nestingherită a fiecăruia popor spre binele lui ...”. În baza acestor reglementări, Congresul General al Bucovinei (Dieta) la 15 noiembrie 1918 a votat „Unirea necondiționată și pentru vecie a Bucovinei, în vechile ei hotare până la Ceremuș, Colaciu și Nistru cu regatul Românesc”.

Unirea Transilvaniei se realizează prin altă procedură legală. Astfel, Consiliul Central Național Român prin circularele din 2/15 noiembrie 1918 convoacă Marea Adunare Națională Română. În același timp, Garda Națională Română depune jurământul de credință față de Consiliul Național Român.

La 18 noiembrie/ 1 decembrie 1918 Marea Adunare Națională Română a Tuturor Românilor din Transilvania, Banat și Tara Ungurească, adunați prin reprezentanții lor îndreptățiți la Alba-Iulia în ziua de 18 noiembrie, decretează unirea celor români și a tuturor teritoriilor locuite de dânsii cu România.

De menționat că toate cele trei acte de unire cu România (27 martie 1918, 1 noiembrie 1918 și 1 decembrie 1918) au fost ratificate prin decrete-legi și, respectiv, de către Rege.

Pe această cale, în baza principiului dreptului internațional al autodeterminării naționale și a actelor enunțate în ansamblu s-a încheiat procesul istoric de unificare națională și teritorială a românilor într-un stat modern legal și legitim constituit. Pe bună dreptate „Tara este Statul închegat care conține în sine atât națiunea, cât și solul. Statul organizat, așezat și pașnic, care stăruie pe drumul hotărât de soartă. Statul născut în mod natural din pământul plămădit cu sânge, iar nu o simplă creațură juridică de moment a unor interese și acorduri internaționale” [19, p.263].

Sub aspect al dreptului internațional public, Conferința de pace de la Paris din 3 martie 1920 recunoaște unitatea statului român și, implicit, unirea Basarabiei cu România. Iar la 28 octombrie 1920 reprezentanții Angliei, Franței, Italiei și ai Germaniei, pe de o parte, și ai României, pe de altă parte, au semnat la Paris tratatul prin care se recunoaște suveranitatea României asupra Basarabiei. Acest tratat este ratificat în aprilie 1920 de Parlamentul României. La 19 mai 1922 tratatul a fost ratificat de Marea Britanie, iar mai apoi, la 11 mai 1924 – de către Parlamentul Franței [4].

Doar Rusia nu a recunoscut unirea Basarabiei cu

România, ignorându-și, în stil specific, proprietatea normative valabile (indicate anterior). De remarcat contrarul civilizat al Austriei, care nu a pus la îndoială integritatea României.

Rusia sovietică, stabilind la 9 iunie 1934 relații diplomatice cu România, *de jure* a recunoscut unirea Basarabiei cu România. Dar, *de facto*, ca și în cazul Finlandei și al Poloniei, a reocupat teritoriul din Finlanda (războiul ruso-fin), România, Polonia și Țările Baltice în baza Pactului Ribbentrop-Molotov din 23 august 1939.

Consecința pactului: Basarabia și Nordul Bucovinei au fost anexate la URSS la 28 iunie 1940. Mai apoi Nordul Bucovinei, Ținutul Herța și sudul Basarabiei sunt transmise în componența Ucrainei, iar din restul teritoriului și o parte din fosta RASS Moldovenească la 2 august 1940 la Moscova, contrar tuturor normelor dreptului internațional și chiar intern al URSS, a fost creată RSS Moldovenească. Situația s-a păstrat și după cel de-al Doilea Război Mondial.

Evenimentul de la 28 iunie 1940 analizat „prin prisma criteriilor fundamentale ale actelor legislative sovietice din 1917 și a normelor de drept internațional se prezintă ca o anexiune. Mai mult decât atât, demnitarii sovietici au tins să fundamenteze acest act nelegitim prin nelegiuirea comisă față de statul Moldovenesc la 1812” [10, p.38].

De remarcat că și poporul german a avut de suferit groaznic în urma Pactului Ribbentrop-Molotov fiind divizat în două state.

Abia în 1989 Parlamentul URSS – Congresul Deputaților a condamnat Pactul Ribbentrop-Molotov. Republica Moldova, în calitate de Stat Suveran prin avizul adoptat de către Parlament la 23 iunie 1990 la fel condamnă pactul și consecințele lui asupra Basarabiei și Nordului Bucovinei [22].

Această poziție juridică este reconfirmată în Declarația Independenței din 27 august 1991, subliniindu-se ca parlamentele multor state au declarat Pactul din 23 august 1939 nul și neavansat și cer lichidarea consecințelor pentru Basarabia, Nordul Bucovinei și Ținutului Herța.

În calitate de stat suveran, Republica Moldova, prin Hotărârea Parlamentului din 28 iulie 1990, aderă la Declarația Universală a Drepturilor Omului. În aceeași zi ratifică Pactele din 1966 în care se declară: „Toate popoarele au dreptul de a dispune de ele însele. În virtutea acestui drept, ele își determină liber statutul politic și își asigură liber dezvoltarea economică, socială și culturală” (art.1) [15, p.30; 16, p.18].

Ulterior, Republica Moldova a aderat la Actul final de la Helsinki și la Carta de la Paris pentru o nouă Europă, fiind admisă cu drepturi egale în OSCE. Semnificativă este Carta de la Paris, în care, pe lângă

celealte principii ale dreptului internațional, se stabilește încă unul, și anume: cel al „unității naționale”. Astfel, textul Carta stipulează: „Reafirmăm egalitatea în drepturi a popoarelor și dreptul lor la autodeterminare, conform Cartei O.N.U. și normelor pertinente ale dreptului internațional în acest domeniu, inclusiv ale celor referitoare la integritatea teritorială a statelor”. Totodată prevede: „Luăm act cu mare satisfacție de Tratatul privind reglementarea definitivă cu privire la Germania, semnat la Moscova, la 12 septembrie 1990, și salutăm sincer faptul că poporul german (sublinierea noastră) s-a reunit într-un singur stat conform principiilor Actului final al Conferinței pentru securitate și cooperare în Europa și în deplin acord cu vecinii săi. Realizarea unității naționale (sublinierea noastră) a Germaniei este o contribuție importantă la instaurarea unei ordini de pace justă și durabilă în Europa unită, democratică și conștientă de responsabilitatea sa în domeniul stabilității, păcii și cooperării [3, p.304].

Luând în calcul aceste stipulații, urmând spiritul și duhul Cartei de la Paris, constatăm, cu regret, că o singură națiune, și, anume, cea română nu este unificată și reunită într-un singur stat până în prezent. Iar practica unității naționale germane și reunificarea Germaniei servește nouă, românilor, exemplu de urmat, având în acest plan și reglementările de rigoare.

Mai mult ca atât, întru dezvoltarea spiritului Cartei de la Paris pentru o Nouă Europă, Parlamentul European, prin Rezoluția din 19 septembrie 2019, condamnă actele de agresiune, crimele împotriva umanității și violarea drepturilor omului comise de regimurile totalitare – nazist și comunist – subliniind totodată faptul că cel de-al Doilea Război Mondial a fost rezultatul imediat al Pactului Ribbentrop-Molotov.

În acest context, Rezoluția Parlamentului European invită „toate statele-membre ale UE să efectueze o evaluare clară și principală a crimelor și actelor de agresiune comise de regimurile totalitare comuniste și de regimul nazist”. Or, România tocmai este jertfă a acestui Pact, prin care i-au fost răpite Basarabia (astăzi Republica Moldova), Ținutul Herța și Nordul Bucovinei, aceste teritorii fiind ocupate la 28 iunie 1940 de către Uniunea Sovietică prin ultimatum din 26 iunie 1940.

Rezoluția încurajează România să inițieze o evaluare deplină a consecințelor Pactului Ribbentrop-Molotov pentru Republica Moldova, Ținutul Herța și Nordul Bucovinei înlăturarea lor prin reîntregirea acestor teritorii cu România – consecință legală și legitimă din punct de vedere juridic și al Adevărului Divin.

Studiul efectuat în materia unității naționale și sta-

tale a românilor în baza normelor și principiilor dreptului internațional ne permit să formulăm următoarele concluzii.

1. Raptul Basarabiei la 1812 din corpul Principatului Moldav și cel din 28 iunie 1940 din corpul statului național, unitar – România constituie acte de anexe, condamnate de normele și principiile unanim recunoscute ale dreptului internațional.

2. Spiritul unității naționale este inherent societății umane evoluate la calitatea de națiune, fapt demonstrat în istoria omenirii. Statele nord americane după proclamarea independenței s-au unificat într-o singură națiune. Polonia a fost divizată de trei ori, dar nu și-a creat state, ci s-a unificat.

3. Unirea principatelor din 4-24 ianuarie 1859 este legală și legitimă, fiind săvârșită în baza principiului naționalităților.

4. Formarea statului Român la 1 decembrie 1918 prin Unirea Basarabiei la 27 martie 1918, a Bucovinei la 1 noiembrie 1918 și a Transilvaniei, Banatului, Crișanei, Maramureșului la 1 decembrie 1918 constituie un proces firesc legal și legitim confirmat și de normele și principiile dreptului constituțional și ale dreptului internațional.

5. Proclamarea independenței Republicii Moldova și ratificarea Acordului cu Uniunea Europeană este un pas firesc, legal și legitim de integrare în UE și de reîntregire națională a poporului român.

6. Pornind de la normele și principiile dreptului internațional și, în special, ale Cartei de la Paris pentru o nouă Europă, poporul Republicii Moldova ca parte a Națiunii Române, la fel ca și poporul german, are dreptul la unitatea națională – drept fundamental al Națiunilor Unite libere și prospere.

Considerăm că realizarea acestui drept este legală și legitimă pentru Republica Moldova, pornind de la principiul unității popoarelor stabilit în Carta de la Paris pentru o Nouă Europă, el urmează să-și găsească exprimare *prin acceptarea necondiționată și în mod prioritățि a Republicii Moldova în cadrul UE ca formă juridică de reintegrare și reunificare cu România. Aceasta va fi triumful adevărului.*

Bibliografie

1. Acest principiu va sta și la baza proclamării independenței Basarabiei la 24 ianuarie 2018.
2. Cantemir Dimitrie. *Descrierea Moldovei*. Chișinău: Hyperion, 1992.
3. Carta de la Paris pentru o nouă Europă din 21 noiembrie 1990. Republica Moldova a aderat prin Hotărârea Parlamentului nr.707-XII din 10 septembrie 1991. Publicat în „Tratate internaționale”. Ediție oficială, 1998, vol.1.
4. Cojocaru Gh. *Recunoașterea internațională a Marii Uniri*. În: Cugetul, nr.4, 1991.

5. Decretul despre pace din 26 octombrie (8 noiembrie) 1917. Ленин В.И., ПСС, том 35.
6. Deleanu I. *Drept constituțional și instituții politice*: Tratat. București: Europa Nova. 1996, vol.2, p.13.
7. Dictionarul explicativ al limbii române. București: Univers enciclopedic, 2016.
8. Drăganu T. *Drept constituțional și instituții politice*. Vol.1. Cluj-Napoca, 2000,
9. Gramă D. *Destin românesc*. În: Revistă de istorie și cultură, 1994, nr.1.
10. Gramă D. *Anexarea Basarabiei la URSS în 1940 – consecință a sfârtecării statului Moldovenesc în 1812*. În: Cugetul. Revistă de istorie și științe umanistice, 1992, nr.2.
11. Halippa P. *Întâiul Congres al ostașilor și ofițerilor moldoveni din Chișinău*. În: Politica, 1991 nr.4.
12. Machiavelli Nicolo. *Principele*. București: Mondadori, 2008.
13. Marx K. *Însemnări despre români*. București, 1964.
14. Mihai Eminescu și Basarabia. SRL, Verba, 1991.
15. Pactul Internațional cu privire la drepturile civile și politice din 16 decembrie 1966, Ratificat prin Hotărârea Parlamentului nr.217-XII din 28 iulie 1990, Publicat în „Tratate internaționale”. Ediție oficială, 1998, vol. 1.
16. Pactul Internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale din 16 decembrie 1966. Ratificat prin Hotărârea Parlamentului nr.217-XII din 28 iulie 1990, Publicat în „Tratate internaționale”. Ediție oficială, 1998, vol. 1.
17. Patrimoniul, 1990, nr.1.
18. Patrimoniul, 1991, nr.3.
19. Teodorescu A. *Valoarea juridică a unui cuvânt românesc*. În: Analele Academiei Române. Memoriile secțiunii istorie. Seria III. Tomul XXVIII, memoria 11. Mihai T.Oroveanu. *Istoria dreptului românesc și evoluția instituțiilor constituționale*. București: Cerma, 1992.
20. *Unirea*. Foaie bisericescă politică. Anul XXVIII, nr.65, 23 octombrie 1918.
21. Uricariul, vol.IV, Iași, 1857.
22. Veștile Sovietului Suprem 1990, nr.6, 7, art.186.
23. Кутузов М.И. Сборник документов. Москва, 1952, т.3.
24. Ленин В.И. Полное собрание сочинений, том 32.
25. Ленин В.И. Полное собрание сочинений, том 35.
26. Сборник законов СССР и указов Президиума Верховного Совета СССР, 1938-1967. Том 1. Москва, 1968.

УДК 347.6

LEGAL ASPECTS OF ACTIVITY OF INCLUSIVE EDUCATION ENTERPRISES IN UKRAINE

Iryna BUZHyna,

Doctor of Pedagogical Sciences, Professor, Professor of the Department of Family and Social Pedagogy and Psychology of State institution K.D. Ushinsky «South Ukrainian National Pedagogical University»

Maksym IMERIDZE,

PhD in Education

Olena YEFREMOVA,

PhD in Law, Associate Professor of the Department of Law, Philosophy and Political Science of T.G. Shevchenko National University «Chernihiv Collelum»

The article analyzes a number of problematic issues regarding the legal aspects of the activities of the subjects of inclusive education in Ukraine that need to be settled, and ways of their solution are suggested. It is found that in order to improve the administrative foundations of inclusive education in Ukraine, it is necessary to make: a number of changes and additions to the profile laws in the field of education and their synchronization with the provisions of the specialized laws governing the issues of persons with disabilities; development of a strategy and National Action Plan for the implementation of inclusive education, starting with pre-school educational institutions (early diagnosis and problem correction), general secondary education, vocational education, higher education; redistribution of powers of the ministries, where the Ministry of Education and Science of Ukraine is the leading responsible body for organizing the educational process of persons with special educational needs.

Keywords: law, inclusive education, educational institutions, persons with special educational needs, state policy, laws.

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ІНКЛЮЗИВНОЇ ОСВІТИ В УКРАЇНІ

Ірина БУЖИНА,

доктор педагогічних наук,

професор кафедри сімейної і соціальної педагогіки і психології
ДЗ «Південноукраїнський національний педагогічний університет
імені К.Д. Ушинського»

Максим ІМЕРІДЗЕ,

кандидат педагогічних наук

Олена ЄФРЕМОВА,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри права, філософії і політології
Національного університету «Чернігівський колегіум» імені Т.Г. Шевченка

У статті проаналізовано ряд проблемних питань щодо правових аспектів діяльності суб'єктів інклюзивної освіти в Україні, які потребують врегулювання, запропоновано шляхи їх вирішення. З'ясовано, що з метою вдосконалення адміністративних зasad інклюзивної освіти в Україні необхідно провести: низку змін і доповнень до профілюючих законів у галузі освіти та їхню синхронізацію з положеннями спеціалізованих законів, які регулюють питання осіб з інвалідністю; розроблення стратегії та Національного плану дій щодо впровадження інклюзивної освіти, починаючи з дошкільних освітніх закладів (ранньої діагностики та корекції проблеми), загальної середньої освіти, професійно-технічної освіти, вищої освіти; перерозподіл повноважень міністерств, де провідним відповідальним органом за організацію освітнього процесу осіб з особливими освітніми потребами є Міністерство освіти та науки України.

Ключові слова: право, інклюзивна освіта, освітні заклади, особи з особливими освітніми потребами, державна політика, закони.

ASPECTE LEGALE ALE EDUCAȚIEI INCLUZIVE ÎN UCRAINA

Articolul analizează o serie de probleme cu privire la aspectele legale ale activităților subiecților de educație incluzivă din Ucraina, care trebuie soluționate și sunt propuse modalități de soluționare a acestora. Se constată că, pentru a îmbunătăți fundamentele administrative ale educației incluzive din Ucraina, este necesar să se facă: o serie de modificări și completări la legile de profil în domeniul educației și sincronizarea acestora cu prevederile legilor de specialitate care reglementează problemele persoanelor cu dizabilități; elaborarea unei strategii și a unui plan național de acțiune pentru implementarea educației

inclusiv, începând cu instituțiile de învățământ preșcolar (diagnostic precoce și corectarea problemelor), învățământ secundar general, educație profesională, învățământ superior; redistribuirea competențelor ministerelor, unde Ministerul Educației și Științei din Ucraina este organul responsabil principal pentru organizarea procesului educational al persoanelor cu nevoi educaționale speciale.

Cuvinte-cheie: lege, educație inclusivă, instituții de învățământ, persoane cu nevoi educaționale speciale, politici de stat, legi.

Introduction. Let's find out the essence of the concepts «subject», «legal entity», «public authorities» and «system». As a result, we will be able to define the concept of «system of state bodies of management of inclusive education of Ukraine».

The powers of the Verkhovna Rada of Ukraine and the President of Ukraine as primary subjects of state policy formation in the sphere of inclusive education are divided into the following groups: 1) powers of the Verkhovna Rada of Ukraine concerning financial support of inclusive education in Ukraine, formation and termination of activity of subjects of inclusive education, supervisory powers;

2) powers of the President of Ukraine to form and terminate the activities of subjects of inclusive education, to determine the competence of executive bodies, to create an inclusive environment.

On the powers of the Ombudsman of Ukraine. It is noted that there are no provisions on the implementation of inclusive education in Ukraine. In the dissertation research Miskiv L.I. Amendments to the Regulation on the Ombudsman of Ukraine are substantiated, namely [8]:

1) in item 3 (the main tasks of the Commissioner) it is proposed to envisage tasks for the implementation of inclusive education in Ukraine;

2) in clause 4 (rights that the Commissioner has in accordance with the tasks assigned to him) to provide for the right to exercise control and supervision activities for the implementation of inclusive education in Ukraine.

Among the powers of state entities managing inclusive education of Ukraine are the main and auxiliary ones. Thus, according to the analysis of the powers of the executive authorities, it is noted that among them there are no clearly defined tasks for the implementation of inclusive education in Ukraine.

Analysis of recent research and publications. The problems of legal regulation of implementation of inclusive education at the state level in Ukraine are mainly addressed in legislative and regulatory documents (laws, resolutions of the Cabinet of Ministers of Ukraine). An important role in the study of this area was played by L.I. Miskiv: (2014) – Legal problems of inclusive education in Ukraine; (2013) – Executive authorities as subjects of inclusive education in Ukraine.

Purpose of the article: analyze the legal aspects of inclusive education in Ukraine.

Main part. Regarding the powers of the Cabinet of Ministers of Ukraine (hereinafter referred to as the CMU), it should be noted that the Cabinet of Ministers of Ukraine is a leading subject of inclusive education in Ukraine. In this context, a number of resolutions of the Cabinet of Ministers of Ukraine are analyzed, which determine the basics of implementation of inclusion in the educational environment of the state and their impact on the implementation of inclusive education in Ukraine.

Revealing the powers of the Ministry of Education and Science of Ukraine (hereinafter – Ministry of Education and Science of Ukraine), it is justified the need to envisage those concerning the legal, logistical and technical support of inclusive education, as well as giving the Ministry of Education and Science control and supervisory powers for the implementation of inclusive education. Important is the activity of the Department of General Secondary and Preschool Education, the structural unit of which is the department of inclusive education and boarding schools. Also required is the activity of a permanent advisory and advisory body of the Ministry of Education and Science of Ukraine – a working group on pre-school education of children with special needs. Scientists consider it advisable to create in the MES of Ukraine a separate structural unit – the Department of Inclusive Education of Ukraine, which is tasked with implementing inclusive education at all levels [6].

In outlining the authority of the Ministry of Social Policy of Ukraine (hereinafter - the Ministry of Social Policy of Ukraine), we note that the Ministry is responsible for the formulation and implementation of state policy in the field of providing social services to socially vulnerable sections of the population, including persons with special educational needs. It has been found out that the ministry has subordinate educational institutions and vocational rehabilitation centers, which provide education for persons with special needs. Thus, the Ministry of Social Policy coordinates the work of specialized boarding schools intended for vocational, physical and social rehabilitation, as well as the acquisition of working professions and specialties for persons with I, II, and III disability groups. On the example of the Sambir Vocational Technical

Boarding Board, permanent training courses for managers and specialists of the system of the Ministry of Social Policy and the State Enterprise «Ukrainian Scientific and Technical Center for Professional Development», additional powers of the Ministry of Social Policy were disclosed.

On the basis of the analysis of the powers of the Ministry of Health of Ukraine (hereinafter – the Ministry of Health of Ukraine), the feasibility is justified: anticipation in the authority of the Ministry of Health of Ukraine of the task of organizing medical care of children with special educational needs; control functions should be added to the functions of the Ministry of Health of Ukraine (regulation of health care of the above category of persons).

While revealing the content of the powers of local state administrations in the system of subjects of inclusive education, it should be noted that local state administrations implement state policy in the field of education at the local level. However, the provisions of the normative acts do not contain norms that specify and define the mechanism of exercising powers in the field of implementation of inclusive education. The scientist (L.I. Miskiv) proposed to amend the Law of Ukraine «On Local State Administrations» and to state them in the following wording [7, p. 124]:

1) Part 1 of Art. 16 to supplement with a paragraph stating that local state administrations exercise state control over the enforcement of the rights of persons with special educational needs;

2) § 1 h. 1 Art. 22 to supplement the powers to implement state policy in the field of inclusive education;

3) paragraph 3 of Part 1 of Art. 22 to supplement the powers of material and financial support for institutions providing inclusive educational services;

4) paragraph 4 of Part 1 of Art. 22 to supplement the powers to preserve inclusive education institutions and to extend them [7, p. 125].

Among the auxiliary state entities implementing inclusive education are the Ministry of Regional Development, Construction and Housing and Communal Services of Ukraine (hereinafter – the Ministry of Regional Development of Ukraine) and the Ministry of Finance of Ukraine (hereinafter – the Ministry of Finance of Ukraine). Concerning the mandate of the Ministry of Regional Development of Ukraine, the results of the work of this ministry are determined, the main achievements are determined, which significantly influence the level of inclusive education implementation, among which the development of state building norms and standards for the design of educational institutions aimed at creating conditions

for teaching children with special needs are important. From the analysis of the powers of the Ministry of Finance of Ukraine, it follows that the Ministry is responsible for financing and controlling the costs of implementing and implementing inclusive education. In the context of the above, it is concluded that the special normative and legal acts of the Ministry of Finance of Ukraine do not provide a mechanism for financing inclusive education and do not determine the expenditures for the implementation of inclusive education in Ukraine.

Implementation of inclusion in the educational space of Ukraine requires clear actions not only of state bodies as direct subjects of implementation of state policy, but also of other partners to which local self-government bodies and public associations belong.

Based on the analysis of the Law of Ukraine «On Local Self-Government in Ukraine», a «System of local self-government bodies» is characterized. It has been determined that the executive bodies of village, settlement, city councils (hereinafter - executive bodies) are the direct subjects of implementation of inclusive education on the ground. The content of the powers of executive bodies in the field of education was disclosed, taking into account their division into self-governing and delegated ones. As a result, it is substantiated that Art. 32 of the Law of Ukraine «On Local Self-Government in Ukraine» should be supplemented with subparagraph 10 of item «a» and should read in the following wording: «promoting the creation of an inclusive educational environment on the ground» [1].

By determining the place of public associations in the system of subjects of inclusive education, the legal status of public associations in Ukraine is analyzed. It is proved that public associations should be considered as a consultative and advisory entity for the implementation of inclusive education. Non-governmental organizations have the opportunity to significantly influence social and political processes in the area of protection of the rights and freedoms of citizens, in particular for persons with special educational needs.

On the basis of the European Research Association's analytical report, possible activities of public associations in the field of inclusive education were identified and the shortcomings in the activities of public associations in Ukraine were highlighted. Activities include:

preparation and participation in educational campaigns; providing medical and counseling assistance to parents and children;

public examination of bills; providing information

support, legal counseling for parents; lobbying for inclusion in the authorities;

participation in the development of new approaches to financing education; organizational assistance to schools and kindergartens; participation in drafting bills.

Defects in the activities of public associations in Ukraine include: fictitious work of registered organizations (~ 62%); local level of action (city and district - (~ 68%), oblast (~ 14%), city (~ 18%); limited activity (education and training (~ 18%), medical advice (~ 19%), legal issues and social protection for children with special needs (~ 8%) [8, p. 59].

Let's define the list of public organizations that are active lobbyists and participants in building an inclusive educational environment in Ukraine. These include the All-Ukrainian Foundation, the National Assembly of the Disabled People of Ukraine, the All-Ukrainian Charitable Organization, the Ukrainian Child Welfare Foundation, and the AIC Computer and Information Technology Development Charitable Foundation.

Let's consider the importance and place of international organizations in the system of subjects of inclusive education in Ukraine. The list of universal and specialized international organizations that should be considered as subjects of inclusive education is highlighted. Universal organizations are the author of the United Nations (UN), the Council of Europe (CE) and the European Union (EU). To the special – the International Labor Organization (ILO), the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), the World Health Organization (WHO).

The impact of the UN on the development and implementation of inclusion in the educational systems of states, including Ukraine, has been revealed through an analysis of the activities of the UN Secretariat, namely: the United Nations Development Program (UNDP) – an organization to assist developing countries; The United Nations Children's Fund (UNICEF); The Office of the High Commissioner for Refugees (UNHCR); The United Nations Middle East Agency for Palestinian Refugees and Work Organization (UNRWA); The United Nations Center for Human Settlements (UNCDD); The United Nations Industrial Development Organization (UNIDO); World Bank (WB).

By analyzing projects, regulations, organizational measures of the ILO, UNESCO, WHO, we need to determine the content of their activities in the field of inclusive education and provision [2].

The basic tendencies of protection of the rights of persons with special needs and formation of in-

clusive policy within the framework of normative acts adopted by the Council of Europe are studied. The provisions of the European Convention on Human Rights do not provide for «disability» as a basis for non-discrimination. The Council of Europe has a consistent policy on the socialization of persons with special needs.

By analyzing the provisions of international acts, Ukrainian legislation, a series of studies of national public and international organizations, the works of domestic and foreign scientists, we will determine the list of problematic issues that need to be settled, and ways of solving them are proposed. Such issues include [3]:

1. A wide range of legislation governing the socialization of persons with special needs: lack of a clear mechanism for the implementation of inclusive education; lack of a unified approach to understanding the terms used in the educational process by persons with special educational needs. The adoption of a separate regulatory act is inappropriate;

2. The need for inclusive education at all levels of education in Ukraine. The development of a strategy and National Action Plan for the implementation of inclusive education, starting with pre-school institutions (early diagnosis and problem correction), general secondary education, vocational education, higher education;

3. Different accountability of educational institutions (special and general) and unregulated cooperation of line ministries. The reallocation of powers of the ministries is justified, where the Ministry of Education and Science of Ukraine should be designated as the leading responsible body for organizing the training of persons with special educational needs;

4. The need to review the mechanism of public funding for educational institutions providing inclusive educational services. There is a need to analyze the norms of the Budget Code of Ukraine and to legislate a system of incentives for local budgets, to redistribute the subordination of educational and rehabilitation institutions;

5. Introduction of broad educational work among the population on the necessity and positivity of the introduction of inclusive education. Because one of the barriers to inclusive education is public opinion. It is necessary to study the education campaign in Montenegro [4];

6. Implementation of a single national database of electronic statistics on education for persons with disabilities. Ukraine does not have a unified system of accounting for persons, in particular children, who need special education conditions. It is necessary to develop a single national database of statistical elec-

tronic data in the access mode of the line ministries (Ministry of Social Policy) and the State Statistics Service of Ukraine;

7 The need to create a system of resource centers for material and technical support for inclusive education in Ukraine. Given the principle of decentralization of power, the creation of such a system of centers should be envisaged in the regions, which will allow to resolve the issue of providing educational establishments with special equipment and technical means; adaptation of the architectural environment of educational institutions for the needs of persons with special needs; provision of transport services for persons with special needs; resource centers will be able to serve as information sources for the real situation on the ground (in each individual school);

8. The issue of reducing the network of special educational institutions and the creation of resource centers for inclusive education on their basis. Using statistical analysis, we note that the number of special education institutions in Ukraine is gradually decreasing. The introduction of inclusive education should not completely exclude the functioning of special educational institutions, which should be used as resource centers for training of personnel [5];

9. Creating an effective system for evaluating the quality of education, including inclusive ones. There are world-class systems for assessing the quality of education, which are classified by management - centralized and decentralized systems for determining the quality of education. Administrative and legal support of the category «quality of education» in the Ukrainian educational space requires practical action (speeding up the updating of the educational legislation of Ukraine, revising the organizational principles of the implementation of educational management).

Conclusion. 1. The main subjects of inclusive education formation in the world dimension, in particular in Ukraine, are international governmental organizations, under the auspices of which a number of organizational and legal measures have been taken in the field of protection of the rights of persons with special needs, including the introduction of inclusive education in national educational institutions, systems.

2. The legal aspects of the implementation of inclusive education in Ukraine include: lack of a clear legal mechanism for the implementation of inclusive education; lack of a unified approach to understanding the terms used in the education process by persons with special educational needs; the need for inclusive education at all levels of education in Ukraine; different accountability of educational institutions (special and general), unregulated cooperation of line ministries; the need to revise the mechanism of

public funding for educational institutions providing inclusive educational services; introduction of broad educational work among the population on the need and positivity of inclusive education; implementation of a single national database of electronic statistics on education for persons with disabilities.

3. In order to improve the administrative foundations of inclusive education in Ukraine, it is necessary to make: a number of changes and additions to the profile laws in the field of education and their synchronization with the provisions of specialized laws governing the issues of persons with disabilities; development of a strategy and National Action Plan for the implementation of inclusive education, starting with pre-school institutions (early diagnosis and problem correction), general secondary education, vocational education, higher education; redistribution of powers of the ministries, where the Ministry of Education and Science of Ukraine is the leading responsible body for organizing the educational process of persons with special educational needs; to include in the National Action Plan proposals for the introduction of inclusive education, the provision on the need to carry out an educational campaign involving the media.

Prospects for further research are an in-depth study. The introduction of inclusive education should not completely exclude the functioning of special educational institutions, which should be used as resource centers for training of personnel, scientific research in the field of education for persons with special needs.

Reference

1. Загальнодержавна програма «Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини: Закон України від 05.03.2009 р. № 1065-VІ на період до 2016 року.
2. Про затвердження плану заходів щодо створення безперешкодного життєвого середовища для осіб з обмеженими фізичними можливостями та інших маломобільних груп населення на 2009–2015 роки «Безбар’єрна Україна: Постанова Кабінету Міністрів України від 29.07.2009 р. № 784.
3. Про схвалення Концепції Державної цільової програми «Національний план дій з реалізації Конвенції про права інвалідів та розвитку системи реабілітації інвалідів на період до 2020 року: Розпорядження від 30.03.2011 р. № 245-р.
4. Про затвердження порядку організації інклюзивного навчання у загальноосвітніх навчальних закладах: Постанова КМУ від 15 серпня 2011 р. № 872. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/872-2011-%D0%BF>.
5. Про вищу освіту: Закон України. Відомості

Верховної Ради (ВВР). 2014. № 37–38. Ст. 2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18/print>.

6. Про освіту: Закон України. *Відомості Верховної Ради (ВВР). 2017. № 38–39. Ст. 380. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19>.*

7. Миськів Л. І. Правові проблеми інклузивної освіти в Україні: монографія. Харків: Ніка Нова, 2014. 456 с.

8. Миськів Л. І. Органи виконавчої влади як суб'єкти реалізації інклузивної освіти в Україні. *Юридичний вісник «Повітряне та космічне право»*. Київ: НАУ, 2013. № 1 (26). С. 57–62.

INFORMATION ABOUT THE AUTORS

Buzhyna Iryna Viacheslavivna – Doctor of Pedagogical Sciences, Professor, Professor of the Department of Family and Social Pedagogy and Psychology of State institution K.D. Ushinsky «South Ukrainian National Pedagogical University»; Imeridze Maksym Borysovych – PhD in Education;

Yefremova Olena Petrivna – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Law, Philosophy and Political Science of T.G. Shevchenko National University «Chernihiv Collelum»;

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРІВ

Бужина Ірина Вячеславівна – доктор педагогічних наук, професор, професор кафедри сімейної і соціальної педагогіки і психології ДЗ «Південноукраїнський національний педагогічний університет імені К.Д. Ушинського»; bugina.irina@gmail.com

Імерідзе Максим Борисович – кандидат педагогічних наук; Max.imeridze@gmail.com

Єфремова Олена Петрівна – кандидат юридичних наук, доцент кафедри права, філософії та політології Національного університету «Чернігівський колегіум» імені Т.Г. Шевченка»; Yefremova111999@gmail.com

УДК 94(477)»189/190»:347.278

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ СИСТЕМЫ ПРОДАЖИ ИПОТЕКИ В ГОСУДАРСТВЕННЫХ И АКЦИОНЕРНЫХ ЗЕМЕЛЬНЫХ БАНКАХ УКРАИНЫ НА РУБЕЖЕ XIX – XX вв.

Дмитрий СЕЛИХОВ

кандидат юридических наук, доцент

кафедры теории и истории государства и права

Днепропетровского государственного университета внутренних дел

Исходя из очевидной актуальности вопросов, связанных с идеей возрождения на территории современной Украины функционирования государственного и частных земельных банков, которые неминуемо возникнут после реализации законодательства о рынке земли, автор данного сообщения сконцентрировал свое внимание на изучении опыта той системы продажи ипотеки, которая существовала после создания в 70-х годах акционерных, а в 80-е годы XIX ст. – государственных Крестьянского и Дворянского банков. Деятельность последних из упомянутых ипотечных учреждений лишний раз свидетельствует о наличии существенных различий в правах дворянства и крестьянства, что, как оказалось в конечном итоге, обострило социальный антагонизм между привилегированными и непривилегированными сословиями настолько, что стало одним из важных, причин гражданской войны и гибели Российской империи.

Ключевые слова: Украина, акционерные земельные банки, Крестьянский банк, Дворянский банк.

LEGAL REGULATION OF THE MORTGAGE SALES SYSTEM IN STATE AND JOINT-STOCK LAND BANKS OF UKRAINE AT THE BORDER OF THE XIX - XX CENTURIES.

Dmytryi SELYKHOV

Selykhov Dmytryi Anatolevych.

Candidate of Law Sciences, Associate Professor Department of Theory and History of State and Law of
Dnepropetrovsk State University of Internal Affairs

Given the obvious relevance of issues related to the idea of reviving the functioning of state and private land banks on the territory of modern Ukraine, which will inevitably arise after the implementation of the land market legislation, the author of this message focused on studying the experience of the mortgage system that existed after the creation in 70-ies joint-stock, and in the 80-ies of the XIX century. - State Peasant and Noble Banks. The activity of the last of the mentioned mortgage institutions once again testifies to the existence of significant differences in the rights of the nobility and peasantry, which, as it turned out, ultimately exacerbated the social antagonism between privileged and unprivileged estates so much that it became one of the important causes of the civil war and the death of the Russian empire.

Keywords: Ukraine, joint-stock land banks, Peasant Bank, Noble Bank.

REGLEMENTAREA JURIDICĂ A SISTEMULUI DE VÂNZĂRI IPOTECARE ÎN BĂNCILE DE STAT ȘI SOCIETĂȚI PE ACȚIUNI ALE UCRAINEI LA HOTARELE SECOLELOR XIX - XX

Dmytryi SELYKHOV

Candidat în științe juridice, profesor asociat, Departamentul Teoria Statului și Dreptului,
Universitatea de Stat din Dnepropetrovsk

Având în vedere relevanța evidentă a problemelor legate de ideea reînvierii funcționării băncilor funciare de stat și private teritoriul Ucrainei moderne, care va apărea inevitabil după punerea în aplicare a legislației privind piața funciară, autorul s-a concentrat pe studierea experienței sistemului ipotecar care a existat după crearea în anii 70 - 80 ai secolului XIX. - Băncile țărănilor și nobililor de stat. Activitatea ultimului dintre cele menționate instituțiile ipotecare atestă încă o dată existența unor diferențe semnificative în drepturile nobilimii și țărănimii, care, după cum s-a dovedit, a agravat atât de mult antagonismul social dintre moșii privilegiate și nepriveleiate că a devenit una dintre cauzele importante ale războiului civil și moartea imperiului rus.

Cuvinte-cheie: Ucraina, bănci de acțiuni, Băncii țărănești, Banca nobilă.

Постановка проблемы. Модернизация

Прагарного сектора, как, впрочем, и других отраслей экономики Украины на современном этапе требует дальнейшего совершенствования функ-

ционирования банковской системы, неотъемлемой частью которой является ипотека. Учитывая наличие в законодательстве Украины конституционной нормы (ст. 14) и гарантии Земельным кодексом

права частной собственности на землю [1, с. 3], последняя рано или поздно все-таки станет товаром, как и все другие средства производства в полноценной рыночной экономике. Прямыми результатом этого, как показывает опыт многих стран мира, будет создание земельных банков, предусмотренных, между прочим, тем же Земельным кодексом Украины [2]. Однако при всей важности изучения современного зарубежного опыта функционирования рынка земли не следует забывать и своего собственного. Ведь после отмены в 1861 году крепостного права именно потребность в долгосрочном кредите вынудила правительственные круги разработать правовую базу деятельности сначала акционерных, а затем и государственных земельных баков.

Состояние исследования. В существующей по этому вопросу литературе довольно полно изложены основные проблемы, связанные с организационно-правовыми аспектами функционирования как государственных [3, 4, 5, 6] так и акционерных [7, 8, 9, 10] земельных банков, действовавших на украинских землях Российской империи во второй половине XIX в началье XX вв. Однако остается еще немало вопросов, требующих должного внимания исследователей.

Целью и задачей статьи является сравнительный анализ тех разделов государственных и акционерных земельных банков, которые касаются методов работы с клиентами, которые по тем или иным причинам не смогли в установленные сроки возвратить взятые кредиты. Именно этот аспект организационно-правовых принципов деятельности ипотечных банков, действовавших на украинских землях Российской империи во второй половине XIX в начале XX века и является целью настоящей публикации.

Изложение основного материала. Банки и, соответственно, банковский кредит – его неотъемлемая часть функционирования рыночных отношений, которые на территории Российской империи после отмены в 1861 году крепостного права стали развиваться с невиданной ранее быстротой. Ведь буквально через одно десятилетие после упомянутого эпохального события правительственным кругам пореформенной России стало ясно, что экономика страны, включая ее аграрный сектор, не могут обходиться без ипотеки [11]. Именно с ее помощью, как показывал имеющийся на то время опыт экономических отношений ряда развитых западноевропейских стран, можно было рассчитывать на получения не только краткосрочного, но и долгосрочного кредита. Пока окружение императора Александра II размышляло над тем как лучше организовать государственную ипотеку, частный капитал решил эту проблему быстрее. На территории Украины первым возник Харьковский акционерный земельный банк,

устав которого был утвержден в 1871 году. [12, № 49556]. По его образу и подобию вскоре начали свою работу Полтавский [13, № 50708], Киевский [14, № 51062] и Бессарабско-Таврический [15, № 51294] акционерные банки. Что касается еще одной ипотечной структуры, которая в своем названии имела термин «Банк» (Земский банк Херсонской губернии), то согласно справедливому замечанию известного украинского историка государства и права В.Е. Кириченко, она имела все черты не банка, а кредитного товарищества [6, с.74]. Таким образом, в 70-е годы XIX века на украинских землях Российской империи акционерные банки начали кредитовать сельскохозяйственных товаропроизводителей в тех регионах, которые были, упомянуты в их уставах. Что касается государственных земельных банков, то они, как и их местные отделения, начали возникать только через 10 лет после организации акционерных банков: в 1882 году – Крестьянский и в 1885 году – Дворянский. Сравнивая соответствующие разделы Уставов государственных и акционерных земельных банков, которые регулировали процесс правоотношений с должниками по ипотеке, находим немало общих черт, хотя и нельзя не обратить внимания на определенные отличия. Так, в утвержденном императором 8 апреля 1872 года Уставе Полтавского земельного банка, который наряду с Уставом Харьковского земельного банка правительством был признан образцовым [6, с. 80], систему возврата долгов регулировали ст. № 19-30. При этом в ходе применения па практике соответствующих правовых норм во все, без исключения, Уставы периодически вносились соответствующие изменения, которые вновь утверждались сначала министром финансов, а затем уже императором. Так, в Уставе Полтавского земельного банка от 8 апреля 1872 года (§ 19) говорилось о том, что заемщику, не сделавшего своевременного взноса, предоставляется «2 месяца льготы, с платежом на всякую невнесенную в срок сумму по одному проценту в месяц». По пришествию двух десятков лет этот пункт был существенно дополнен другими нормами права, которые имели целью повысить требования к заемщику. Согласно редакции Устава 1895 года теперь клиенту давалось не два льготных месяца, а шесть. Проценты же на «не внесенную в срок сумму» в течении первых двух месяцев составляли 0,5 %, а в остальные четыре месяца по 1 % в месяц [16, с. 13]. Акционеры банка, среди которых был известный ученый В.И. Вернадский, учли опыт постигшего центрально-черноземные губернии неурожая 1892 года, дополнив § 19 положением, согласно которому заемщику предоставлялось право на трехлетнюю рассрочку «не более двух полугодичных платежей». При этом с отсроченных и рассроченных сумм «заемщик должен оплачивать

по 6 % взамен установленной пени». Если и после истечения льготного срока заемщик не погашал своего долга банку, последний получал право «обращать взыскание на заложенное имущество...». Дальнейшее совершенствование упомянутого параграфа Устава Полтавского земельного банка имело место в годы столыпинской аграрной реформы, о чем свидетельствует редакция этого Устава 1911 года. Теперь условия предоставления льгот по уплате взносов формулировались отдельной статьей, согласно которой при наличии заявления о рассрочке долга клиент банка должен был предоставить удостоверение «полиции или земской управы о постигшем его бедствии» [16, с. 10]. Если и по истечении предоставленного заемщику льготного периода свои долги клиент не погашал, то в этом случае заложенное имущество должника подлежало продажи с торгов, о чем надлежало сообщать в «Правительственном вестнике» и «Полтавских губернских ведомостях». Эта норма, упомянутая в § 20 Устава 1872 года в 1895 году была снята с текста. Вместо нее правление банка внесло пункт о необходимости направления клиенту заказным письмом уведомления о продажи его имущества «с обратною распискою». В примечании №1 к этой статье речь шла о том, что «невручение уведомления заемщику не останавливает дальнейших действий по взысканию и не имеет последствием недействительность этих действий» [16, с. 14].

В редакции Устава 1911 года норма, требовавшая публикации в прессе сообщения о торгах, вновь была возвращена. На этот раз правление банка считало необходимым расширить круг соответствующих периодических изданий, дабы привлечь к торговам возможно более широкий круг потенциальных покупателей недвижимого имущества должника. Кроме упомянутых уже в Уставе 1872 года периодических зданий, статья № 25 редакции 1911 года требовала отсылки объявления о предстоящих торгах еще в те губернии, где находится имущество, а также в «Вестник финансов, промышленности и торговли» [17, с. 11]. Если Устав банка 1872 года считал (§ 25) торг состоявшимся при условии, что предложенная цена покрывает означенные «долги, недоимки и расходы», то соответствующий параграф в редакции 1895 года признавал торг состоявшимся при условии, «если сверх суммы, с коей он начат, предложены надбавки хотя бы двумя покупателями». Ни в первой, ни во второй из упомянутых редакций Устава Полтавского земельного банка не шла речь о правах и обязанностях покупателя предложенного банком имущества, тогда как в издании 1911 года этому вопросу посвящено несколько статей. Так, в статье № 29 упомянутого издания, от желающего торговаться требовалось внесения залога, который ровнялся бы «сумме недоимок» платежей

расходов, произведенных банком за счет заемщика и «недоимок в государственных, городских, земских и других повинностях». Кроме этого для приобретения земельного имущества, находящегося в Киевской и Волынской губерниях, от клиента требовалось иметь свидетельство местного генерал-губернатора о непринадлежности к лицам польского происхождения. [17, с. 12].

Определенным изменениям подвергалась и норма права, регулировавшая порядок распоряжения имуществом при условии, если торги не состоялись. При неуспешности первого торга через две недели назначался второй, последний. Если и в этом случае никто не смог предложить сумму, с помощью которой можно было бы закрыть все долги, имущество должника переходило в полную собственность банка. В редакции 1895 года к этой норме, зафиксированной в §27 Устава, было сделано дополнение о необходимости продать соответствующее имущество в течение года «с торгов или по вольной цене» [16, с.19]. Впрочем, в редакции 1911 года эта норма уже отсутствовала [17, с.14].

Что касается государственных земельных банков, то первым начал свою деятельность Крестьянский поземельный банк, правовой базой функционирования которого длительное время было «Положение о Крестьянском поземельном банке» [1, № 894].

Первое отделение Крестьянского поземельного банка было открыто в апреле 1883 года в Полтаве вследствие, как считает автор этих строк, наличия в губернии значительного контингента такой специфической социальной группы, как казаки, владевшие своими угодьями на правах частной собственности. К тому же и традиционной для центральных губерний России общине на Полтавщине почти не было. Крестьянский банк был единственным в своем роде учреждением, которое еще до утверждения в надлежащем порядке своего Устава имело бы специальный закон, регулирующий порядок правоотношений ипотекодателя с неисправными плательщиками. Буквально через месяц после начала банковских операций, в мае 1883 года, император утвердил мнение Государственного Совета под недвусмысленным названием «О порядке продажи с торгов земельных участков, заложенных в Крестьянском поземельном банке» [20]. Сам этот факт свидетельствует о том что законодатель заранее, еще до начала кредитных операций, предвидел наличие весьма значительной группы неисправных плательщиков из числа непривилегированных словий, в среде которых намеревалось функционировать только что открытое ипотечное учреждение. Предлагался весьма сложный механизм взыскания долгов по кредиту. Основные положения этого механизма состоят в следующем: если на торги пред-

ставлялся участок земли, стоимостью до одной тысячи рублей, то соответствующее объявление направлялось в волостноеправление и сельские общества того региона, где находился соответствующий участок, а также в правления смежных волостей того же уезда. В случае, если стоимость участка превышала тысячу рублей, то кроме вышеупомянутых мест, объявление о торгах направлялось еще и местные «Губернские ведомости» с обязательным условием его троекратной публикации. Торги должны были начинаться не позднее чем через шесть недель после объявления о торгах участка, стоимость которого не превышала тысячи рублей, тогда как в другом случае устанавливался трехмесячный срок. В случае, несостоявшихся в волостном правлении торгов, они (при оценке участка до тысячи рублей) проходили в ближайшем городе, в помещении уездной или губернской земской управы. В случае банковских операций в регионах, где не было земских учреждений (Киевская, Подольская и Волынская губернии), соответствующие торги должны были производиться в помещениях присутствий по крестьянским делам или съездов мировых посредников. Для производства торгов закон предусматривал составление на каждый продаваемый участок торговый лист, в котором прописывались такие данные: а) наименование домохозяина или сельского общества, или товарищества крестьян, которые купили продаваемый участок с помощью ссуды Крестьянского банка; б) сумма, с которой начинаются торги; в) числящиеся на участке недоимки в податях и повинностях; г) объяснения, что торг производится без переторжки.

Согласно этому закону должники банка имели право до 12 часов дня, назначенного для торга, уплатить недоимки и расходы банка на организацию торгов. В этом случае должнику возвращались все права собственника заложенного в банке имущества. Торги считались несостоявшимися при условии, что, во-первых, не будет желающих торговать; во-вторых, если не будет сделано надбавки к сумме, с которой начался торг; в-третьих если после окончания торгов покупатель не внес в установленные сроки надлежащую сумму.

После утверждения 27 ноября 1895 года мнения Государственного Совета «О публикации нового Устава Крестьянского земельного банка» [20, № 12195], система взысканий по ссудам была выписана в третьем разделе упомянутого правового акта под названием: «Платежи и взыскания по ссудам». Кроме этого, к статьи 45 Устава банка было разработано отдельное приложение [21], которое более детально описывало систему мер воздействия на заемщиков из числа названных в этой статье возможных клиентов банка: сельские общества, отдельные поселения, которые не составляли отдельного общества,

как, например, хутора, товарищества и отдельные крестьяне. Статья 62 Устава обязывала местные отделения в случае возникновения задолженности по платежам «не стесняться ни условиями об отдаче в наем земли, заложенной в банке, ни другими обязательствами, заключенные заемщиками». Как и в случае с клиентами акционерных земельных банков, Крестьянский банк учитывал возможность негативного воздействия на финансовое положение мелких товаропроизводителей таких факторов, как неурожай, пожар, наводнение, градобитие, уничтожение посевов вредными насекомыми, смерти или тяжелой болезни заемщика-домохозяина. Именно этот мотив имел значение при решении вопроса о предоставлении непоправному заемщику определенных статей 85 льгот «с тем, чтобы общая совокупность отсроченных или рассроченных по ссуде платежей не превышала четырех полугодичных взносов» [22, № 12195]. Для пополнения взносов, не уплаченных в срок, сельские общества, отдельные поселения и товарищества отвечали перед банком по принципу круговой поруки. Именно коллективу надлежало, согласно статьи 86 Устава, определять размеры причитающегося с каждого из его членов платежа, в соответствии с площадью купленной ими земли, а также назначать сроки для сбора платежей по частям. Соответствующий коллектив имел право: 1) обращать на обеспечение или на возмещение недоимки часть урожая или иной доход с принадлежащего недоимщику участка купленной земли; 2) продавать ту часть движимого имущества или введенных на участке строений, которые не составляют необходимости в его хозяйстве; 3) временно отобрать от недоимщика принадлежащий ему участок или часть его с целью использования полученного дохода для пополнения срочных платежей и недоимки, впредь до уплаты последней, но не более, как на срок принятого в обществе, отдельном поселении или товариществе севооборота. Статья 89 Устава возлагала на земских начальников и уездные съезды обязательство надзора за правильностью действий сельских и товарищеских сходов, сельских старост и выборных от товариществ относительно мер воздействия на неисправных плательщиков. Нередко мери воздействия на должников из среды непривилегированных сословий, которые, собственно, и как уже упоминалось, основными клиентами Крестьянского банка, характеризовались крайней жестокостью. Один из примеров физического насилия над должниками государственных учреждений, которым был тот же Крестьянский банк, привела в июле 1883 года газета «Русский курьер». «Когда кулачные аргументы не действуют, — писала она, — неисправного плательщика отправляют в волость и сажают в кутузку». Бывали случаи, и сколько раз, что «туда запирали

человека, трудами которого кормилась вся семья... Когда же и после всего этого битья, голода и холода долги все-таки неуплаченные, тогда начальство отправляется по хатам неисправных крестьян и захватывает у них всякую вещь, представляющую хоть какую-нибудь ценность. Затем объявляют, что если через столько то дней деньги не будут внесены, все захваченное имущество будет продано с аукционного торга» [23].

Ничего подобного не было в отношениях привилегированных сословий, которые были клиентами Дворянского банка. «В положение о Государственном Дворянском земельном банке», которое было утверждено императором 3 июня 1885 года, даже терминология, используемая законодателем в отношении клиентов этого банка, мало походила на те нормы права, которые были характерными в отношении непривилегирован-

ных сословий. Так, в упомянутом «Положении» нет даже раздела, в котором бы употреблялся термин «взыскание». Вместо него употребляется более мягкая формулировка – «ответственность по займам». Эта ответственность тоже предполагала продажу имущества неисправных плательщиков с аукциона, однако каждый дворянин мог рассчитывать на «льготы в уплате следующих с него срочных платежей». Если в отношении привилегированных сословий закон предусматривал конкретные причины предоставления отсрочки в платежах, то относительно дворян ст. 54 «Положения» ограничивалась лишь упоминанием «чрезвычайных бедствий», «постигших заложенные имения». Предоставленная льгота давала возможность заемщику отсрочить внесение соответствующих платежей «на три года не более двух полугодичных платежей» [24, № 3016].

Таблица 1. Платежи по ссудам заемщиков Дворянского земельного банка в 1906 – 1913 гг.

Виды платежей	Начислено	Поступило	%	Перечислено в льготные и осталось в недоимке	% от начисленного
Очередные	274477	80048	29,2	194429	70,8
Просроченные в пределах льготного срока	281513	41838	14,3	239675	85,1
Просроченные после льготного срока	202579	140978	69,6	61601	30/

Источник: [27, с. 394].

Интересные данные о исполнении своих обязательств привилегированными сословиями перед своим кредитным учреждением были получены А.М. Анфимовым, который проанализировал соответствующие данные за 1906 – 1913 гг. (табл. 1). Как видим, ко всей начисленной суммы своевременно поступило всего 29,2% платежей и, соответственно, перечисленные в льготные или осталось в недоимке львиная их доля – 70,8%. Из числа просроченных в пределах льготного срока в течение 1906 – 1913 гг. на банковские счета поступило всего 14,8% надлежащей суммы, тогда как 85,2 % долга было перечислено в льготные или осталось в недоимке. Даже из числа просроченных после льготного срока 30,4 % соответствующих средств на банковские счета так и не было внесено. Несмотря на хронические неплатежи дворянские имения редко продавались с торгов. В Полтавской губернии, например, до 1891 года не было ни единого случая такой продажи. За 10 лет (1891 – 1900 гг.) На торгах из 1316 имений было продано 26, что составляет всего около 2 % [25, с. 136]. Если и были продажи с торгов имений неисправных плательщи-

ков из числа привилегированных сословий, то это были, как правило, мелкопоместные дворяне, не имевшие значительного политического веса. Иные подходы руководства Дворянского банка и, соответственно, Министерства финансов, в непосредственном подчинении которого находились все государственные банки, были известным всей России влиятельным латифундистам. Так, в одном из региональных изданий общества сельского хозяйства Южной Украины сообщалось, что накануне Первой мировой войны долги Дворянскому банку князя А.А. Куракина достигли 114 тыс. рублей; баронессы Е.Н. Крюденер-Струве – 150 тыс. рублей; А.А. Матвеева – 100 тыс. рублей; Е.Л. Бразоль – 56 тыс. рублей; князя С.Д. Оболенского – 52 тыс. рублей; графа И.А. Уварова – 49 тыс. рублей и т.д. [26, с. 53].

Но как ни старались правительственные круги самодержавной России защитить с помощью льготного кредитования и прямых, в нарушение Устава банка, случаев списания долгов по ипотечному кредиту, спасти дворянское землевладение от разрушения вследствие неэффективного исполь-

зования привилегированными сословиями своего земельного фонда так и не удалось. Так в течении 1887 – 1912 гг. дворяне европейской части империи потеряли 39,5% принадлежавших ранее им сельскохозяйственных угодий [27, с. 358].

Выводы. Из всего вышеизложенного можно сделать вполне однозначный вывод: наиболее жесткие условия взыскания задолженности по ипотечным кредитам самодержавия после отмены в 1861 году крепостного права установило именно для наиболее обездоленной не только с экономической, но и политической точек зрения части своих граждан, коими являлись так называемые сельские сословия. И если даже в этих неравных условиях организации сельскохозяйственного производства крестьянство в своей основной массе не только сохраняло, но и расширяло свое землевладение, то это лишний раз свидетельствует о невероятном упорстве мелких товаропроизводителей искать и находить способы решения своих хозяйственных проблем, используя для этого не только трудовые ресурсы своей семьи в ходе работы сельскохозяйственных работ по принципу «от зари до зари», но и кредиты упоминавшегося ранее Крестьянского поземельного банка.

Список использованной литературы

1. Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. – К.: Преса України, 1997. – 80 с.;
2. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 року // Відомості Верховної Ради. – 2002. – № 3-4. – Розд. IX. – П.4;
3. Красик А.В.. Крестьянский банк и его деятельность с 1883 по 1905г. / А.В. Красик. – Юрьев.: Б.и., 1910. – 216 с.;
4. Зак А.Н. Крестьянский поземельный банк, 1883 - 1910 гг./ А.Н Зак. – М.: Т-во «Скоропечатая А.А. Левенсон», 1911. – 607 с.;
5. Прокурякова Н.А. Земельные банки Российской империи / Н.А. Прокурякова. – М.: РОССПЭН, 2002. – 518 с.;
6. Кириченко В.Є. Установи довгострокового кредиту Російської імперії в Україні (друга половина XIX – початок XX ст.): історико – правове дослідження: [монографія] / В.Є. Кириченко. Х.: Контраст, 2010. – 688 с.;
7. Гиндин И.Ф. Русские коммерческие банки: из истории финансового капитала в России / И.Ф. Гиндин . – М.: Госфиниздат, 1948. – 454 с.;
8. Шепелев Л.Е. Акционерные компании в России / А.Е. Шепелев. - Л.: Наука, 1973. – 347 с.;
9. Райский Ю.Л. Акционерные земельные банки в России во второй половине XIX – начало XX вв.. [рукопись]: диссертация д-ра ист.наук: 07.00.02 / Ю.Л. Райский; Курский гос. пед. институт. – Курск, 1998. – 565 с.;
10. Прокурякова Н.А. Земельные банки Российской империи / Н.А. Прокурякова. – М.: РОССПЭН, 2002. – 518 с.;
11. Цеймерн М.К. Мысли об устройстве ипотечного порядка в России / М.К. Цеймерн. – СПб.: Б.и., 1862. – 76 с.;
12. Высочайше утвержденный Устав Харьковского земельного банка // ПСЗРИ. – Собр. 2-е. – Т. XLVI. – № 4955613;
13. Высочайше утвержденный Устав Полтавского земельного банка // ПСЗРИ. – Собр. 2-е. – Т. XLVI. – № 50708;
14. Высочайше утвержденный Устав Киевского земельного банка // ПСЗРИ. – Собр. 2-е. – Т. XLVII. – № 51062;
15. Высочайше утвержденный Устав Бессарабско-Таврического земельного банка // ПСЗРИ. – Собр. 2-е. – Т. XLVII. – № 49556;
16. Устав Полтавского земельного банка, высочайше утвержденного 8 апреля 1872 г., с последующими изменениями по 1 декабря 1899 г., СПб.: Тип. В. Киршбаума, 1899. – 48 с.;
17. Справочная книжка Полтавского земельного банка. Полтава: Злектрич. типо-литогр. Дохмана, 1911. – 40,55 с.;
18. Высочайше утвержденное положение о Крестьянском поземельном банке // ПСЗРИ. – Собр. 3-е. – Т. II. – 1882. № 894;
19. Высочайше утвержденное мнение Государственного Совета «О порядке продажи с торгов земельных участков, заложенных в Крестьянском поземельном банке» // ПСЗРИ. – Собр. 3-е. – Т. III. – 1883. – № 1610;
20. Высочайше утвержденное мнение Государственного Совета « О порядке продажи с торгов земельных участков, заложенных в Крестьянском поземельном банке» // ПСЗРИ. – Собр. 3-е. – Т. III. – 1883. – № 1610;
21. Правила о порядке продажи с торгов земель, заложенных в Крестьянском поземельном банке // ПСЗРИ. Собр. 3-е. – Т. III. – 1883. – № 12195.
22. Высочайше утвержденный Устав Крестьянского поземельного банка // ПСЗРИ. – Собр. 3-е. – Т. XV. – 1895. – № 12195;
23. Русский курьер. – 1883. – 6 июля;
24. Высочайше утвержденное положение о Государственном Дворянском земельном банке // ПСЗРИ. – Собр. 3-е. – Т. V. – 1885. – № 3016;
25. Павловский И. К истории Полтавского дворянства / И. Павловский. – Полтава: Тип. И.А. Дохмана, 1907. – Т.2. – 236 с.;
26. Записки императорского общества сельского хозяйства Южной России. – Одесса, 1910. – № 9 – 10. – 86 с.;
27. Анфимов А.М. Крупное помещичье хозяйство европейской России (Конец XIX – начало XX века) / А.М. Анфимов. – М.: Изд-во «Наука», 1969 – 394 с.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Селихов Дмитрий Анатольевич – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Днепропетровского государственного университета внутренних дел

INFORMATION ABOUT THE AUTOR
Selikhov Dmytro Anatoliiovych – Candidate of Law Sciences, Associate Professor Dnepropetrovsk State University of Internal Affairs
dmitriy.selikhov1969@gmail.com

Drept constituțional

CZU: 342.531.4(478)

RĂSPUNDEREA DISCIPLINARĂ A PARLAMENTARIILOR

Gheorghe COSTACHI

doctor habilitat în drept, profesor universitar

Victor MICU

doctorand

Articolul este consacrat problemei răspunderii disciplinare a parlamentarilor. Este analizată doctrina, legislația națională și europeană în domeniu, precum și jurisprudența Curții Constituționale a Republicii Moldova. În final, se argumentează necesitatea delimitării răspunderii disciplinare de răspunderea constituțională și asigurarea dreptului deputaților de a ataca deciziile cu privire la aplicarea măsurilor disciplinare, în plan intern și extern.

Cuvinte-cheie: deputat, disciplină parlamentară, abatere disciplinară, sancțiune disciplinară, răspundere constituțională, cale de atac.

DISCIPLINARY RESPONSIBILITY OF PARLIAMENTS

The article is devoted to the problem of the disciplinary liability of the parliamentarians. It includes an analysis of the doctrine, national and European legislation in the field, as well as the case law of the Constitutional Court of the Republic of Moldova. Finally, it is argued the necessity of delimiting the disciplinary responsibility from the constitutional responsibility and ensuring the right of the deputies to attack the decisions regarding the application of the disciplinary sanctions, internally and externally.

Keywords: parliamentary, parliamentary discipline, disciplinary misconduct, disciplinary sanction, constitutional liability, appeal

Introducere. Potrivit doctrinei, *statutul deputatului* presupune totalitatea drepturilor, obligațiilor, garanțiilor și responsabilităților cu care este abilitat deputatul întru realizarea mandatului parlamentar obținut ca urmare a exprimării voinei corpului electoral în contextul exercitării suveranității naționale [1, p. 279].

Din momentul validării mandatului aleșii sunt în serviciul colectivității care i-a desemnat, drept pentru care au ca principală sarcină rezolvarea tuturor problemelor de interes public ce apar și care țin de viața statului. Importanța unei asemenea activități l-a determinat pe legiuitor să instituie o protecție menită să le garanteze siguranța și deplina libertate a exercitării mandatului.

Însă protecția oferită de lege impune și o anumită conduită din partea alesului pe tot parcursul derulării mandatului său. El este obligat să respecte Constituția și legile țării, să se supună regulilor de curtuazie și disciplină și să nu folosească în cuvântul lui sau în relațiile cu cetățenii expresii injurioase, ofensatoare ori calomnioase. În același timp, alesul trebuie să-și îndeplinească atribuțiile cu bună-credință și fidelitate față de țară și colectivitatea care l-a ales, să dea dovedă de probitate și discreție profesională, de cinste și corectitudine. Încălcarea cu vinovătie a unor aseme-

ne obligații atrage în mod firesc răspunderea acestuia [14, p. 26].

În context sunt relevante dispozițiile art. 15 din *Legea despre statutul deputatului în Parlament* [9], deputatul este obligat să respecte cu strictețe Constituția, legile, normele etice și morale. De asemenea, deputatul este dator să fie demn de încrederea alegătorilor, să contribuie prin exemplul personal la întărirea disciplinei de stat, la îndeplinirea obligațiilor civice, la asigurarea drepturilor omului și la respectarea legislației.

Scopul studiului. Pornind de la cele menționate în prezentul studiu ne propunem realizarea unei analize succinte a răspunderii disciplinare a deputaților, în vederea conturării cadrului normativ ce o reglementează, reliefării temeiurilor de survenire și a sancțiunilor aplicabile, valorificând în acest sens doctrina, legislația națională și europeană, precum și jurisprudența Curții Constituționale din Republica Moldova.

Rezultate obținute și discuții. Inițial, considerăm necesar a preciza că spre deosebire de alte categorii de demnitari publici, legislația în domeniu (fiind vorba în concret despre *Regulamentul Parlamentului Republicii Moldova* [10] /în continuare *Regulament/ și Legea despre statutul deputatului în Parlament* nr.

39/2005), nu prevede expres răspunderea disciplinară a deputaților. Cu toate acestea, *Legea cu privire la statutul persoanelor cu funcții de demnitate publică nr. 199/2010* [8] stabilește în art. 23: „(1) Demnitarul își exercită mandatul cu bună-credință. În cazul încălcării acestei prevederi, demnitarul poartă răspundere personală. (2) Încălcările comise în exercițiul mandatului atrag răspunderea disciplinară, civilă, contravențională sau penală în condițiile legii.” De aici deducem că Legea-cadru prevede expres că demnitarii publici (din categoria cărora fac parte și deputații) sunt pasibili de răspundere disciplinară [12, p. 58; 13, p. 220].

Pornind de la faptul că statutul fiecărei demnități publice este reglementat distinct prin legi speciale, evident că și disciplina deputaților, în calitatea lor de demnitari publici, își are cadrul său juridic special. În context, *Regulamentul Parlamentului* conține un capitol distinct (Capitolul 11) consacrat *interdicțiilor și sancțiunilor* aplicate deputaților. Specificul acestui cadru juridic rezidă în aceea că legiuitorul nu operează expres cu astfel de noțiuni ca „răspundere disciplinară”, „abatere disciplinară”, „sancțiune disciplinară”. În opinia noastră, acest fapt nu exclude răspunderea disciplinară a deputaților (întrucât disciplina este indispensabilă oricarei activități umane), ci doar accentuează specificul și caracterul distinct al acesteia. Deci, interdicțiile (inclusiv încălcarea altor prevederi ale *Regulamentului*) și sancțiunile prevăzute în cuprinsul *Regulamentului*, conturează indubitable instituția *răspunderii disciplinare a deputaților* (moment atestat și de alți cercetători autohtoni [2, pp. 122-123]).

Existența unei astfel de instituții este confirmată și de faptul că, în general, atât doctrina, cât și legislația operează cu instituția răspunderii disciplinare a funcționarului public, care dispune de o serie de trăsături definitorii, precum urmează [3, p. 5]:

- 1) are un caracter strict personal, nefiind de conceput o răspundere disciplinară pentru fapta altuia sau o transmitere a ei asupra moștenitorilor;
- 2) este o formă de răspundere independentă de toate celelalte forme de răspundere juridică;
- 3) este o răspundere de drept public; intervine numai în cazul săvârșirii unei abateri disciplinare calificate ca atare prin norme legale, deci în cadrul unor raporturi de drept public;
- 4) subiectul activ este un funcționar public, iar subiectul pasiv este autoritatea publică la care acesta este încadrat;
- 5) procedura de cercetare, aplicare și constatare a sancțiunilor disciplinare sunt supuse unor norme speciale;
- 6) abaterile și sancțiunile disciplinare sunt prevăzute prin norme cu putere de lege.

Evident, în cazul *răspunderii disciplinare a deputaților* unele dintre aceste trăsături lipsesc (bunăoară, abaterile disciplinare nu sunt expres reglementate etc.), fapt determinat în mare parte de specificul statutului acestor demnitari publici și mandatul pe care îl exercită aceștia. În context, atragem atenția că în doctrina constituțională se consideră că răspunderea disciplinară a deputaților nu are nimic comun cu răspunderea disciplinare din dreptul muncii, parlamentară neavând calitatea de subiect al abaterii disciplinare pe baza unui contract de muncă [5, p. 243]. Dezvoltând această idee, subliniem că chiar dacă deputații nu activează în baza unui contract de muncă, ei totuși sunt obligați să respecte disciplina parlamentară, prin aceasta contribuind la buna desfășurare a activității organului legislativ (autoritatea publică în cadrul căreia activează).

Referindu-ne nemijlocit la interdicțiile impuse deputaților, precizăm că potrivit art. 132 din *Regulamentul Parlamentului*, deputaților li se interzice:

- a) proferarea de insulte, amenințări sau calomnii atât de la tribuna Parlamentului, cât și din sala de ședințe;
- b) dialogul între vorbitorul aflat la tribună și persoanele aflate în sală;
- c) con vorbiri la telefoane mobile în sala de ședințe a Parlamentului în timpul ședințelor în plen;
- d) tulburarea dezbatelor sau crearea agitației în sala de ședințe;
- d¹) accesul în incinta Parlamentului și în încăperile în care se desfășoară ședințele în plen ale Parlamentului și ale organelor sale de lucru cu echipamente portabile de amplificare a sunetului și/sau cu oricare alte obiecte ce ar putea fi folosite pentru tulburarea ordinii și/sau întreruperea lucrărilor ședințelor Parlamentului;
- d²) blocarea tribunelor, blocarea accesului în sala de ședințe, blocarea sau limitarea accesului la microfoane, sau crearea unor condiții de imposibilitate a continuării ședințelor plenare ale Parlamentului;
- e) orice acțiuni ce pot împiedica desfășurarea normală a lucrărilor Parlamentului.

Prin urmare, aceste interdicții conturează un sistem de abateri disciplinare pentru comiterea cărora deputații sunt sancționați disciplinar. În același timp însă, atragem atenția la prevederile art. 133 din *Regulament*, care stabilesc o serie de sanctiuni „pentru încălcarea de către deputați a prevederilor *Regulamentului*”. Deci, din interpretarea acestei norme se poate deduce că abaterile disciplinare ce pot fi comise/admise de către deputați nu se reduc doar la încălcarea interdicțiilor prevăzute în art. 132 din *Regulament*, ci cuprind orice încălcare a prevederilor *Regulamentului*. În linii generale, acestea pot fi identificate por-

nind de la sancțiunile prevăzute de *Regulament* (în art. 133) și a modului de aplicare a acestora, după cum urmează: a) avertismentul; b) chemarea la ordine; c) retragerea cuvântului; d) lipsirea de cuvânt pe o durată de până la 5 ședințe; e) eliminarea din sala de ședințe; f) interzicerea participării la ședințele plenare pe o durată de până la 10 ședințe.

Detaliind, precizăm că la prima încălcare de către deputat a prevederilor Regulamentului, președintele ședinței îl **avertizează** și îl invită să respecte Regulamentul. Potrivit art. 135 din *Regulament* deputații sunt **chemați la ordine**, de către Președintele ședinței, în cazul în care: a) nu iau în considerare avertismentul președintelui ședinței și continuă să se abată de la Regulament; b) se ceartă cu alți deputați sau alți participanți la ședință; c) folosesc gesturi și un limbaj ofensator; d) se abat de la tema pusă în discuție; e) care tulbură ordinea ședinței în alt mod.

Cu toate acestea, în virtutea art. 136 din *Regulament*, Președintele ședinței poate, înainte de a chama la ordine un deputat, să-l invite să-și retragă sau să explice cuvintele care au generat incident și care pot conduce la aplicarea sancțiunii. În cazul în care cuvintele întrebuițate au fost retrase sau regrete ori explicațiile date sunt apreciate de președintele ședinței ca satisfăcătoare, sancțiunea nu se mai aplică.

O altă sancțiune aplicabilă deputaților este **retragerea cuvântului și lipsirea de cuvânt**. Astfel, în baza art. 137 din *Regulament*, Președintele ședinței poate **retrage cuvântul** deputatului: a) care, după chemare la ordine, continuă să tulbare ordinea ședinței; b) care își continuă comunicarea peste termenul stabilit și nu respectă indicațiile președintelui de a încheia comunicarea.

Dacă deputatul, după ce i s-a retras cuvântul, în cadrul aceleiași ședințe comite aceleași încălcări, Parlamentul îl poate **lipsi de cuvânt**.

O sancțiune mai aspră este **eliminarea din sala de ședințe** (art. 138 din *Regulament*), care poate fi aplicată deputatului dacă: a) în timpul ședinței, chemă la folosirea forței sau o folosește el însuși; b) pe parcursul ședinței, proferează insulте, calomnii sau amenințări publice la adresa Președintelui Republicii Moldova, deputaților, membrilor Guvernului sau altor persoane; c) votează, prin mijloace electronice, în numele altui deputat; d) blochează, prin diferite modalități, tribuna sau microfoanele din sală și continuă să sfideze autoritatea președintelui ședinței.

Deputatul astfel sancționat este obligat să se conformeze imediat și nu poate reveni în ședința plenară până la încheierea acesteia, cu excepția cazului în care acesta comunică regretul său pentru faptele comise și se obligă să respecte Regulamentul și ordinea în ședință.

În cazul în care deputatul sancționat cu eliminarea din sală nu părăsește benevol sala de ședințe ori dacă acesta a fost sancționat repetat în aceeași sesiune cu eliminarea din sala de ședințe, Parlamentul poate aplica sancțiunea **interzicerii de participare a acestuia la ședințele plenare** pe o durată de până la 10 ședințe (art. 139 alin. (1) din *Regulament*).

Dacă și după aplicarea sancțiunii de interzicere a participării la ședințele plenare deputatul nu părăsește benevol sala de ședințe, președintele ședinței va anunța o intrerupere.

O altă măsură ce poate fi cumulată cu această sancțiune este **anularea indemnizației** prevăzute de lege pe întreaga durată de aplicare a sancțiunii interzicerii participării la ședințele plenare. Totodată, el pierde și 10% din salariu pentru fiecare ședință, începând cu ziua următoare celei în care a fost aplicată sancțiunea, dar nu mai mult de 75% din salariu.

Sancțiunea interzicerii participării la ședințele plenare poate fi totuși ridicată de Parlament în orice moment, la propunerea Președintelui Parlamentului, a unei fracțiuni parlamentare, la adresarea scrisă sau publică a deputatului sancționat, prin care acesta comunică regretul său pentru faptele comise și se obligă să respecte Regulamentul și ordinea în ședință.

În cazul în care deputatul nu execută benevol sancțiunile aplicate de Parlament de eliminare din sala de ședințe sau de interzicere a participării la ședințele Parlamentului, executarea se asigură de serviciul special al Parlamentului, care îndeamnă deputatul să părăsească sala de ședințe, escortându-l din sală (art. 139¹ din *Regulament*).

Neexecutarea cerințelor președintelui ședinței și ale colaboratorului serviciului special al Parlamentului de părăsire a sălii de ședințe se sancționează cu pierderea a 25% din salariu și din alte indemnizații pentru luna următoare.

Opunerea de rezistență sau insultele aduse colaboratorului serviciului special al Parlamentului în legătură cu solicitarea de a părăsi sala de ședințe a Parlamentului de către deputatul vizat se sancționează cu pierderea a 50% din salariu și din alte indemnizații pentru luna următoare. Ultimele două sancțiuni se aplică de către Președintele Parlamentului.

După cum se poate observa, aplicarea sancțiunilor față de deputați este dată în competență diferitor subiecți, după cum urmează [11, p. 37]:

- sancțiunile prevăzute la art. 133 alin. (1) lit. a)-d)

- se aplică de către președintele ședinței,

- sancțiunile de la art. 133 alin. (1) lit. e) și f) – se aplică de Parlament, cu votul majorității deputaților prezenti, la propunerea președintelui ședinței sau a unei fracțiuni parlamentare,

- sancțiunile prevăzute la art. 133 alin.(1) lit.a)-c)

– pot fi aplicate și în scopul menținerii ordinii în ședințele comisiilor de către președintii acestora.

Totodată, importante momente la capitolul dat sunt prevăzute în art. 16 alin. (2) din *Legea despre statutul deputatului în Parlament nr. 39/2005* în care este stabilit că participarea deputatului la ședințele Parlamentului și ale comisiei permanente din a cărei componență face parte este *obligatorie*. În cazul în care deputatul nu se poate prezenta din motive întemeiate la ședințele Parlamentului sau ale comisiei permanente, este obligat să aducă la cunoștință Biroului permanent sau secretarului comisiei respective motivele absenței sale.

Orice absență a deputatului care nu ține de exercitarea atribuțiilor funcționale ale Parlamentului și ale comisiei permanente din care face parte se consideră absență fără motiv întemeiat. Absența deputatului de la ședința Parlamentului în semn de protest față de un proiect sau față de o altă chestiune inclusă pe ordinea de zi, anunțată de deputat personal sau în numele fracțiunii în ședință în plen a Parlamentului, se consideră, de asemenea, absență din motive întemeiate.

Articolul 131 din *Regulament* stabilește în acest sens că absența fără motiv întemeiat a deputatului pe parcursul unei luni la 3 ședințe ale Parlamentului sau ale comisiei permanente din care face parte se sancționează cu pierderea a 50% din salariu și din alte indemnizații pentru luna următoare. Absența fără motiv întemeiat a deputatului pe parcursul unei luni la 4 și mai multe ședințe ale Parlamentului sau ale comisiilor permanente din care face parte se sancționează cu pierderea a 75% din salariu și din alte indemnizații pentru luna următoare.

Dincolo de aceste reglementări legale, în practică s-a lansat ipoteza că „lipsa de la ședințele în plen ale Parlamentului și de la ședințele comisiilor parlamentare permanente trebuie calificată ca o încălcare flagrantă a obligațiilor legale de a respecta Constituția și legile în vigoare, pasibilă sancționării sub forma pierderii mandatului de deputat” (sesizarea Curții Constituționale nr. 8b/2012). Expunându-se pe marginea acestei sesizări Curtea Constituțională a opinat [7, §52-60]:

„52. Ridicarea mandatului este încetarea forțată, contrar voinței deputatului, a mandatului său. Această normă constituțională nu este dezvoltată în prezent prin norme legislative, care ar explica și detalia mecanismul aplicării.

53. după cum rezultă din norma constituțională, reglementarea cazurilor de încetare forțată a mandatului deputatului este apanajul Parlamentului, inclusiv ridicarea mandatului deputatului în cazul eschivării acestuia de la exercitarea îndatoririlor

inerente calității de deputat, ținând cont de principiile și spiritul Constituției, normele și standardele democratice și având în vedere practica altor state în domeniul.

54., în ceea ce privește exercitarea mandatului de deputat, în majoritatea parlamentelor există o obligație formală de prezență, atât în plen, cât și în comisie.

55. De fapt, nu există decât câteva legislative (Senateul belgian și Adunarea Parlamentară a Consiliului European), care nu prevăd o formă de participare obligatorie și nicio penalizare pentru absențe nemotivate repetitive. În majoritatea parlamentelor care se confruntă cu o obligație de prezență, absența poate fi justificată.

56. În multe state, Parlamentul nu are dreptul de a exclude definitiv pe unul dintre membrii săi (Cipru, Franța, Gabon, Lesotho, Norvegia, Parlamentul European, România etc.). În schimb, este adesea utilizată în calitate de măsură disciplinară suspendarea temporară.

57. În țările în care excluderea definitivă este posibilă, motivele pentru care aceasta poate avea loc variază destul de puternic. În general, acestea sunt de trei tipuri: sancțiune disciplinară, pierderea condițiilor de eligibilitate, precum și exercitarea unei activități incompatibile cu mandatul de deputat. Există și alte motive pentru care un membru poate fi exclus din Parlament, precum ar fi cunoașterea insuficientă a limbii oficiale, fapt ce nu permite exercitarea mandatului de parlamentar, cum este cazul Letoniei.

58. În practica statelor pot fi distinse trei cazuri de pierdere forțată a mandatului de deputat:

1) În unele state, parlamentarul care nu își prezintă benevol demisia poate fi exclus de către Parlament în cazul în care nu mai corespunde cerințelor de eligibilitate sau a acceptat o funcție incompatibilă.

2) În anumite cazuri (de regulă, în țările anglosaxone), excluderea din Parlament poate fi aplicată ca sancțiune disciplinară finală.

Motivele excluderii – absența nemotivată de la ședințe, dezvăluirea informațiilor confidențiale unor terțe persoane, perturbarea ordinii sau lezarea demnității Parlamentului – sunt în mod expres incluse în legea cu privire la statutul deputatului sau în regulamentul Parlamentului. Neglijarea îndatoririlor, în general, și absența de la ședințele Parlamentului, în special, sunt cele mai comune motive de excludere a deputatului din Parlament.

În Australia, de exemplu, un membru care nu a participat la nicio ședință a Parlamentului pe parcursul a două luni consecutive, fără autorizație, își pierde mandatul. Acesta este, de asemenea, cazul în Capul Verde (dacă numărul absențelor nemotivate

depășește valoarea maximă stabilită în regulamentul Parlamentului), Letonia (absența nejustificată de la mai mult de jumătate din ședințele plenare ale Parlamentului pe parcursul unei perioade de trei luni) și Senegal (pentru lipsa la ședințele din cadrul a două sesiuni ordinare). Absența nejustificată de la toate ședințele în una din cele două sesiuni este, de asemenea, un motiv de excludere din Parlament în Niger, dar este nevoie de o decizie în acest sens, adoptată cu votul a două treimi din membrii Parlamentului, și de o decizie a Curții Supreme. Excluderea poate avea loc și pentru alte motive (disciplinare sau nu), la cererea Biroului permanent al Parlamentului.

În India, în cazul în care un membru este absent de la ședințele Parlamentului șaizeci de zile sau mai mult, fără a fi autorizat de către Parlament, mandatul său poate fi declarat vacant. În Australia, Constituția prevede că deputatul este exclus din Parlament în cazul absenței de la 21 de ședințe plenare consecutive, iar în cazul absenței pe parcursul a două luni consecutive fără permisiunea Parlamentului, mandatul de parlamentar devine în mod automat vacant. În Sri Lanka, perioada este de trei luni. În Seychelles, pedeapsa se aplică în cazul în care membrul titular este absent, fără permisiunea în scris a președintelui, pentru mai mult de 90 de zile sau în cazul în care un deputat părăsește țara pentru mai mult de 30 de zile, cu excepția cazului în care acesta dispune de autorizația în acest sens a președintelui Adunării Parlamentare.

Pierderea definitivă a mandatului în caz de absență repetată apare, de asemenea, în Armenia, Austria, Japonia, Thailanda și Turcia. În aceasta din urmă, de exemplu, membrii care au fost absenți, fără o scuză valabilă, de la cinci sesiuni într-o perioadă de o lună pot fi excluși printr-o decizie a Adunării Parlamentare.

Deși este adevărat că excluderea din Parlament este, în general, aplicată în cazul absenței repetitive în plen, în unele state și absența repetată la ședințele comisiilor pot antrena sancțiuni (Côte d'Ivoire, Senatul francez și Portugalia). În Portugalia, membrul care, fără un motiv valabil, nu a participat la patru ședințe plenare își pierde mandatul, în timp ce, dacă lipsește de la mai mult de patru ședințe ale comisiilor, pierde mandatul în comisia în cauză. În Senatul Francez, senatorul care are trei absențe nejustificate consecutive în comisie este declarat demisionat de drept și nu poate fi înlocuit pe parcursul unui an.

Excluderea este, de asemenea, prevăzută într-un șir de state (de ex., India) în cazul oricărui membru recunoscut de Parlament vinovat de comportament neadecvat sau de alte fapte nedemne de un parla-

mentar. Constituția Boliviei dispune că fiecare cameră are dreptul de a exclude (temporar sau definitiv), cu o majoritate de două treimi din voturile exprimate, orice membru care a fost găsit vinovat de abateri grave în îndeplinirea funcțiilor sale. În Regatul Unit al Marii Britanii, un membru al Camerei Comunelor poate fi, de asemenea, exclus printr-o rezoluție a Camerei, anume pentru încălcarea codului de conduită sau a normelor disciplinare. O asemenea excludere este însă posibilă numai după o anchetă și o recomandare a Comisiei pentru standarde și privilegii ("Select Committee on Standards and Privileges").

3) Nu în ultimul rând, în unele state, parlamentarul își poate pierde mandatul în urma unei hotărâri judecătoarești.

Pierderea mandatului de parlamentar în urma unei decizii judiciare – în general numită „decădere” – este un scenariu pe care îl găsim în aproape toate statele. Printre excepțiile de la această normă sunt Statele Unite ale Americii și Republica Arabă Siriană, constituțiile din aceste state disponând că doar Camera Reprezentanților și Senatul sunt competente să examineze cazurile privind alegerea și calificarea membrilor lor.

Prin urmare, este necesar să se distingă nu atât între țări în care mandatul încetează sau nu în urma unei decizii judecătoarești, ci mai degrabă între cele în care decizia instanței de judecată produce efecte „ipso jure” și cele în care trebuie să fie urmată de o decizie a Parlamentului.

59. Procedurile de excludere a deputatului din Parlament variază, de asemenea, foarte mult. Ade-sea, decizia de excludere se ia de către Parlament cu o majoritate calificată sau mai mare (două treimi în Statele Unite ale Americii, Israel, Argentina, Iordania; trei sferturi în Thailanda; cinci săsimi în Finlanda). Procedura de excludere are, de cele mai multe ori, ca punct de pornire recomandarea unei comisii, însărcinată cu examinarea cazului și care raportează Parlamentului.

60. Practica altor state denotă faptul că numai lipsa repetată de la ședințele în plen ale Parlamentului sau de la ședințele comisiilor de specialitate se sancționează. Evident, este esențial ca o excludere definitivă să rămână o procedură excepțională, o sancțiune de ultim remediu, ce ar trebui să se limiteze strict la cazurile prevăzute de lege. În caz contrar, aceasta ar putea deveni o armă periculoasă în mâinile majoritații parlamentare împotriva opozitiei sau a grupurilor minoritare.”

Expunându-ne pe marginea exemplelor invocate de Curtea Constituțională, ținem să remarcăm că, în general, pierderea mandatului parlamentar nu trebu-

ie văzută ca o *sancționare disciplinară* a deputatului, ci ca o *sancționare constituțională* (ca măsură de răspundere constituțională). Importante argumente în acest sens pot fi atestate la D. Cozma [4, pp. 118-119], care se pronunță pentru același caracter (constituțional) al sancțiunii în cazul răspunderii judecătorilor. Ideea de la care pornește cercetătoarea privește gruparea măsurilor de constrângere aplicate față de judecători în două categorii: prima categorie cuprinde măsurile de *răspundere disciplinară* aplicate pentru a sancționa formele de încălcare clasice a disciplinei de muncă (absențele etc.), în timp ce a doua categorie – măsurile de *răspundere constituțională* „la baza cărora ar sta încălcarea unor reguli și norme speciale, de natură etico-morală sau nerespectarea cerințelor speciale impuse judecătorilor ca titulari ai puterii publice” [16, pp. 120-121]. În context, în doctrină, mai există voci care susțin că eliberarea din funcție a judecătorilor este o *măsură de răspundere constituțională* [17, p. 260; 18, p. 186]. Același lucru, în opinia noastră, este valabil și pentru deputați, întrucât, în esență, răspunderea disciplinară trebuie înțeleasă ca având un rol de disciplinare a deputatului (prin avertisment, muștrare etc.), în timp ce răspunderea constituțională – ca o măsură de încetare a mandatului acestuia (moment asupra căruia ne vom opri ceva mai jos).

Revenind la problema abordată – sancționarea absențelor deputaților cu pierderea mandatului – notăm că Curtea Constituțională a făcut unele precizări. Astfel [7]:

„61., spre deosebire de absențele nemotivate, protestul parlamentar constituie, eminentă, o absență motivată politic, fiind o metodă de luptă politică, o acțiune a unui deputat sau a unui grup de deputați, ca ripostă la o anumită acțiune a majorității, prin care se exprimă o manifestare, fără acte de violență, a opoziției împotriva unor acte sau decizii care sunt considerate ilegale sau contrare interesului comun, cu scopul de a obține cedări.”

62. Curtea consideră că sintagma „ridicarea mandatului” nu este aplicabilă acțiunilor de protest parlamentar în cadrul activității politice a deputatului care nu este legată nemijlocit de procesul de creație legislativă, dacă nu se recurge la violență fizică sau psihică.”

În același timp, Curtea atrage atenția la faptul că este necesară reglementarea legală exhaustivă a procedurilor de protest parlamentar, a condițiilor și temeiurilor când protestul parlamentar poate fi declarat, astfel încât să nu existe niciun dubiu sau confuzie între protest și lipsa nemotivată de la ședințele Parlamentului. În acest sens, Curtea propune ca protestul parlamentar să fie notificat public de către

deputatul vizat sau de către președintele fracțiunii parlamentare, cu anunțarea situației care l-a determinat și a cerințelor pentru sistare.

În acest context și înțînd cont de principiile democrației și pluralismului politic, Curtea consideră că ar fi contrar spiritului Constituției, dacă ar fi instituită posibilitatea ridicării mandatului de deputat pentru recurgerea la anumite forme de protest parlamentar, instrument de luptă politică ce ține de esența parlamentarismului, deoarece în acest fel se exprimă diversitatea de opinii, chiar dacă aceste drepturi pot fi utilizate într-o manieră obstrucționistă, spre a împiedica sau întârziu luarea unei decizii [7, §64].

Totodată, Curtea observă că instrumentul protestului parlamentar este utilizat, în special, de grupurile parlamentare minoritare. În eventualitatea sancționării cu ridicarea mandatului, există riscul ca libertatea politică a opoziției să fie obstrucționată de majoritatea parlamentară, contrar standardelor democrației și pluralismului politic ce impun protejarea opoziției împotriva presiunilor majoritatii.

Pe de altă parte, lipsirea colectivă a unui grup de deputați de mandatul de deputat este inadmisibilă, fiind contrară semnificației mandatului reprezentativ, astfel încât urmează să fi luată o decizie individuală pentru fiecare deputat în parte [7, §66].

Dincolo de particularitățile invocate și explicate de Curte, în opinia noastră, pentru absențe nemotivate deputații nu ar trebui să fie sancționați cu pierderea mandatului (ca măsură de răspundere constituțională), întrucât aceasta reprezintă în esență o abatere disciplinară pentru comiterea căreia *Regulamentul Parlamentului* prevede măsuri de sancționare disciplinară, inclusiv pecuniară.

Generalizând, în baza celor expuse, deducem că instituția răspunderii disciplinare a parlamentarilor este bine conturată și cu siguranță (dată fiind „confruntarea permanentă” dintre forțele politice parlamentare), este efectiv realizată [12, p. 56; 13, p. 224].

Dincolo de cele expuse, considerăm relevantă în contextul instituției răspunderii disciplinare a deputaților din Parlamentul European. Astfel, chiar dacă acest lucru se confruntă mai rar cu probleme de disciplină în privința membrilor săi (lucrările desfășurându-se, de regulă, într-o atmosferă calmă, schimbările spontane de replici și întreruperile discursurilor fiind mai puțin frecvente datorită, mai ales, varietății limbilor folosite și diversității tradițiilor parlamentelor naționale) [6, p. 217], totuși *Regulamentul de procedură al Parlamentului European* [15] prevede în caz de încălcare a prevederilor sale aplicarea de *măsuri imediate*: chemarea la ordine, chemarea la ordine cu consemnarea în procesul-verbal, retragerea drept-

tului la cuvânt, suspendare sau închiderea ședinței, întreruperea transmisiei în direct a ședinței, elrimarea de fragmente din înregistrarea audio a ședinței (art. 175), fie de *sancțiuni*: „(a) mustrare; (b) pierdere dreptului la indemnizația de sedere pentru o perioadă care poate să dureze între două și treizeci de zile; (c) ..., suspendarea temporară a participării la toate sau la o parte din activitățile Parlamentului pentru o perioadă care poate să dureze între două și treizeci de zile (...); (d) interdicție ca deputatul să reprezinte Parlamentul în cadrul unei delegații interparlamentare, al unei conferințe interparlamentare sau al oricărui forum interinstituțional, pentru o perioadă de până la un an; (e) în cazul unei încălcări a obligațiilor de confidențialitate, o limitare a drepturilor de acces la informații confidențiale sau clasificate pentru o perioadă de până la un an”. Pe lângă aceasta, potrivit art. 176 alin. (6), „Președintele poate să prezinte o propunere Conferinței președinților în vederea suspendării sau a retragerii unui mandat sau a mai multor mandate interne deținute de deputat în Parlamentul European, în conformitate cu procedura prevăzută la art. 21”.

Important în opinia noastră este că pe lângă particularitățile procedurale de aplicare a acestor măsuri imediate și sancțiuni (de către Președintele Parlamentului sau de președinții comisiilor), *Regulamentul* prevede posibilitatea exercitării de către deputați a unei căi de atac interne în fața Biroului în termen de două săptămâni de la notificarea sancțiunii, cale de atac ce suspendă aplicarea sancțiunii (art. 177). Biroul poate, în cel mult patru săptămâni de la introducerea căii de atac sau, dacă Biroul nu se întrunește în perioada respectivă, în cadrul următoarei sale reunii, să anuleze, să confirme sau să modifice sancțiunea impusă, fără a aduce atingere căilor de atac externe aflate la dispoziția celui interesat. În cazul în care Biroul nu decide în termenul prevăzut, sancțiunea este considerată nulă și neavenită. În ceea ce privește calea de atac externă (pe care *Regulamentul* nu o precizează), potrivit doctrinei [6, p. 222], aceasta constă în posibilitatea deputatului nemulțumit de soluția Biroului să exerce o acțiune în anulare împotriva sancțiunii dispuse în privința sa în fața Curții de Justiție a Comunităților Europene.

Concluzii. În rezultatul analizei prevederilor citate și a comparării cu situația deputaților din Parlamentul Republicii Moldova, constatăm că dincolo de abateri, sancțiuni și procedura aplicării, cadrul nostru normativ nu oferă deputaților atrași la răspundere disciplinară posibilitatea de a contesta (nici în ordine internă, nici externă) măsurile și sancțiunile ce le sunt aplicate în vederea apărării drepturilor lor, fapt ce ne duce la ideea că pe acest segment deputații sunt pravați de ac-

cesul liber la justiție (în sens larg).

Pe cale de consecință, în condițiile în care, realitatea din ultimele decenii a demonstrat că de acerbă poate fi „confruntarea” dintre majoritatea parlamentară și opoziție, suntem de părere că garantarea independenței deputatului necesită a fi consolidată și prin recunoașterea dreptului de acces liber la justiție în procesul disciplinar, altfel spus, a posibilității deputatului de a contesta în ordine internă și externă a actelor procedurale de atragere la răspundere disciplinară. O astfel de posibilitate ar consolida nu doar independența deputatului, poziția per ansamblu a opoziției, dar și ordinea și legalitatea în cadrul forului legislativ.

Bibliografie

1. ARSENI, Al. *Legitimitatea puterii de stat – principiu edificator al statului de drept și democratic contemporan. Argumentare științifică și confirmare practică*. Chișinău: USM, 2014.
2. BANTUŞ, I. *Protecția mandatului parlamentar – mecanism inherent în realizarea suveranității naționale*. Chișinău: Reclama, 2002.
3. Cancelaria de Stat a Republicii Moldova. *Aplicarea sancțiunii disciplinare funcționarului public*. Ghid metodnic. Chișinău, 2014.
4. COZMA, D. *Răspunderea judecătorului în România și Republica Moldova*: Monografie. Sub redacția științifică a doctorului habilitat în drept, prof. Gheorghe Costachi; Institutul de Cercetări Juridice, Politice și Sociologice. Chișinău: S. n., 2019.
5. DELEANU, I. *Instituții și proceduri constituționale*. Arad: Servo-Sat, 1998.
6. FABIAN, G., MIHU, N., VERESS, E. *Parlamentul European*. București: Wolters Kluwer, 2007.
7. Hotărârea Curții Constituționale nr. 8 din 19.06.2012 privind interpretarea articolelor 68 alin. (1), (2) și 69 alin. (2) din Constituție (Sesizarea nr. 8b/2012). În: Monitorul Oficial Nr. 131-134 din 29.06.2012.
8. *Legea cu privire la statutul persoanelor cu funcții de demnitate publică* nr. 199 din 16.07.2010. În: Monitorul Oficial nr. 194-196 din 05.10.2010 (actualizată în baza Legii nr. 63 din 05.07.2019).
9. *Legea despre statutul deputatului în Parlament*, nr. 39 din 07.04.1994. Republicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova Nr. 59-61 din 15.04.2005.
10. *Legea pentru adoptarea Regulamentului Parlamentului*, nr. 797 din 02.04.1996. Republicată în Monitorul Oficial Nr. 50 din 07.04.2007.
11. MICU, V. *Răspunderea ca element al statutului parlamentarului*. În: Legea și Viața, 2017, nr. 5.
12. MICU, V. *Răspunderea disciplinară și contravențională a deputaților*. În: Conceptul de dezvoltare a statului de drept în Moldova și Ucraina în contextul proceselor de eurointegrare, materiale ale conferinței științifice internaționale din 2-3 noiembrie 2018. Chișinău:

Iulian (Tipogr. «Cetatea de Sus»), 2018.

13. MICU, V. *Răspunderea parlamentară: teorie și practică*. Monografie. Chișinău: S.n., 2017.

14. PUPĂZAN, C.G. *Răspunderea penală a aleșilor*. București: Hamangiu, 2016.

15. *Regulament de procedură al Parlamentului European*. Parlamentul European de legislatura a 9-a, iulie 2019. [URL]: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RULES-9-2019-07-02_RO.pdf.

16. КОНДРАШЕВ, А.А. Конституционно-правовая ответственность в Российской Федерации: теория и практика. Москва: Юристъ, 2006.

17. КОНОВАЛОВ, П.В. К вопросу о конституционно-правовой ответственности органов судебной власти в Российской. В: Бизнес в законе, 2008, nr. 1.

18. МАНКЕВИЧ, И. Конституционная ответственность судей в Российской Федерации: ее субъекты, основания и санкции. В: Молодой учёный, №3 (72), 2014.

DESPRE AUTORI /ABOUT AUTHORS

COSTACHI Gheorghe,

doctor habilitat în drept, profesor universitar,
cercetător științific principal la Institutul de Cercetări
Juridice, Politice și Sociologice

Candidate of Legal Sciences, professor,
Senior scientific researcher at the Institute for Legal
Political and Sociological Research

e-mail: costachi70@mail.ru;
tel.: 069125188

MICU Victor,

doctorand, Institutul de Cercetări Juridice, Politice și
Sociologice

PhD student, Institute for Legal, Political and
Sociological Research

e-mail: micu.victor67@gmail.com

CZU 342.7(478)

DREPTURILE ȘI LIBERTĂȚILE FUNDAMENTALE ALE OMULUI: VALOARE ȘI PROTECȚIE

Sergiu CARP

student

Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

Articolul este consacrat unei probleme deosebit de actuale – problema drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, sub aspectul valorii acestora și a protecției juridice. Valoarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului este confirmată astăzi mai ales de faptul că constituie pilonul central al statului de drept. De aici, în sarcina oricărui stat democratic primordială este asigurarea respectării și protecției juridice a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.

Cuvinte-cheie: drepturi ale omului, libertăți fundamentale, constituție, valoarea drepturilor, protecția drepturilor, restringerea drepturilor.

HUMAN FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS: VALUES AND PROTECTION

The article is devoted to a very current problem - the question of human rights and fundamental freedoms, in terms of their value and legal protection. The value of human rights and fundamental freedoms is confirmed today especially because it is the central pillar of the rule of law. From here, the task of any primordial democratic state is to ensure the legal respect and protection of human rights and fundamental freedoms.

Keywords: human rights, fundamental freedoms, constitution, value of rights, protection of rights, restriction of rights.

Introducere. Drepturile și libertățile fundamentale ale omului și protecția acestora, au fost și sunt piatra de temelie a legislației și a sistemului juridic axat în jurul raporturilor sociale. Problema valorii și protecției drepturilor și libertăților fundamentale ale ființei umane, vine din cele mai vechi timpuri. Prin urmare, indiferent de nivelul organizării sociale-economice și politico-juridice a comunității umane în centrul acesteia întotdeauna s-a aflat omul, drepturile, libertățile și obligațiunile lui față de semenii.

Diviziunea muncii și diferențierea socială, de rând cu polarizarea societății în privilegiați și neprivilegiați, toate deopotrivă au condus spre o abordare și tratare preferențială a ceea ce numim drepturi și libertăți fundamentale. Prin urmare, situația actuală a acestei instituții de datorează unui parcurs istoric foarte îndelungat și anevoieios. Cunoașterea acestuia, în opinia noastră este indispensabil, întrucât doar astfel, vom putea conștientiza adeverăata valoare a drepturilor și libertăților omului, precum și scopul acestora într-un stat de drept contemporan.

Scopul studiului. Pornind de la considerentele menționate, în cele ce urmează ne propunem o trecreare în revistă a conturării istorice a instituției drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, în vederea sublinierii valorii acesteia în perioada contemporană și a justificării necesității protecției sale efective, prin intermediul diferitor mecanisme, inclusiv constituționale.

Rezultate obținute și discuții. Indiferent de Epo-

că (antică, medie, modernă sau contemporană),oricând și oriunde, *de jure* legea a fost și este principalul instrument care reglementează protecția și limitarea drepturilor și libertăților individuale sau colective ale membrilor societății. Falimentul formațiunii feudale și emergența sistemului capitalist în cotidian a condus pe parcursul câtorva secole la emanciparea mentalității sociale. Mișcările eretice, apoi fenomenul Renașterii și Reforma au fost evenimentele care au deturnat vechile valori dogmatice ale scolasticii medievale, provocând nu doar un conflict religios milenar, dar concomitent au propulsat germanii unor valori democratice.

În special, după Marea Revoluție Franceză din 1789, unul dintre cele mai relevante proceze pe parcursul a două secole în mod incontestabil a fost procesul de ascensiune a drepturilor și libertăților omului. Aceasta este motivul principal pentru care se acordă o atenție deosebită problemelor teoretice și practice referitoare la drepturile omului, la protecția și respectul libertăților fundamentale ale individului. Înfruntând injustiția cu toate formele ei, opunându-se opresiunii și differitelor forme ale inegalitatății sociale, culturale, rasiale, intelectuale, morale sau politice, Legea accentuează primordialitatea omului și a drepturilor sale naturale, inalienabile și sacre față de arbitrajul și excesele scandalioase ale autorităților și instituțiilor pe care, de altfel tot omul le-a stabilit.

Cele două război mondiale, *Războiul rece* și crimele împotriva umanității din statele cu un regim to-

talitari au demonstrat lumii întregi că problema drepturilor și libertăților omului și cetățeanului nu mai este o problemă ce ține de competența doar a unui singur stat. Indiferența față de încălcările grave ale drepturilor omului din interiorul unui stat pune în pericol securitatea internațională, pacea și bunăstarea umanității. Acest lucru a determinat comunitatea umană să realizeze pași concreți în acest sens. Astfel, mai întâi sub egida *Ligii Națiunilor*, apoi sub egida *Organizației Națiunilor Unite*, formată după cel de-al Doilea Război Mondial, statele membre au adoptat un șir de documente referitoare la drepturile și libertățile omului.

Imboldul principal, în acest sens, l-a servit *Declarația Universală a Drepturilor Omului*, adoptată la 10 decembrie 1948. Au urmat mai apoi alte două pacte: *Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice* și *Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale*. Mai tîrziu, aceste documente de o semnificație primordială au fost urmate de un șir de acte normative menite să eliminate diferite forme ale discriminării: rasiale, sociale, sexuale; să înlăture genocidul, comportamentul inuman etc. Alături de aceste notabile reglementări internaționale, la nivel regional, statele au creat diverse organizații, menirea cărora este să promoveze valorile Democrației, să reafirme idealurile umanismului, să diversifice și să detalieze lista drepturilor și libertăților individuale și cetățenești. Importantă este și viabilitatea organismelor și structurilor naționale de stat și non-guvernamentale care și-au asumat misiunea de a asigura o reală protecție a acestor drepturi.

Consiliul Europei, în calitate de organizație interguvernamentală, fondată la 1948, a înființat și dezvoltat un sistem original de protecție a drepturilor omului. Baza acestuia este *Convenția europeană pentru apărarea Drepturilor Omului* adoptată la Roma în ziua de 4 noiembrie 1950. Apoi au urmat 11 Protocoale facultative la Convenție, Carta Socială Europeană etc. Convenția consfințește, alături de celelalte acte internaționale, o serie de drepturi și libertăți ale omului, printre care: dreptul la viață; dreptul la respectarea vieții private și familiale; dreptul la căsătorie; libertatea de exprimare; libertatea de gîndire, de conștiință și de religie etc. Un loc central în cadrul acestor norme cu caracter juridic internațional este rezervat drepturilor și libertăților fundamentale ale omului și cetățeanului în contextul procedurii penale.

Prăbușirea sistemelor totalitare a condus inevitabil spre dezintegrarea Uniunii Sovietice și a blocului socialist. Prin declarări de *Suveranitate și Independență* sau creat state noi, altele au ieșit de sub tutela *Metropolei*, iar prin extinderea *Democrației*, s-au oferit șanse reale de integrare europeană. Una din condițiile

Consiliului Europei vizînd *intrarea* în marea familie a statelor europene este și racordarea legislației naționale la principiile actelor normative viabile pe mapamondul democratic.

Republica Moldova, alăturîndu-se idealurilor promovate și protejate de comunitatea internațională, în legea sa fundamentală - *Constituția* – a proclamat drept valori supreme demnitatea omului, statul de drept, pacea civică, democratia, drepturile și libertățile umane, dreptatea și pluralismul politic. Fiind conștienți de faptul că reglementările anterioare nu mai corespundeau noii realități, iar alteori dimpotrivă, contraziceau atât valorilor democratice, cât și bunului simț, factorii de decizie ai Republicii Moldova, au purces la transformarea și reformarea sistemului de drept.

În această ordine de idei, în primul rînd, merită a fi menționată adoptarea la 29 iulie 1994 a *Constituției* Republicii Moldova. Acest moment a constituit un pas decisiv întru democratizarea societății și protecției drepturilor și libertăților fundamentale ale Omului. Legiuitorul Moldovei a recunoscut constituțional importanța problematicii juridice prin însuși faptul că i-a consacrat acesteia un compartiment/titlu special. Astfel, în Constituția Republicii Moldova, drepturile, libertățile și obligațiunile fundamentale ale cetățenilor sunt reflectate în Titlul II. Sunt consacratae la nivel constituțional nu doar drepturile și libertățile omului, dar și garanțile de natură să asigure respectarea și protecția acestora.

Pentru Constituția Republicii Moldova o inovație juridică o reprezintă prevederile art. 4 conform cărora: „Dispozițiile constituționale privind drepturile omului se interprează în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și celelalte tratate la care Republica Moldova este parte”. Aliniatul 2 al acestui articol instituie un nou principiu constituțional, conform căruia „Dacă există neconcordanță între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care Republica Moldova este parte și legile ei interne, prioritate au reglementările internaționale.” Instituirea acestui principiu reprezintă o altă garanție importantă acordată persoanelor împotriva eventualelor prevederi legale interne care ar încalcă drepturile omului.

Cele mai elementare drepturi și libertăți ale persoanei, fiind consfințite în Constituția Republicii Moldova, reprezintă, fără îndoială, unul din cele mai importante succese înregistrate de sistemul nostru de drept, declarat liber de influență ideologiei totalitare. Statul și Societatea și-au dat seama de faptul că doar prin intermediul asigurării persoanei cu un mediu juridic sigur și cu garanții efective de protecție juridică, aceasta poate manifesta și valorifica liber aptitudini-

le sale intelectuale și să se dezvolte spre progresul societății în general.

În context, este de remarcat că nu există drepturi absolute, or, se cunoaște că Dreptul și Libertatea unei persoane încetează acolo și atunci, cînd se lezează Drepturile și Libertățile altora. Anume din aceste considerente, legislația acceptă și prevede necesitatea de a limita aceste drepturi și libertăți, insistînd pe un cadru legal care concomitent ar reglementa și principiile limitării/restrîngerii drepturilor persoanei.

Constituția Republicii Moldova, de rînd cu alte acte internaționale, garantează o serie de drepturi și libertăți de care omul poate beneficia pentru a-și satisface necesitățile în contextul conviețuirii sale cu ceilalți membri ai societății. Omul este liber să beneficieze de acestea, însă libertatea, după cum am mai afirmat deja, este departe de a fi absolută. Libertatea de a face ceva recunoscută de lege nu înseamnă libertatea de a face orice, sau așa-zisa libertate discrețională, fără a ține cont de libertatea semenilor.

Omul, ca entitate socială, nu poate să existe asemenea unei individualități izolate, singulare. În conlucrare unii cu alții, oamenii se ciocnesc cu diferite interese. In acest sens libertatea este o *libertate-relație* și ea se sfîrșește adeseori, acolo unde începe libertatea altor persoane.

Statul, ca organism social și ca purtător al puterii, și-a rezervat, din cele mai vechi timpuri, prerogativa, dreptul de a interveni și a restrînge uneori această libertate. Scopul acestei rezerve este, în general vorbind, protecția intereselor societății, a ordinii de drept constituțional. Astfel, apare o dilemă avînd pe de o parte interesele societății, iar pe de alta - interesele persoanei. Care dintre acestea sunt mai importante și care au prioritate? Răspunsul la această întrebare impune, atîț soluționarea acestui conflict de interese, cît și clarificarea consecințelor lui.

Faptul că în anumite situații statul urmează să intervînă pentru a restabili ordinea constituțională, legală și socială, nu este negat de nimeni. Discuții numeroase, însa, apar în legătură cu stabilirea cazurilor cînd acesta își poate menține acest drept, intensitatea și întinderea acestor intervenții, căci tot așa după cum există standarde ale drepturilor, trebuie să existe și standarde ale limitării acestora. De exemplu, art. 54 al Constituției Republicii Moldova stabilește că exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrîns numai prin lege și dacă se impune, după caz, pentru: apărarea siguranței naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și libertăților cetățenilor: desfășurarea anchetei penale; prevenirea consecințelor etc. În ceea ce privește restrîngerea, ea trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o și nu poate atinge existența dreptului sau a libertății.

Analiza acestor dispoziții ne permite să evidențiem următoarele principii ale restrîngerii drepturilor și libertăților umane: legalitatea restrîngerii; proporționalitatea restrîngerii; caracterul temporar al restrîngerii; restrîngerea nu poate aduce atingere existenței dreptului sau libertății. În continuare vom dezvolta succint aceste principii.

Principiul legalității restrîngerilor, consfințit prin sintagma *poate fi restrîns numai prin lege*, își găsește reglementare și în alte acte internaționale. În acest sens, Convenția Europeană a Drepturilor Omului prevede în art. 8, 9, 10 și 11, sintagma *prevăzute de lege*. Conform acestui principiu, restrîngerile pot fi impuse numai de lege, ca act normativ adoptat după o procedură specială de Parlament. Referindu-se la acest principiu, Curtea Europeană pentru Drepturile Omului a statuat că în asemenea cazuri trebuie să deținut cont de următoarele momente:

1. Prevede oare sistemul juridic intern sancțiuni pentru cazurile de încălcare a drepturilor?
2. Este accesibilă persoanelor în cauză norma legală ce prevede aceste restrîngerii?
3. Este oare norma legii destul de clară pentru că cetățenii să poată prevedea consecințele unei sau altei acțiuni?
4. Prevede oare legea garanții efective împotriva restrîngerii arbitrară a drepturilor și libertăților?

Un alt principiu important este acel, conform căruia restrîngerea trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o. Referindu-se la acest principiu, cercetătorii menționează că acesta se referă numai la drepturile și libertățile fundamentale, adică cele prevăzute de Constituție și de tratatele internaționale din domeniul.

Restrîngerea drepturilor sau libertăților nici într-un caz nu poate aduce atingere existenței acestora. După cum se știe restrîngerea drepturilor reprezintă o reducere a volumului acestora. Cetățeanul titular al unui drept restrîns nu este privat completamente de acesta. Lui îi sunt limitate doar deplinele facultăți acordate de lege, care, dacă nu ar fi intervenit restrîngerea, ar fi fost acelea care au fost acordate prin consfințirea dreptului general.

În acest context urmează să menționăm că există anumite drepturi, numite absolute, care nu pot fi nici într-un caz limitate. În acest sens, în doctrină se subliniază că drepturile absolute nu sunt create de stat și ele nu au nevoie de recunoașterea lor. Respectiv, ele nu pot fi nici limitate sau în genere lichidate de el. Ele apară libertatea nu numai de constrîngerea de stat ilegală, dar și de cea legală". Printre drepturile absolute menționăm: dreptul la viață cu excepția cazurilor de deces rezultînd din acte ilicite de război; dreptul de a nu fi supus torturii, nici pedepselor sau tratamen-

telor inumane ori degradante; dreptul de a nu fi ținut în sclavie sau în condiții de aservire; dreptul de a nu fi condamnat pentru o acțiune sau omisiune care la momentul cînd a fost săvîrșită nu constituia o infracțiune potrivit dreptului național sau internațional, cît și dreptul de a nu primi o pedeapsă mai severă decît acea care era în vigoare la momentul comiterii ei - art. 15 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Absolut poate fi considerat și dreptul la un proces echitabil; dreptul de a nu fi lipsit de libertate pentru faptul că persoana nu este aptă să realizeze o obligație contractuală.

Un alt principiu important este acela potrivit căruia restrîngerea poartă un caracter determinat în timp. Restrîngerea nu poate fi menținută în vigoare pînă la infinit. Ea urmează să dureze doar acea perioadă de timp cît există situația ce a determinat-o.

În contextul dat, Constituția Republicii Moldova prevede ca restrîngerea să intervină numai dacă se impune pentru: apărarea siguranței naționale, a ordinii, a sănătății, a moralei publice, a drepturilor și libertăților cetățenilor; desfășurarea anchetei penale; prevenirea consecințelor unei calamități naturale sau avariilor.

În contextul dat, subliniem că stabilirea unei liste exhaustive a cazurilor în care se poate recurge la limitarea drepturilor reprezintă garanția cea mai esențială în cadrul protecției persoanei împotriva abuzurilor din partea reprezentanților puterii.

Totuși, lipsa unor concepte sau definiții explicite ce ar semnala aceste cazuri, creează probleme dificile pentru protecția efectivă a drepturilor omului. Deși unele din aceste cazuri, cum ar fi desfășurarea urmăririi penale, și-au găsit o reflectare suficientă în literatura de specialitate, asigurînd un anumit grad de siguranță a persoanelor, majoritatea dintre acestea, din diferite motive, au rămas fără o tratare cuvenită. Nu este clară nici pînă în prezent semnificația conceptualui de *morală publică*, deoarece acestuia i se atribuie diferențe sensuri și înțelesuri. Abstractive sunt și noțiunile de *siguranță națională* și *ordine publică* etc. Tălmăcirea și explicarea sensului juridic al acestor noțiuni este o problemă foarte importantă, dar în același timp și dificilă. Putem admite că mult timp nu va exista, probabil, un act normativ care să prevadă exhaustiv care situații și care fapte ar cădea sub incidența noțiunilor relatate. Oricum, s-ar putea tenta elaborarea unor principii și mecanisme legale, ce ar asigura un maxim de garanții persoanelor supuse restricțiilor. Deocamdată, însă, Legea fundamentală și legile organice ale Republicii Moldova, racordate la normele internaționale, asigură mai mult teoretic drepturile și libertățile fundamentale ale omului. Această situație, de fapt, se datorează în mare parte perioadei de tranziție de la

Democrația populară la Democrația umană.

În concluzie, subliniem că reglementarea constituțională a restrîngerii drepturilor și libertăților omului constituie una dintre cele mai importante garanții juridice de natură să asigure protecția libertății individului (a drepturilor și libertăților fundamentale în general) față de ingerință ilegală și arbitrară a statului în sfera personală. Cu toate acestea însă, eficiența acestor garanții depinde substanțial de dezvoltarea adecvată a dispozițiilor constitutionale în legislația ramurală (cu precădere în cea care reglementează mecanismul de aplicare a forței coercitive a statului).

Evaluînd în general principiile și criteriile aplicabile restrîngerii drepturilor, identificăm următoarele limite admisibile de care trebuie să se țină cont necondiționat:

- restrîngerile trebuie exercitate în baza legii potrivit unei proceduri concrete;
- restrîngerile nu trebuie să contravină normelor juridice internaționale și naționale;
- restrîngerile se pot aplica doar în scopurile prevăzute de lege, în caz contrar ele fiind ilegale;
- restrîngerea trebuie să fie proporțională scopului pentru care se aplică;
- restrîngerea trebuie să vizeze întotdeauna un drept determinat sau determinabil și să nu facă dificilă realizarea altor drepturi și libertăți;
- restrîngerile dreptului nu trebuie să afecteze esența și existența acestuia;
- restrîngerile nu trebuie să fie operate asupra drepturilor pentru care Constituția nu permite restrîngerea (acestea fiind drepturi absolute);
- restrîngerea nu trebuie să se transforme în discriminare;
- restrîngerile trebuie să fie raționale și necesare în general și în fiecare caz concret;
- restrîngerile trebuie să aibă un caracter temporar.

Bibliografie

1. Chetruș U. *Garantarea drepturilor și libertăților constituționale în procesul aplicării măsurilor de constrîngere juridică*. Teză de doctor în drept. Chișinău, 2013.
2. *Constituția Republicii Moldova*, adoptată la 29.07.1994, în vigoare din 27.08.1994. Republicată în: Monitorul Oficial nr.78/140 din 29.03.2016.
3. *Convenția Europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale* din 4 noiembrie 1950 (Roma), Ratificată de Republica Moldova prin Hotărârea Parlamentului nr. 1298-XIII din 24.07.1997. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 21.08.1997, nr. 54-55/502.
4. Costachi Gh., Moroșanu I. *Prevederi constituționale privind restrîngerea exercițiului unor drepturi și libertăți ale omului*. În: Legea și Viața, 1999.

5. Creangă I., Gurin C. *Drepturile și libertățile fundamentale. Sistemul de garanții*. Chișinău: TISH, 2005.

6. Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată de Adunarea Generală a ONU prin Rezoluția 217 A (III) din 10 decembrie 1948, la New York (Repubica Moldova a aderat prin Hotărârea Parlamentului nr. 217-XII din 28.07.90). Publicată în ediția oficială „Tratate internaționale”, 1998, volumul 1.

7. Guceac I. *Curs elementar de drept constituțional*. Vol. II. Chișinău: F.E.-P. Tipografia Centrală, 2004.

8. Micu D. *Garantarea drepturilor omului în practica Curții Europene a drepturilor omului și în Constituția României*. București: All Beck, 1998.

9. *Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice*, adoptat la 16 decembrie 1966 la New York, ratificat de Republica Moldova prin hotărârea Parlamentului nr. 217-XII din 28.07.1990 (în vigoare din 26 aprilie 1993).

10. *Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale* din 16.12.1966. Ratificat de Republica Moldova prin Hotărârea Parlamentului nr.217-XII din 28.07.90. Publicat în ediția oficială „Tratate internaționale”, 1998, volumul 1 (în vigoare din 26 aprilie 1993).

11. Potînga A., Costachi Gh. *Asigurarea drepturilor omului în lume*. Chișinău: Epigraf, 2003.

DESPRE AUTOR /ABOUT AUTHOR

CARP Sergiu,

Student, anul III,

Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

Student, second year

Institute of Criminal Sciences and Applied

Criminology

e-mail: seriicarp110398@mail.ru

УДК 342.7

ПРАВОВІ ЗАСАДИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ НА ДОНОРСТВО ОРГАНІВ В УКРАЇНІ

Ірина АЛМАШІ

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри природничо-гуманітарних та інформаційних дисциплін

Ужгородського торговельно-економічного інституту

Київського національного торговельно-економічного університету

В статті розкрито поняття донора та трансплантації органів, визначено правові засади реалізації права на донорство живим донором, досліджено законодавчі підстави донорства донором-трупом. Автором проаналізовано поняття «презумпції незгоди», тобто фізична особа не може стати донором без наданої раніше згоди на донорство органів та інших анатомічних матеріалів. Досліджено законодавчі підстави створення Єдиної державної інформаційної системи трансплантації, до якої заносяться відомості про донорів та реципієнтів, зауважено на проблемах, які виникають у цій сфері. Розглянуто повноваження трансплант-координатора при реалізації фізичною особою свого права на донорство органів та інших анатомічних матеріалів. Зауважено на позитивних змінах, що відбулися в законодавстві України щодо реалізації фізичною особою свого права на донорство, та виокремлено проблеми, які виникають у цій сфері.

Ключові слова: донор, живий донор, донор-труп, трансплантація органів чи інших анатомічних матеріалів, донор гемопоетичних стовбурових клітин, «презумпція незгоди», трансплант-координатор, Єдина державна інформаційна система трансплантації.

LEGAL BASIS OF THE REALISATION OF THE RIGHT OF AN INDIVIDUAL TO ORGAN DONATION IN UKRAINE

Iryna ALMASHI,

Candidate of Law Sciences, Associate Professor of Department of the Natural Sciences and Humanities and Information Disciplines of the Uzhgorod Trade and Economic Institute of the Kyiv National University Trade and Economics

In the article the concept of donor and organ transplantation is revealed, the legal basis for the realization of the right to donate to a living donor is defined, legislative bases of donor-corpse donation are investigated. The author analyzes the notion of “presumption of disagreement”, that is, an individual cannot become a donor without the previously given consent to the donation of organs and other anatomical materials. The legislative grounds for the creation of the Unified State Transplantation Information System, which include information on donors and recipients, are examined, and the problems that arise in this area are noted. The powers of the transplant coordinator in the exercise by an individual of their right to donate organs and other anatomical materials are considered. The positive changes that have occurred in the legislation of Ukraine on the exercise by the individual of their right to donation have been noted, and the problems that arise in this area have been highlighted.

Keywords: donor, living donor, donor corpse, transplantation of organs or other anatomical materials, donor of hematopoietic stem cells, “presumption of disagreement”, transplant coordinator, Unified State Transplantation Information System.

ТЕМЕИ LEGAL PENTRU EXERCITAREA DREPTULUI UNEI PERSOANE PENTRU DONAREA DE ORGANE ÎN UCRAINA

În articol este dezvăluit conceptul de donator și transplant de organe, sunt definite bazele legale de realizare a dreptului la donație de către donator viu, sunt analizate motivele legislative ale donării cadavrului. Autorul analizează noțiunea de „presumție de dezacord”, adică o persoană nu poate deveni donator fără donarea de organe și alte materiale anatomicice donate înainte. Sunt examinate motivele legislative pentru crearea Sistemului unic de informații privind transplantul de stat, care include informații despre donatori și destinatari, și se remarcă problemele care apar în acest domeniu. Se are în vedere autoritatea coordonatorului de transplant în exercițiul de către o persoană fizică a dreptului lor de a dona organe și alte materiale anatomicice. S-au remarcat schimbările pozitive care au apărut în legislația Ucrainei cu privire la exercitarea de către persoana fizică a dreptului lor la donație și au fost evidențiate problemele care apar în acest domeniu.

Cuvinte cheie: donator, donator viu, cadavru donator, transplant de organe sau alt material anatomic, donator de celule stem hematopoietice, „presumție de dezacord”, coordonator de transplant, Sistem de informație unificat de transplant de stat.

Постановка проблеми. У сучасних умовах глобалізації, розвитку законодавства України відповідно до міжнародних стандартів у сфері прав людини, дедалі більшої актуальності набуває дослідження проблематики забезпечення та захисту права фізичної особи на донорство органів та інших анатомічних матеріалів. Дослідження даної проблематики слід здійснювати у двох аспектах: перший аспект - на необхідності донорства органів як можливості збереження життя реципієнта, другий аспект - на необхідності захисту донора від так званих «чорних трансплантологів», які в порушення законодавства з метою збагачення свавільно вилучають органи в комерційних цілях.

Актуальність теми дослідження полягає в тому, що у зв'язку з прийняттям Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людини» створенні законодавчі підстави для реалізації права на донорство. Чинним законодавством визначено основні правові положення у сфері донорства органів та інших анатомічних матеріалів, механізм реалізації цього права. Важливим у забезпеченні права фізичної особи на донорство органів є запровадження посади трансплант-координатора, та створення Єдиної державної інформаційної системи трансплантації.

Стан дослідження. Дано проблематика є актуальну і є предметом дослідження багатьох сучасних науковців. Серед сучасних науковців, які досліджували окремі аспекти даної проблематики, доцільно виокремити праці: І.М.Алмаши, К.Екштайн, О.В. Кохановської, Е.А. Лукашевої.

Метою і завданнями статті є: проаналізувати правові засади реалізації права фізичної особи на донорство органів в Україні, розкрити особливості донорства залежно від віку, розкрити механізм донорства живим донором та донором – трупом, з'ясувати основні проблеми, які виникають при реалізації права фізичної особи на донорство.

В умовах вдосконалення правової системи, створення правових норм, метою яких є забезпечення та захист прав людини, дедалі більшої актуальності набуває реалізація та захист природніх прав людини. На сьогоднішній день створено правові засади для донорства, що є в свою чергу найвищим проявом гуманізму, спрямованого на забезпечення природнього права реципієнта – права на життя. У світі проживає понад 1 мільйон людей з пересадженими органами. Аби оптимізувати процес трансплантації та вчасно виявляти та вміти передбачати можливі складнощі, ще у 60-х роках минулого століття у США була запроваджена посада трансплант-координатора. Україна до

цього дійшла у 2019 році. Цього річ в Україні на базі Запорізької медичної академії післядипломної освіти нарешті розпочали навчання медиків, які бажають такими фахівцями стати. Успішно проведена трансплантація може подовжити життя людини іноді більше ніж на 25 років. Першим кроком і, поки що, головним досягненням, стало впровадження посади трансплант-координатора в Україні[1].

Відповідно до ст.290 ЦК України [2] повнолітня дієздатна фізична особа має право бути донором крові, її компонентів, а також органів та інших анатомічних матеріалів та репродуктивних клітин. Особа віком до 18 років може бути живим донором гемопоетичних стовбурових клітин відповідно до закону. Згідно ч.2 ст. 290 ЦК України взяття органів та інших анатомічних матеріалів з тіла фізичної особи, яка померла, не допускається, крім випадків і в порядку, встановлених законом. А згідно ч.3 ст.290 ЦК України особа може дати письмову згоду на донорство її органів та інших анатомічних матеріалів на випадок своєї смерті або заборонити його. Особа донора не повинна бути відомою реципієнту, а особа реципієнта - родині донора, крім випадків, коли реципієнт і донор перебувають у шлюбі або є близькими родичами.

На думку Кохановської О.В., проблема створення ринку донорських органів і його право на існування, породила в суспільстві дві протилежні точки зору. Прибічники створення такого ринку посилаються на те, що збільшення донорських органів завдяки ринку принесе більшу користь, а фінансові стимули допоможуть як самим донорам, так і їхнім родичам у прийнятті рішення про вилучення органів. Оскільки хірурги «продажають» операції з пересадки органів, то і в продажу органів немає нічого антигуманного. Проти створення подібного ринку виступають ті, хто вважає, що комерціалізація у цій сфері негативно відобразиться на принципі добровільного пожертвування органів і стане однією з форм непрямого тиску на донорів та членів їхніх сімей. Крім того, це суперечить, на їх думку, поняттям моральності та гуманізму[3, с.266].

Згідно ст.1 Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині»[4] донором анатомічних матеріалів людини є живий донор чи донор-труп, у якого в установленому цим Законом порядку вилучаються анатомічні матеріали для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів. З метою обмеження зловживання трансплантацією ст.13 даного Закону вказано, що трансплантація застосовується виключно за наяв-

ності медичних показань, за умови неможливості збереження життя або відновлення здоров'я хворого іншими методами лікування, і здійснюється відповідно до галузевих стандартів у сфері охорони здоров'я за згодою об'єктивно поінформованої дієздатної особи (реципієнта), крім випадків, передбачених Законом.

Крім того, даним Законом запроваджена так звана «презумпція незгоди», тобто фізична особа не може стати донором без наданої раніше згоди на донорство органів та інших анатомічних матеріалів. Згода на вилучення анатомічних матеріалів надається після надання особі лікарем об'єктивної та доступної інформації про можливість виникнення ускладнень для її здоров'я, а також про її права у зв'язку з донорством. У разі якщо донором гемопоетичних стовбурових клітин є особа віком до 18 років, інформація про можливість виникнення ускладнень для її здоров'я, а також про її права у зв'язку з донорством також надається батькам цієї особи або її іншим законним представникам.

У разі якщо донором гемопоетичних стовбурових клітин є особа, яка не досягла 14 років, згода на вилучення у неї гемопоетичних стовбурових клітин надається у письмовому вигляді її батьками або іншими законними представниками цієї особи. У разі якщо донором гемопоетичних стовбурових клітин є особа віком від 14 до 18 років, згода на вилучення у неї гемопоетичних стовбурових клітин надається нею, а також її батьками або іншими законними представниками цієї особи у письмовому вигляді.

Згода на вилучення анатомічних матеріалів надається після надання особі лікарем об'єктивної та доступної інформації про можливість виникнення ускладнень для її здоров'я, а також про її права у зв'язку з донорством. У разі якщо донором гемопоетичних стовбурових клітин є особа віком до 18 років, інформація про можливість виникнення ускладнень для її здоров'я, а також про її права у зв'язку з донорством також надається батькам цієї особи або її іншим законним представникам.

Вилучення анатомічних матеріалів у живого донора можливе у разі родинного донорства або перехресного донорства. Забороняється вилучення анатомічних матеріалів у живих осіб, які: утримуються у місцях відбування покарань та попереднього ув'язнення; є іноземцями та особами без громадянства, які незаконно перебувають в Україні; страждають на тяжкі психічні розлади; мають захворювання, що можуть передатися реципієнту або зашкодити його здоров'ю, крім випадків наявності поінформованої згоди реципієнта; надали

раніше орган або частину органа для трансплантації; є вагітними.

На думку автора, слід більш детально врегулювати питання внесення відомостей про надання особою згоди на донорство у паспорт громадянина України чи посвідчення водія. Оскільки в такому разі інформація про донорство може бути відома необмеженому колу осіб, що в свою чергу може зашкодити донору.

У разі подання фізичною особою заяви шляхом заповнення електронної форми відповідної заяви, розміщеної на офіційному веб-сайті уповноваженого органу з питань трансплантації, посадова особа уповноваженого органу з питань трансплантації зобов'язана не пізніше робочого дня, що настає за днем надходження такої заяви, перевірити дані, внесені фізичною особою в електронному вигляді, та внести інформацію до Єдиної державної інформаційної системи трансплантації[5].

В Україні щорічно гине від 40 до 60 потенційних донорів на мільйон населення, що становить близько трьох тисяч донорів, які могли б врятувати життя 10 тисячам хворим. В Україні є лікарні, де можна проводити трансплантації; спеціалісти, які мають досвід; обладнання й пацієнти, яким життєво необхідні «пересадки» органів. Проте не було законного врегулювання й системи. Тепер зроблено перший крок уперед – законопроект ухвалено[6].

На думку автора, прийняття закону є позитивним досягненням для нашої правової системи. До сьогодні в Україні було лише п'ять центрів трансплантації, в яких у 2018 та 2019 роках було проведено лише невелику кількість трансплантацій нирок при потребі близько 3 тисяч подібних операцій на рік. Один з пріоритетів діяльності уряду на 2020 рік визначено розвиток системи трансплантації в Україні[7].

На міжнародному рівні будь-яка комерційна діяльність з донорськими органами була засуджена. Так, 37-ма Всеесвітня медична асамблія 1985 р. засудила «купівлю та продаж людських органів для трансплантації», закликавши уряди всіх країн вжити ефективних заходів, щоб запобігти комерційному використанню людських органів[8, с.16]. Крім того, 11 вересня 2017 року Україна підписала Конвенцію Ради Європи проти торгівлі людськими органами, але поки що не ратифікувала її. Імплементація прав людини здійснюється в основному законодавчими, адміністративними та іншими засобами, які є в розпорядженні кожної держави, а міжнародні органи тільки контролюють цей процес[9, с.192]. Європейська Конвенція про захист прав людини та основних свобод

зобов'язує держав-учасниць гарантувати індивідууму мінімальний європейський стандарт захисту основних прав і свобод[10, с.49].

З метою обговорення актуальної на сьогоднішній день проблематики у сфері донорства органів та інших анатомічних матеріалів 8 жовтня Комітет ВР України з питань здоров'я нації, медичної допомоги та медичного страхування провів круглий стіл на тему: «Перспективи запровадження трансплантації в Україні. Стан реалізації Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині». У засіданні круглого столу взяли участь народні депутати, представники Офісу Президента України, Кабінету Міністрів, Міністерства охорони здоров'я, інших зацікавлених міністерств і відомств, науково-практичних установ Національної академії медичних наук України, регіональних департаментів (управлінь) охорони здоров'я, громадських організацій, фахівці і експерти.

Учасники заходу обговорили перспективи розвитку в Україні унікального та безальтернативного методу лікування багатьох необоротних захворювань - трансплантації та стан реалізації норм Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині», яким визначено нову систему правовідносин у сфері трансплантації та пов'язаної з нею діяльності. За словами заступника голови Комітету з питань здоров'я нації, медичної допомоги та медичного страхування, голови підкомітету з питань трансплантації та сучасних медичних технологій Оксани Дмитрієвої в Україні щорічно потребують трансплантації органів за життєвими показаннями до 5 000 осіб, проте фактично проводиться не більше 130 трансплантацій на рік. При цьому наша держава посідає останнє місце серед країн Європи за показником посмертного донорства, який в Україні становить до 0,1 випадки на 1 мільйон населення, що у 100 разів менше, ніж у сусідній Польщі, та у 250 разів менше, ніж в Іспанії, яка за цим показником є світовим лідером. Наприклад, у 2019 році в Україні не було проведено жодної трупної трансплантації. На думку О.Дмітрієвої, однією з основних причин гальмування розвитку в Україні цього напряму медицини є відсутність необхідної кількості донорських органів для трансплантації. Okрім того, кожного року не менше 300 наших співвітчизників потребують трансплантації кісткового мозку (гемопоетичних стовбурових клітин) від неродинного донора, яка нині зовсім не проводиться в Україні.

Держава витрачає великі кошти на проведення трансплантацій органів за кордоном. За її сло-

вами, лише у 2018 році держава профінансувала 163 трансплантації органів та 110 трансплантацій кісткового мозку за кордоном, виділивши на це понад 600 млн. гривень. При цьому, при належній роботі системи трансплантації, в Україні за ці кошти можна було б пролікувати декілька тисяч осіб.

Щодо практичного втілення в життя Закону «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» Міністр охорони здоров'я Зоряна Скалецька підкреслила, що ухвалений Закон не працює і держава вимушена витрачати кошти для проведення трансплантації за кордоном. На думку Міністра охорони здоров'я, питання трансплантації – одна з найбільш проблем, присвячених життю людини. Вчасна трансплантація може продовжити життя на 25 і більше років. З.Скалецька окреслила проблеми, через які відсутня система трансплантації в Україні. Однією з ключових із них вона назвала невпровадження діагностики смерті мозку, яка дозволила б суттєво покращити ситуацію із донорськими органами. Вирішення даного питання потребує коштів на придбання необхідного обладнання. Також серед проблем відсутність обліку осіб, які потребують трансплантації і реєстру донорів, не налагоджена взаємодія між організаціями. На сьогодні трансплантація кісткового мозку від неродинного донора проводиться тільки за кордоном. Водночас, проведення таких операцій в Україні, дозволило б здешевити їх на 30% і більше. Учасники заходу з числа представників громадських організацій презентували свій досвід популяризації ідеї донорства анатомічних матеріалів як одного з найвищих проявів гуманізму.

На думку автора, професійно здійснена трансплантація є засобом збереження життя. При цьому слід зауважити, що фізичні особи – реципієнти є фізично активними особами, здатними до повноцінного життя.

Так, у вересні відбулася перша в Україні соціальна акція, в рамках якої 25 українців з пересадженими органами підкорили найвищу вершину Карпат - Говерлу. Цей факт зафіксували як новий рекорд України. Метою цієї акції було привернення уваги суспільства до проблем трансплантації в Україні. Учасники засідання зауважили, що така соціальна акція, як і інші види соціальної реклами, є рушійною силою для формування в суспільстві позитивного ставлення до донорства анатомічних матеріалів, у тому числі посмертного[11].

На сьогоднішній день поглибується міжнародне співробітництво у сфері трансплантації органів та інших анатомічних матеріалів. Так,

зокрема, за даними МОЗ у 2019 році 14 пацієнтів направлено для проведення трансплантації кісткового мозку, інших - для проведення трансплантації органів. На лікування цих українців буде витрачено близько 74 мільйонів гривень із Державного бюджету та залишків коштів, що знаходяться на рахунках іноземних клінік. Загалом у Держбюджеті на 2019 рік передбачено майже 690 млн. грн. У 2018 році направлено на лікування 278 українців. Це на 19% більше ніж 2017 року і найбільше за всю історію незалежної України. Завдяки зусиллям команди МОЗ України у 2018 році за бюджетною програмою «Лікування громадян України за кордоном» використано понад 653 млн. грн., що на 263 млн. грн. більше ніж було передбачено у Державному бюджеті на 2018 рік. Минулого року українці отримували медичну допомогу у Білорусі (172 людини), Туреччині (49 людей), Італії (19 людей), Індії (19 людей), Німеччині (10 людей), Польщі (6 людей). Також по одному пацієнту лікувались в Ізраїлі, Литві та Фінляндії. За 2018 рік було проведено такі операції: трансплантація нирки – 104 (4 дитини); трансплантація нирки та підшлункової - 1; трансплантація печінки - 27(1 дитина); трансплантація легень - 3 (1 дитина); трансплантація серця – 22 (2 дитини); трансплантація органокомплексу серця та легень - 6; трансплантація кісткового мозку - 110 (54 дітей); інші види лікування – 5 (1 дитина) [12].

Приймати рішення про трансплантацію органів від неживого донора та визначати черговість пацієнтів у списку очікування буде консиліум лікарів медзакладу, що виконує трансплантацію. Також були прийняті технічні зміни щодо розмежування функцій оплати та організації трансплантації. Національну службу здоров'я України визначено фінансовим оператором, що оплачуватиме послуги з трансплантації. Усі інші функції з організації трансплантації покладено на окремий Уповноважений орган з питань трансплантації. Розширено перелік осіб, які є близькими родичами, а отже, донорами для родинної трансплантації можуть також бути двоюрідні брати і сестри, дядьки, тітки та племінники. Донорами кісткового мозку також можуть бути повнорідні брати та сестри віком до 18 років. Розбіжності у трактуванні нормативних актів, що регулюють трансплантацію в Україні, які деякі лікарі вважали перепоною для здійснення трансплантації, - усунено[13].

Висновки. Таким чином, слід зауважити на основних проблемах, які можуть виникнути у фізичних осіб при реалізації права на донорство: ще не створено Єдину державну інформаційну систему трансплантації, і відомості про донорів та ре-

ципієнтів, за даним МОЗ України, зберігаються на паперових носіях, що може привести до втрати особистих даних згаданих суб'єктів та розкриття конфіденційної інформації.

Варто було б врегулювати на законодавчому рівні окремим законом порядок ведення Єдиної державної інформаційної системи трансплантації, яким врегулювати, крім процедури внесення відомостей про донорів та реципієнтів, також і відповідальність, в т.ч. кримінальну, за будь-яке розголошення відомостей, що становлять конфіденційну інформацію. Крім того, правовий статус Уповноваженого органу з питань трансплантації потребує врегулювання окремим законодавчим актом, в якому визначити повноваження органу та відповідальність посадових осіб у разі отримання ними конфіденційної інформації при виконанні службових обов'язків.

Отже, у даній доповіді проаналізовано правові засади реалізації права фізичної особи на донорство органів в Україні, а також проблеми, які виникають реалізації цього права.

Список використаної літератури

1. Коваль Д., Потапенко К. Про важливих фахівців, потрібних для системи пересадки органів в Україні. URL: <https://life.pravda.com.ua/health/2019/09/3/238088/> (дата звернення 03.09.2019 р.)
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40. Ст. 356.
3. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. За ред. О.В.Дзери, Н.С. Кузнецової. 2-е вид., допов. і перероб. К.: Юрінком Інтер, 2005. Кн. 1.-736 с.
4. Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині: Закон України від 17 травня 2018 року. Відомості Верховної Ради. 2018. № 28. Ст. 232.
5. Деякі питання реалізації Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині». Постанова КМУ №1211 від 27.12.2018 р. Урядовий кур'єр від 13.02.2019 року - №29
6. Модіна О. Новий закон про трансплантацію: Україна нарешті зможе рятувати своїх пацієнтів. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/29232727.html> (дата звернення 18 листопада 2019 року).
7. В Україні вперше провели трансплантацію нирки у районній лікарні. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-regions/2822928-v-ukraini-vperse-proveli-transplantaciu-nirki-u-rajonnoj-likarni.html> (дата звернення 18 листопада 2019 року)
8. Введение в клиническую трансплантологию. Труды научного центра хирургии РАМН. Под. ред. проф. Б.А.Константина. М., 1999. 316 с.
9. Права человека: итоги века, тенденции, перспективы. Под общ.ред. Е.А. Лукашевой. М.: Издательство НОРМА, 2002. 448 с.

10. Экштайн К. Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции. Учебное пособие для вузов. М., NOTA BENE, 2004. 496 с.

11. Комітет з питань здоров'я нації, медичної допомоги та медичного страхування провів круглий стіл щодо перспектив запровадження трансплантації в Україні. URL: <https://rada.gov.ua/print/182443.html> (дата звернення 21 листопада 2019 року).

12. На лікування в закордонних клініках направлено 31 людину від 22 лютого 2019 року. URL: <https://moz.gov.ua/article/news/na-likuvannja-v-zakordonnih-klinikah-napravleno-31-ljudinu> (дата звернення 25 листопада 2019 року).

13. Зміни до закону про трансплантацію: нова система запрацює з 2020 року. URL: <https://moz.gov.ua/article/news/parlament-uhvaliv-vidterminuvannja-zakonu-pro-transplantaciju-do-2020-roku> (дата звернення 25 листопада 2019 року).

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

АЛМАШІ Ірина Михайлівна
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
природничо-гуманітарних та інформаційних
дисциплін Ужгородського торговельно-
економічного інституту Київського
національного торговельно-економічного
університету;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

ALMASHI Iryna Mykhailivna
Candidate of Law Sciences, Associate Professor of
Department of the Natural Sciences and Humanities
and Information Disciplines of the Uzhgorod
Trade and Economic Institute of the Kyiv National
University Trade and Economics;
irynaalmashi@gmail.com

Drept penal, criminologie

CZU 343.131.7(478)

PREZUMȚIILE ÎN PROCESUL PENAL

Marian OCTAVIAN
doctor în drept

Articolul cuprinde o analiză succintă a prezumțiilor în procesul penal, prin prisma esenței instituției date, delimitării acesteia de alte instituții similare și accentuarea celor mai importante prezumții în materie procesual penală (în special, prezumția nevinovăției).

Cuvinte-cheie: prezumție, prezumție legală, prezumție de fapt, prezumție ramurală, prezumția cunoașterii legii, prezumția legalității și temeinicietă sentințelor judiciare, prezumția nevinovăției.

PRESUMPTIONS IN THE CRIMINAL PROCESS

The article includes a brief analysis of the presumptions in the criminal process, in terms of the essence of the given institution, its delimitation from other similar institutions and the emphasis on the most important presumptions in criminal procedural matters (in particular, the presumption of innocence).

Keywords: presumption, legal presumption, factual presumption, branch presumption, presumption of knowledge of the law, presumption of legality and soundness of judicial judgments, presumption of innocence.

Introducere. Prezumțiile constituie obiectul de cercetare al diferitelor științe juridice, îndeosebi al teoriei dreptului. În sens juridic, prezumțiile au fost obiectul mai multor cercetări, în cele mai dese cazuri acestea purtând un caracter general. O mai puțină atenție, în opinia cercetătorilor, a fost acordată problemei privind impactul prezumțiilor asupra drepturilor persoanelor implicate într-un conflict penal [3, p. 119]. Din perspectiva dreptului procesual penal, prezumțiile au un rol esențial, mai ales în probatoriu penal, pentru protecția drepturilor subiecților procedurali, având aplicabilitate în dreptul unui stat cu o democrație avansată [3, p. 118].

Din considerentele date, suntem de părere că problema prezumțiilor necesită a fi dezvoltată nu numai la nivelul teoriei generale a dreptului, dar și la nivelul fiecărei ramuri de drept, întrucât rolul lor este unul enorm, mai ales sub aspectul asigurării flexibilității dreptului.

Scopul studiului. În prezentul demers științific ne propunem o analiză succintă a prezumțiilor în procesul penal, prin prisma esenței instituției date, delimitării acesteia de alte instituții similare și accentuarea celor mai importante prezumții în materie procesual penală.

Rezultate obținute și discuții. În general, termenul *rezumție* (de la latinescul *praesumptio*) semnifică o părere întemeiată pe aparențe, pe ipoteze; concluzie logică desprinsă de lege sau de organul de justiție cu privire la existența unui fapt necunoscut și

care nu poate fi dovedit decât din stări sau împrejurări cunoscute [11, p. 704; 15, p. 13]. În alte accepții, prin termenul *rezumție* se înțelege „o presupunere de existență sau de absență a unui fapt, în condițiile unor împrejurări tipice” [14, p. 20]; „părere întemeiată pe aparențe, presupunere, supozиie sau recunoașterea unui fapt ca autentic din punct de vedere juridic până la proba contrară” [2, p. 735].

Există și opinii care afirmă că *rezumțiile* sunt concluzii logice inductive bazate pe aşa numitele legi empirice, dar nu pe baza legităților social-științifice. Considerăm a fi greșită ideea conform căreia prezumția este generalizarea inductiv-empirică și că în formularea ei nu am avea nevoie de deducție. În aceasta ne putem convinge în cazul simplei prezumții prin care se formează legătura între faptul atingerii unei anumite vârste și capacitatei persoanei de a-și da seama de acțiunile ilegale și de a conduce cu acțiunile sale.

În sens logic, *rezumția* se prezintă ca o gândire bazată pe ipoteze probabile, care se poate exprima prin formula „dacă există un A, atunci probabil, există și un B” sau „majoritatea A sunt B”. De exemplu: dacă hotărârea judecătară a intrat în vigoare definitiv, atunci tot ce este expus în sentință este just; sau, cu alte cuvinte, majoritatea sentințelor intrate în vigoare definitiv sunt juste.

Prezumțiile, în sens larg, sunt reflexul rațional pe care anumite cunoștințe indirekte și incomplete, asupra unui fapt cert, îl produc în spiritul nostru sub in-

fluența unei alte cunoștințe preexistente privitoare la semnificațiunea aceluia fapt (adevărata prezumțiune). Prezumțiunile sunt deducții logice trase din unele elemente informative, care nu constituie prin ele însele o probă dar care pot, pe cale de raționament și prin raportare la datele experienței comune, să conducă la stabilirea adevărului. Prezumțiile nu sunt deci simple bănuieri, ci concluzii precise și serioase obținute pe cale de raționament. De aceea, prezumțiile pot servi ca probă pentru formarea convingerii judecătorilor. Prezumțiunea este supozitarea, presupunerea existenței unei stări de fapt, care nu este dovedită în realitate, ci este dedusă din experiența comună, adică din *ide quod plerumque fit*, sau este dedusă în mod logic din stări de fapt sau împrejurări comun cunoscute. Prezumțiunea este trasă din experiența practică a realității și are în sprijinul său toată probabilitatea adevărului real. Dacă această probă nu este făcută, inculpatul beneficiază de o prezumție legală de nevinovătie, combătută de părerea școlii pozitiviste, ce nu cade decât în fața probelor contrare de culpabilitate.

În context, considerăm important de reliefat delimitarea instituției prezumțiilor de alte categorii similare. Astfel, recunoașterea prezumțiilor în calitate de constatări, apreciate ca fiind adevărate fără probarea acestui fapt, determină necesitatea de a le delimita de *ipoteză*. Ipotezele stau la baza fiecărei cercetări, având o metodă unică de formare. Ipoteza se construiește pe cunoștințele acumulate, insuficiente însă pentru a elabora o constatare veridică. Din punct de vedere etimologic, *ipoteza* (din latină *hypothesis*) este definită ca un element dat pe baza căruia se dezvoltă o demonstrație [11, p. 408]. În filosofie, *ipoteza* este definită sumar ca un adevăr posibil, dar încă nedovedit [6, p. 164]. Prezumțiile conțin anumite elemente comune cu *ipotezele*, anume: caracterul lor de presupunere și metoda inductivă de formare. Deosebirea esențială dintre acestea constă în faptul că *ipoteza* se formează numai în cazul în care nu sunt temeiuri suficiente de elaborare a teoriei și de verificare a acesteia, pe când elaborarea prezumției nu urmărește aceste scopuri, având sarcina de a generaliza experiența acumulată.

Totodată, prezumțiile trebuie delimitate de *axiomă*, care se consideră o propoziție instituită ca punct de plecare, o aserțiune luată ca fundamentală, cel puțin pentru scopurile domeniului de cercetare aflat în discuție [10, p. 42]. *Axioma* și prezumția au ca puncte comune atât probabilitatea, cât și faptul că ceea ce este luat ca adevăr este luat fără probare, în ceea ce privește punctele care le deosebesc, acestea pot fi rezumate la: circumstanțele care ar permite a le considera ca adevărate; posibilitatea de a le constata; importanța; forma și conținutul [14, p. 28]. Pe

de altă parte, atragem atenția că, spre deosebire de *axiomă*, în multe cazuri prezumția poate fi răsturnată. De exemplu, prezumția de nevinovătie exprimă un adevăr convențional, când oamenii convin că în toate cazurile în care persoana este acuzată, dar nu este recunoscută prin hotărâre judecătoarească, aceasta se consideră nevinovată. Așadar, prezumțiile poartă un caracter formal și condițional.

Prezumțiile trebuie deosebite și de *fictiuni*. Fictiunea se definește ca obiect ce este doar în aparență invocat de o presupunere [5, p. 126]. Esența procedeului *fictiunii* constă într-o artificială asimilare a unor lucruri care în realitate sunt diferite [8, p. 240]. Spre deosebire de procedeul prezumției, care se bazează pe o punere a semnului egalității între ceea ce e adevărat și ceea ce este verosimil (sau posibil), *fictiunea* merge pe linia unei conștiințe asimilării a ceea ce este adevărat cu ceea ce nu este adevărat [8, p. 241].

Prezumția nu poate fi confundată nici cu *versiunea*. Prezumția (de fapt) este o generalizare aplicabilă ca punct de reper (o regulă generală) la cercetarea anumitor situații tipice. *Versiunea*, la rândul ei, se întemeiază pe această regulă, în toate cazurile fiind însă concretă, luându-se în considerație circumstanțele cauzei date. Aceeași situație o întâlnim la analiza diferenței dintre prezumții și *probe indirecte*. Probele indirecte sunt anumite date care, spre deosebire de prezumții, nu formulează o regulă, ci doar presupunere că datele respective au legătură cu faptul inclus în obiectul probării.

Dincolo de cele menționate, prezintă importanță și faptul că în literatura de specialitate au fost întreprinse diverse încercări de a clasifica prezumțiile, recunoscându-se că, la general, acestea pot fi divizate în *presumții de drept* (legale) și de fapt, în funcție de faptul dacă acestea sunt prevăzute sau nu în normele juridice [17, p. 424]. Astfel, primele sunt direct reglementate de lege sau pot fi deduse din ea, cele de fapt nu sunt prevăzute juridic [15, p. 14].

Prezumția de drept este o regulă stabilită prin lege prin care se presupune existența sau absența faptelor autentice pînă la înaintarea probelor contrare (prezumția de combatere a probelor) și interzicerea combaterii lor (prezumția incontestabilă). Această regulă este aplicată numai în cazul stabilirii unui fapt autentic (admiterea acțualui) prin care legea leagă acțiunea prezumției. *Prezumția legală* ia în considerație legăturile reale și dependența lor și de aceea just reflectă majoritatea situațiilor pe care s-a bazat. Evident e faptul, că pentru un oarecare număr de cauze incontestabilitatea prezumției date legale în realitate ar putea fi răsturnată, însă legea nu permite. Deoarece numărul acestor situații este extrem de mic, legea, în interesul reglării uniforme și garantării maxime a drepturilor omului,

neagă din punct de vedere teoretic, care ar putea conține anumite lacune, existența acestor cazuri.

Prezumțiile de fapt apar ca aproximative generalizări, deduse din observări sistematice și care reflectă simpla ordine logică, prezumții care au o aplicare largă în instanțele de judecată. Multele din ele au fost înșușite de legislație în domeniul probelor formale.

Așadar, recunoașterea vinovăției se consideră ca o probă hotărâtoare, suficientă pentru emiterea sentinței de către instanța de judecată. La baza acestei reguli este pusă presupunerea că în majoritatea cazurilor un nevinovat nu își va incrimina fapta dată, situație posibilă doar în cazul influenței și tensiunii exterioare. Prezumția dată are reglementare legală și este vast aplicată în practica judiciară a statelor din sistemul anglo-saxon.

În concluzie, se poate deduce [3, p. 128] că prezumțiile de fapt pot lua naștere în activitatea judiciară. Prezumțiile, de fapt, nu pot fi recunoscute obligatorii atât timp cât nu sunt recunoscute ca prezumții de drept. Totuși acestea trebuie să poarte un caracter de recomandare pentru instanță. O prezumție de fapt recunoscută de o instanță superioară poate fi acceptată de cea inferioară fără a motiva o asemenea atitudine. Respingerea unei asemenea prezumții trebuie motivată invocându-se neconcordanța dintre circumstanțele concrete ale cauzei. În situația de conflict între prezumții, ca adevărată trebuie recunoscută prezumția care aduce o mai mare asigurare drepturilor persoanei acuzate.

În dependență de sfera de aplicare, *prezumțiile legale* pot fi clasificate în: *prezumții generale, interramurale și ramurale*. Cele generale și interramurale își găsesc aplicare în procesul probaționii pe cauze penale, apărînd în prezumții penale și procesual-penale.

Pezumțiile penale exprimă acele legături între fapte, care condiționează prezența sau absența premiselor aplicării legii penale. Importanța prezumțiilor penale pentru procesul probaționii constă în indicația circumstanțelor supuse probaționii și introducerea criteriilor probelor relative.

În general, în doctrină se susține concepția că în procesul penal funcționează trei prezumții: *prezumția cunoașterii legii*, *prezumția legalității sentinței judiciare* și *prezumția de nevinovăție* [15, p. 18; 16, p. 88-89].

Aceste prezumții au un caracter relativ, adică pot fi combătute. În toate cazurile când se soluționează un dosar penal, orice subiect al procesului penal interesat poate demonstra că în situația respectivă creată o anumită prezumție nu a fost respectată, prin aceasta încalcându-se drepturile și interesele acestei persoane. Toate prezumțiile procesual penale nu necesită a fi demonstate până în momentul în care se constată că

ele nu corespund prevederilor legale, astfel putându-se demonstra ilegalitatea și netemeinicia acțiunilor care sunt bazate pe respectivele prezumții.

Astfel, potrivit *prezumției cunoașterii legii* se consideră că din moment ce legea a fost publicată și a intrat în vigoare, acei participanți ai procesului penal asupra cărora se răsfrâng prevederile legale, cunosc legea dată, ceea ce prevede, ce permite și ceea ce interzice. Astfel, aceste persoane încalcând legea dată nu pot motiva cu faptul că ele nu au cunoscut-o. Totodată, nu este necesar a dovedi nici că persoana respectivă care este trasă la răspundere a cunoscut legea penală. Totuși această prezumție poate fi răsturnată în situația în care va dovedi că în anumite împrejurări, cum ar fi calamitățile naturale, acțiunile militare, boli îndelungate sau plecarea de durată în străinătate, persoana a fost lipsită de posibilitatea de a cunoaște despre adoptarea unei noi legi, fapt confirmat de probele din dosar. Deci, *prezumția cunoașterii legii* poate fi combatută și astfel intemeiată necunoașterea legii. Sarcina de a răsurna prezumția sau, în alți termeni, sarcina de a prezenta probe care vor confirma necunoașterea legii revine acuzatului.

În mod asemănător se procedează și în cazul *prezumției legalității sentinței judiciare* intrată în vigoare. Aceasta rezultă din faptul că în majoritatea cazurilor sentințele judiciare într-adevăr sunt legale și temeinice. Cu toate acestea, *prezumția privind legalitatea și temeinicia sentinței judecătoarești*, în cazul când aceasta este casată de instanță superioară, este refragabilă.

În categoria prezumțiilor procesuale locul central revine *prezumției de nevinovăție*, care exercită o impunătoare influență asupra teoriei probelor, mai ales în ceea ce privește sarcina probei. În procesul penal însă aceasta depășește în importanță aspectul tehnic legat de materia probelor și trebuie interpretată și aplicată ca un principiu fundamental al procesului [12, p. 354], fiind abordată pe larg în doctrina juridică [4, p. 75; 9, p. 56; 18, p. 70; 7, p. 198].

Deși, ca regulă de bază a procesului penal modern, *prezumția de nevinovăție* depășește limitele stricte ale incidentei sale judiciare, aceasta constituie prin implicațiile sale universale unul din drepturile fundamentale ale omului. Acest moment justifică înscrierea *prezumției de nevinovăție* în numeroase documente internaționale în care se consacră asemenea drepturi fundamentale, aparținând oricărei persoane. Principiul dat este consacrat normativ în instituțiile referitoare la sarcina probaționii și administrarea probelor în procesul penal [12, p. 119].

În ultimul timp se tinde tot mai mult ca acest principiu să devină o regulă fundamentală a legislațiilor procesuale moderne contemporane, izvorită din nece-

sitatea ocrotirii persoanei umane, în toate raporturile dintre ea și societate. În acest sens este orientată și perfecționarea legislației noastre procesual-penale, pentru etapa următoare, prin care se urmărește atât sporirea mijloacelor necesare pentru ridicarea eficienței activității judiciare în prevenirea faptelor antisociale, cît și pentru crearea de noi garanții care să împiedice orice posibilă încălcare a drepturilor și libertăților cetățeanului.

În context, atragem atenția că deși instanța de judecată trebuie să se conducă de postulatul „Nici o persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală și condamnată”, art.1 alin.(2) CPP nu trebuie interpretat în sensul că, odată cu punerea sub îvinuire, *rezumția de nevinovăție* este retractată. Punerea sub îvinuire nu compromite persoana, iar, în cazul în care nu a fost dovedită vinovăția, persoana trebuie reabilitată.

Convenția Europeană a Drepturilor Omului proclamă într-o manieră clară în art. 6.2 *rezumția de nevinovăție*. În rezultatul analizei normei date, se poate constata că față de probă este înaintată o exigență, și anume: ca „vinovăția să fie stabilită în mod legal”. Astfel, rezultă că dacă proba ce îvinuiește persoana va fi obținută pe cale ilegală sau va fi falsă, rezumția va rămâne în vigoare [13, p. 43].

În context, subliniem că *rezumția de nevinovăție*, ca noțiune, trebuie interpretată în mai multe forme:

- ca un principiu general, inclusiv al procesului penal, *rezumția de nevinovăție* determină statutul persoanei în societate, drepturile și libertățile fundamentale, dreptul la un proces public, dreptul la apărare și.a.;

- ca o regulă a probației care generează existența anumitor instituții și norme, precum: sarcina probei, interpretarea dubiilor în favoarea acuzatului, regula privind obligativitatea motivării sentinței (art.384 alin.(3) CPP), interzicerea de a pronunța o sentință de condamnare bazată pe presupuneri (art.389 alin. (2) CPP) și.a.

Toate regulile nu pot fi interpretate altfel decât părți componente ale principiului, iar încălcarea uneia duce la încălcarea principiului. Pornind de la regula că inculpatul nu este obligat să-și dovedească nevinovăția, concluzia este că neprezentarea de către inculpat a probelor în apărare nu poate fi interpretată ca eșec al apărării și ca probare a vinovăției.

Prezumția de nevinovăție consacră reguli determinante în probatoriu penal. Nedovedirea vinovăției în sens juridic echivalează cu dovedirea nevinovăției și nu permite deținerea în stare de suspect a unei persoane care a fost achitată de către o instanță de judecată. *Prezumția de nevinovăție* determină că sarcina probei nu poate fi pusă în sarcina îvinuitului. Odată ce

învinițul se consideră nevinovat până la intrarea în vigoare a hotărârii judecătoarești, răsturnarea prezumției se pune în seamă organelor care invocă vinovăția persoanei. *Prezumția de nevinovăție* determină regula privind interpretarea tuturor dubiilor în favoarea îvinuitului.

Așadar, putem de duce că prin esența sa, *rezumția de nevinovăție* este:

- în primul rând – baza procesuală a dreptului de apărare a îvinuitului și a tuturor drepturilor ce formează esența dreptului de apărare.

- în al doilea rând – expresia tuturor garanților procesuale stabilite de lege în scopul protecției intereselor legale ale îvinuitului.

- în al treilea rând – un început determinant în utilizarea probelor în procesul penal, în baza cărora se hotărăște asupra vinovăției sau nevinovăției persoanei îvinuite.

În așa mod, esența *rezumției de nevinovăție* constă în aceea că prin intermediul ei se asigură toate drepturile procesuale ale îvinuitului și în același timp – examinarea imparțială și obiectivă a circumstanțelor cauzei. Încălcarea *rezumției de nevinovăție* inevitabil contribuie la examinarea unilaterală și neobiectivă a cauzei date, fapt ce împiedică descoperirea adevărului, detașarea de la el. Pornind de la aceasta, este clar că *rezumția de nevinovăție* trebuie întotdeauna să fie respectată în practica judiciară. Altfel, încălcarea acestei prezumții echivalează cu încălcarea legalității, fapt ce contribuie la pronunțarea unor sentințe neîntemeiate legal și faptic.

În fine, *rezumția de nevinovăție* trebuie privită în strânsă legătură cu principiul legalității din domeniul dreptului penal. Obiectul său principal este de a asigura protejarea individului împotriva oricărui arbitraj prin garantarea libertății individuale, stimularea căutării adevărului în activitatea judiciară și evitarea riscurilor care înrădăcinează cu ușurință credința că cel împotriva căruia se exercită o acțiune penală este vinovat.

Bibliografie

1. Cocuța Gh., Cocuța M. *Aplicarea principiului in dubio pro reo*. În: Dreptul, 2002, nr.10.
2. *Dicționarul Limbii Române Moderne*. București: Editura Academiei Republicii Populare România, 1958.
3. Dolea I. *Drepturile persoanei în probatoriu penal: conceptual promovării elementului privat*. Chișinău: Cartea Juridică, 2009.
4. Doltu I. *Prezumția de nevinovăție în legislația românească și în unele legislații ale statelor Europei*. În: Dreptul, 1998, nr. 5-6.
5. Flew A. *Dicționar de filozofie și logică*. București: Humanitas, 1999.

6. Larousse. *Dicționar de filozofie*. București: Univers enciclopedic, 1999.
7. Mateuț Gh. *Prezumția de nevinovăție în lumina CEDO și a reglementărilor procedurale interne*. În: Dreptul, 2000, nr.11.
8. Mateuț Gh., Mihailă A. *Logica juridică*. București: Lumina Lex, 1998.
9. Nicubanu C. *Studiu comparativ asupra unor prezumții în materie penală și în domeniul răspunderii civile delictuale*. În: Dreptul, 1998, nr.10.
10. Oxford. *Dicționar de filozofie*. București: Univers enciclopedic, 1999.
11. Șăineanu L. *Dicționar Universal al Limbii Române*. Chișinău: Litera, 1998.
12. Volonciu N. *Tratat de procedură penală. Partea Generală*. Vol. 1. București: Paideia, 1996.
13. Бибило В. *Принцип состязательности по уголовным делам как проявление презумции невиновности*. În: Судовый вестник, 2002, №2.
14. Васильев Л. *Теоретические и практические про-*
- блемы презумции невиновности обвиняемого в уголовном судопроизводстве
15. Либус И.А. *Презумпция невиновности в советском уголовном процессе*. Ташкент: „Узбекистан”, 1981.
16. Строгович М.С. *Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности*. Москва: „Наука”, 1984.
17. Теория доказательств в советском уголовном процессе. Москва: Юридическая литература, 1966.
18. Черкасов А., Громов Н. *О допросе обвиняемого с позиции презумции невиновности*. În: Государство и право, 1995, №2.

DESPRE AUTOR

Marian Octavian, doctor în drept,
Şef adjunct al SUP a IP Botanica al DP
mun. Chișinău
e-mail: marian.octavian@mail.ru

УДК 343. 214:343.132 (477)

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО ДЕЯКИХ ЗАКОНОДАВЧИХ АКТІВ УКРАЇНИ щодо СПРОЩЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ» ТА ЇХ ШЛЯХИ УСУНЕННЯ

Віра ГАЛУНЬКО

доктор юридичних наук, професор кафедри професійних та спеціальних дисциплін Херсонського факультету Одеського державного університету внутрішніх справ

Стаття присвячена застосуванню Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень», визначеню проблемних питань, що виникають при його застосуванні та шляхів їх усунення. Держава повинна жорстко реагувати на прояви злочинності, однак повинна не допускати незаконних притягнень до відповідальності та збільшення кримінально-правових репресій. Сьогодні при реформуванні, відсутній системний, продуманий об'єктивний підхід з урахуванням практичного набутого досвіду при розслідуванні злочинів різних видів, до внесення змін у чинне законодавство.

Запропоновані шляхи вдосконалення, дозволяють органам, що проводять досудове розслідування зосередити свою увагу на розслідуванні кримінальних проваджень, порушених за злочинами, що відносяться до тяжких та особливо тяжких.

Ключові слова: досудове розслідування, слідчі підрозділи, кримінальні проступки, кримінальні провадження, злочини, адміністративне правопорушення.

PROBLEMS OF APPLICATION OF THE LAW OF UKRAINE «ON AMENDMENTS TO SOME LEGISLATIVE ACTS OF UKRAINE ON SIMPLIFICATION OF PRE-TRIAL INVESTIGATION OF CERTAIN CATEGORIES OF CRIMINAL OFFENSES» AND THEIR WAYS OF ELIMINATION

Vira HALUNKO,

Doctor of Law Sciences, Associate Professor, Professor of the Department of Professional and Specialty Disciplines of Kherson Faculty of Odessa State University of Internal Affairs

The article is devoted to the application of the Law of Ukraine “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Simplifying Pre-trial Investigation of Certain Categories of Criminal Offenses”, to identify the problems arising in its application and the ways of their elimination. The state must respond rigorously to crime, but it must not allow unlawful prosecution and increased criminal repression. Today, there is no systematic, thought-out objective approach to reform, taking into account practical experience gained in investigating crimes of various kinds, before amending the current legislation.

The proposed ways of improvement will allow the bodies conducting pre-trial investigation to focus their attention on the investigation of criminal proceedings instituted for crimes involving serious and particularly grave ones.

Keywords: pre-trial investigation, investigation units, criminal offenses, criminal proceedings, crimes, administrative offense.

PROBLEME DE APLICARE A LEGII UCRAINEI „PRIVIND MODIFICĂRILE UNOR ACTE LEGISLATIVE ALE UCRAINEI PRIVIND SIMPLIFICAREA INVESTIGĂRII PREVENTIVE A ANUMITOR CATEGORII DE INFRACTIUNI” ȘI MODALITĂȚILE LOR DE ELIMINARE

Articolul este consacrat aplicării Legii Ucrainei „Cu privire la modificările la anumite acte legislative ale Ucrainei privind simplificarea investigării preventive a anumitor categorii de infracțiuni”, identificarea problemelor care apar în aplicarea acesteia și a modalităților de eliminare a acestora. Statul trebuie să răspundă riguros la infracțiuni, dar nu trebuie să permită urmărirea ilegală și creșterea represiunii criminale. Astăzi, nu există o abordare obiectivă sistematică și gândită a reformei, luând în considerare experiența practică dobândită în investigarea infracțiunilor de diferite tipuri, înainte de modificarea legislației actuale.

Modalitățile propuse de îmbunătățire vor permite organismelor care efectuează investigații preventive să își concentreze atenția asupra investigării procedurilor penale instituite pentru infracțiuni care implică infracțiuni grave și deosebit de grave.

Cuvinte-cheie: anchetă pre-proces, unități de investigare, infracțiuni, procedură penală, infracțiuni, infracțiune administrativă.

Постановка проблеми. Кожна правова держава, у першу чергу, забезпечує права і свободи людини. Їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави [1]. Держава повинна жорстко реагувати на прояви злочинності, однак повинна недопускати незаконних притягнень до відповідальності та збільшення кримінально-правових репресій.

Актуальність теми дослідження. Реформування системи кримінального правосуддя в Україні повинно призвести до значно спрошенії процедури розслідування правопорушень, які не будуть тягти за собою кримінальної відповідальності. На жаль сьогодні при реформуванні, відсутній системний, поетапний, продуманий об'єктивний підхід з урахуванням практичного набутого досвіду при розслідуванні злочинів різних видів, щодо внесення змін у чинне законодавство.

Стан дослідження. Питанням реформування та діяльності і розвитку правоохоронних органів, звертали увагу науковці-правники: В. Авер'янов, О. Бандурка, В. Бевзенко, О. Безпалова, Ю. Битяк, Л. Біла-Тіунова, В. Білоус, І. Бородін, В. Гаращук, А. Герасун, З. Гладун, А. Головач, І. Голосіченко, С. Гончарук, І. Гриценко, Т. Гуржій, М. Гурський, Е. Додін, А. Дубинський, В. Заросило, С. Ківалов, І. Коліушко, Т. Коломоєць, В. Колпаков, П. Коляда, Н. Квасневська, А. Комзюк, О. Кінаш, В. Курило, Є. Курінний, К. Левченко, М. Михеєнко, Т. Мінка, С. Мосьондз, І. Назаров, В. Настюк, О. Негодченко, І. Панов, С. Петков, , М. Погорецький, А. Подоляка, Г. Пономаренко, Д. Приймаchenko, О. Проневич, Т. Проценко, О. Пчеліна, В. Развадовський, О. Рябченко, В. Селіванов, Р. Сербин, О. Синявська, Л. Сопільник, С. Стеценко, В. Столбовий, Ю. Татаров, В. Тіщенко, Н. Тиндик, В. Фаринник, Н. Федорук, Ю. Чорноус, О. Харитонова, Р. Шаповал, , В. Шепітько, І. Шопіна, М. Якимчук, Х. Ярмакі та ін.

Метою статті є дослідження проблем та їх вирішення при застосуванні Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень».

Виклад основного матеріалу.

З прийняттям Кримінального процесуального кодексу України у 2012 основним суб'єктом розслідування став слідчий. На його плечі лягло

розслідування всіх видів злочинів, у тому числі і нових, тих, що тільки з'явилися, що потребує значного досвіду практичної роботи. На жаль, була надія, що навантаження на слідчих значно зменшиться, вони будуть більш самостійними у прийнятті рішенні та розслідуванні злочинів, але на них було покладено іще додаткові повноваження, а саме: по перше - виявлення осіб, які вчинили кримінальні правопорушення, по друге - негласні слідчі (розшукові) дії, по-третє, кожна дія слідчого обов'язково повинна вноситься до Єдиного реєстру досудових розслідувань та узгоджуватись із слідчим суддею і процесуальним прокурором, і як наслідок, затягування строків досудового розслідування, і повністю позбавлення їх самостійності. Все це призвело до великого не тільки фізичного, а і емоційного навантаження на слідчого, тому на сьогодні як ніколи, вкрай гостро стоїть питання про зняття певного навантаження та напруження зі слідчих. Таку надію дає прийняття закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень».

Даючи висновок, щодо законності, вищевказаного Закону, генеральний директор з прав людини вказав, що він ставиться під сумнів через відсутність причин, у зв'язку з якими існуючі дрібні кримінальні правопорушення класифікуються як кримінальні проступки, посиленням покарань за інші незначні кримінальні правопорушення, недотриманням принципів рівності та пропорційності щодо способів стягнення штрафів та можливістю тривалого позбавлення волі за вчинення адміністративних правопорушень... В той же час запропоновані зміни (в частині створення окремих слідчих структур для кримінальних проступків та кримінальних правопорушень) можуть спричинити зайву складність та плутанину в роботі системи кримінального правосуддя [2]. Так, дійсно на сьогодні залишається невирішеним питання чіткого визначення самого поняття проступку. Так, статтею 9 Кодексу України про адміністративні правопорушення, визначається, що адміністративним правопорушенням (проступком) визнається протиправна, винна (умисна або необережна) дія чи бездіяльність, яка посягає на громадський порядок, власність, права і свободи громадян, на встановлений порядок управління і за яку законом передбачено адміністративну відповідальність. Адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою відповідно

до закону кримінальної відповідальності [3]. В Кримінальному Кодексі України статтею 11 визначено, що злочином є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину. Не є злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі [4]. Тобто у кримінальному кодексі, поняття злочину та кримінального проступку не визначені та чітко не розмежовані.

Дійсно здійснивши розподіл кримінального правопорушення на злочини та проступки це приведе до чіткого відокремлення від суміжних визначень. Однак, необхідно у першу чергу, вносити зміни та корегувати кримінальний кодекс України та кримінальний процесуальний кодекс, а також інші законодавчі акти.

Так, законопроекти, які подавались на розгляд Верховної Ради, пропонували лише віднесення до кримінальних проступків, злочинів невеликої тяжкості, але у них також відсутнє чітке розмежування між адміністративними правопорушеннями та злочинами, а також не вказано вкрай важливого фактору, як строків розслідування та осіб, що будуть їх розслідувати. Відповідно, до норм діючого Кримінального-процесуального кодексу України, органами досудового розслідування (органами, що здійснюють дізнання і досудове слідство) є: 1) слідчі підрозділи: а) органів Національної поліції; б) органів безпеки; в) органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства; г) органів Державного бюро розслідувань; 2) підрозділи детективів, підрозділ внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України [5], тобто, структурно слідчі відносяться до різних відомств. На практиці, як правило, це викликає неузгодженість і відсутність зв'язків не тільки між підрозділами, а й відомствами, у результаті не має чіткої спеціалізації в розслідуванні окремих категорій злочинів, законодавчо не закріплений правовий статус як органів досудового розслідування, так і слідчих.

Також, пункти 3 цієї статті наголошується, що при досудовому розслідуванні кримінальних проступків у встановлених законом випадках повноваження слідчого органу досудового розслідування можуть здійснюватися співробітниками інших підрозділів органів Національної поліції, органів безпеки, органів, що здійснюють контр-

оль за додержанням податкового законодавства [5]. Але, чіткого роз'яснення, що за співробітники інших підрозділів, відсутнє (можна припустити, що це будуть всі без винятку) так як до дізнання відносяться практичні всі підрозділи, починаючи від його керівника.

Також, залишається відкритим питанням, щодо строків розслідування. Так, суб'єкти, що проводять досудове розслідування зобов'язані вносити до Єдиного реєстру досудових розслідувань кожну слідчу дію. Однак, статтею 8 «Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань» ними є: лише прокурори, у тому числі керівники прокуратур; керівники органів досудового розслідування; слідчі органів прокуратури, поліції, безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства та органів Державного бюро розслідувань; детективи підрозділів детективів та внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України, уповноважені здійснювати досудове розслідування кримінальних правопорушень [6]. Тому, необхідно вносити доповнення та розширювати коло суб'єктів, що мають право вносити відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та вносити корективи до КПК щодо строків розслідування кримінальних проступків, розслідування кримінальних проступків у формі дізнання за спрошеною процедурою та у скорочені строки (не більше ніж 72 години з моменту повідомлення особі про підозру чи затримання, або в інших випадках на строк до 1-го місяця).

Таким чином, виходячи із вищевказаного, необхідно вносити доповнення та розширювати коло суб'єктів, що мають право вносити відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та вносити корективи до КПК щодо строків розслідування кримінальних проступків, розслідування кримінальних проступків у формі дізнання за спрошеною процедурою та у скорочені строки (не більше ніж 72 години з моменту повідомлення особі про підозру чи затримання, або в інших випадках на строк до 1-го місяця).

Список використаних джерел

1. Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%20D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
2. Висновок Генерального Директора з прав людини та верховенства права Ради Європи стосовно проекту Закону № 7279 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового

розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень.URL. <https://rm.coe.int/coe-ukraine-law-on-misdemeanours-oct-2018-final/16808ebe0a>

3. Кодекс України про адміністративні правопорушення.URL. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/80731-10>

4. Кримінальний Кодекс України. URL. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2341-14>

5. Кримінально-процесуальний кодекс України. URL. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/4651-17>

6. Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань.Наказ Генеральної прокуратури України 06.04.2016 № 139.URL. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/z0680-16>

**ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА
ГАЛУНЬКО Віра Миколаївна,**

доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри професійних та спеціальних дисциплін Херсонського факультету Одеського державного університету внутрішніх справ;

**INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
HALUNKO Vira Mykolaivna**

Doctor of Law Sciences, Associate Professor,
Professor of the Department of Professional and
Specialty Disciplines of Kherson Faculty of Odessa
State University of Internal Affairs;
vera.galunko.00@gmail.com

УДК 343.4

МІСЦЕ СТРАТЕГІЇ У ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЙНІЙ ЗЛОЧИННОСТІ

Марія КІКАЛІШВІЛІ

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри кримінального права та кримінології

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Стаття присвячена розгляді того, яке саме місце займає стратегія у протидії корупційній злочинності.

У статті встановлено визначення поняття «стратегія», наведені витоки походження даного поняття, зауважена мета та глобальне завдання відміченої кримінологічної категорії, а також зазначені специфічні аспекти, характерні лише стратегії, як явищі.

Автором розкривається, яке саме місце відводиться стратегії в загальній протидії корупційній злочинності. Доводиться, що стратегія займає одне з провідних місць в боротьбі із корупційною злочинністю, адже вона являється основовою, що формує та координує загальну політику держави в антикорупційній сфері.

В статті звертається увага, що без антикорупційної стратегії заходи по боротьбі з корупцією несистемні та нескоординовані. окремо наголошується на тому, що остання Антикорупційна стратегія в Україні датується періодом 2014-2017 року й, починаючи з 2018 року, наша держава фактично живе без сучасної стратегії протидії корупційній злочинності, що, як наслідок, не дозволяє побудувати дієву антикорупційну політику та викорінити явище корупції з терен країни.

Як підсумок визначено, що стратегія протидії корупції є важливим елементом всієї антикорупційної політики держави. За відсутності стратегії, яка визначає довгострокові цілі та пріоритети, а також затверджує заходи протидії корупції, неможливо казати про дієву боротьбу з корупцією, адже такої боротьби по суті немає, а лише створюється певна її видимість. Саме стратегія протидії корупції є відправною точкою для успішного подолання цього хворобливого явища.

Ключові слова: стратегія, корупційна злочинність, протидія, довгострокові цілі, корумпованість, кримінологія.

THE ROLE OF THE STRATEGY IN COMBATING CORRUPTION

Mariia KIKALISHVILI,

Candidate of Law Sciences, Associate Professor,

Associate Professor at the Department of Criminal Law and Criminology
of Taras Shevchenko National University of Kyiv

The article is devoted to the consideration of the role and place of the strategy in the fight against corruption.

The article establishes the definition of the concept «strategy», gives the origins of this concept, notes the purpose and global task of the noted criminological category, as well as specific aspects, unique characteristic of the strategy.

The author reveals what role is given to the strategy in the overall fight against corruption. It proves that the strategy occupies one of the leading positions in the fight against corruption crime, as it is the basis that shapes and coordinates the general policy of the state in the anti-corruption field.

The article draws attention to the fact that without an anti-corruption strategy, anti-corruption measures are not systematic and coordinated. It is emphasized that the latest Anti-Corruption Strategy in Ukraine dates back to 2014-2017 and since 2018 Ukraine has been living without a strategy to combat corruption, which does not allow to build an effective anti-corruption policy and to eradicate the phenomenon of corruption.

As a result, it is determined that the anti-corruption strategy is an important element of the entire anti-corruption policy of the state. In the absence of a strategy that defines long-term goals and priorities, as well as approves measures to combat corruption, it is impossible to speak about an effective fight against corruption, as there is essentially no fight, but only a certain appearance of it. It is the anti-corruption strategy that is the starting point for successfully overcoming this painful phenomenon.

Keywords: strategy, corruption crime, counteraction, long-term goals, corruption, criminology.

LOCUL STRATEGIEI ÎN LUPTA ÎMPOTRIVA CORUPTIEI

Articolul este dedicat luării în considerare a locului exact în strategia de combatere a corupției.

Articolul definește conceptul de „strategie”, arată originile conceptului, a notat scopul și obiectivele globale ale categoriei criminologice marcate, precum și specifică aspecte specifice care caracterizează doar strategia ca fenomen.

Autorul dezvăluie locul exact al strategiei în lupta globală împotriva corupției. Se susține că strategia ocupă unul dintre locurile de frunte în lupta împotriva corupției, deoarece este baza care modelează și coordonează politica generală a statului în sfera anticorupției.

Articolul atrage atenția asupra faptului că, fără o strategie anticorupție, măsurile anticorupție sunt nesistemice și necoordonate. Se subliniază că cea mai recentă strategie anticorupție din Ucraina datează din 2014-2017, iar din 2018 țara noastră trăiește de fapt fără o strategie modernă de combatere a corupției, care, în consecință, nu permite construirea unei politici anticorupție eficiente și eradicarea fenomenului corupției din țară.

Drept urmare, se stabilește că o strategie anticorupție este un element important al întregii politici anticorupție a statului. În absența unei strategii care definește obiectivele și prioritățile pe termen lung, precum și aprobă măsurile anticorupție, este imposibil să vorbim despre o luptă eficientă împotriva corupției, deoarece o astfel de luptă este, în esență, inexistentă și se creează doar o anumită vizibilitate. Strategia anticorupție este punctul de plecare pentru depășirea cu succes a acestui fenomen dureros.

Cuvinte-cheie: strategie, infracțiune de corupție, contracarare, obiective pe termen lung, corupție, criminologie.

Україна сьогодення являє собою державу із високим рівнем корупції, що вже визнано не лише українськими чи міжнародними аналітичними службами та структурами або небайдужої громадськостю, а й безпосередньо вітчизняними представниками законодавчої та виконавчої гілок влади. Сучасні умови склалися таким чином, що Україна перебуває у важкій геополітичній та економічній обстановці, що зумовлює появу певних негараздів у суспільному житті. На шляху до остаточної демократизації наша країна зазнає реформування та поступово звикає жити із європейськими цінностями, які планомірно впроваджуються в ужиток замість радянських пережитків. Цілком природно, що подібні процеси не можуть відбуватися абсолютно безболісно. Одним з пріоритетних напрямків реформування та видозмін, безумовно, є антикорупційна політика нашої держава, яка, нарешті, повинна запрацювати на якісне викорінення феномену корупції.

Починаючи з 2014 року, коли завдяки Революції Гідності в Україні була пробуджена національна свідомість, в державі спостерігаються досить впевнені та необхідні кроки для боротьби із корупційною злочинністю. Втім, по недобрій традиції, зазначені кроки, які відрізнялися прогресивністю, наразі, так і не реалізовані повністю. Поступово, чим більше затихають відгомони революційних дій, тим більше політична верхівка України сповільнюється в своєму бажанні винищенні корупційних проявів з терену країни. Подібна ситуація викликає обурення в активної громадськості, яка все голосніше вимагає змін. Лише поборовши корупцію або, хоча б, звівши її прояви до мінімуму, ми можемо казати про потенційну розбудову сильної держави із європейським майбутнім. В іншому разі нас чекає закріplення серед держав третього світу, які зовсім не мають впливу в міжнародній політиці через постійні негаразди у внутрішньopolітичній сфері.

Виходячи із відміченого, одним з найбільш наявних питань для України є посилення боротьби із корупцією та ефективна протидія цьому явищу. Для реалізації відмічених дій в нашій країні необхідно розробляти новітні плани дій із викорінення корупції, ретельно вивчати зарубіжний досвід в контексті його можливого застосування в українських умовах, а також вдосконалювати вітчизняну антикорупційну доктрину [5].

Перелічені дії неможливо вчинити без належного стратегічного обґрунтування, адже саме стратегія окреслює головні пріоритети та загальне бачення державної політики в певній сфері. Треба окремо зауважити, що основні принципи забезпечення антикорупційної стратегії були запроваджені центральним антикорупційним нормативно-правовим актом нашої держави – Законом України «Про запобігання корупції» [9].

Актуальність даного наукового дослідження пояснюється тим, що у вітчизняних наукових колах питання місця стратегії в загальній протидії корупційній злочинності майже не вивчаються. Подекуди лише зустрічаються роботи із сухо теоретичною кримінологічною характеристикою стратегії, як явища. Додатково підвищує актуальність даної роботи, той факт, що наша держава з кінця 2017 - початку 2018 року живе без антикорупційної стратегії (нагадаємо, що наразі вже зачінчується 2019 рік), що є вкрай неприпустимим, адже без належної антикорупційної стратегії неможливо визначитися із загальною антикорупційною політикою. Саме у науковому поясненні та обґрунтуванні важливості місця стратегії у протидії корупційній злочинності, задля подальшого недопущення подібних ситуацій із довготривалою відсутністю такого документу в державному житті, вбачається важливість даного наукового дослідження.

Серед науковців, які присвячували свої роботи дослідженю стратегії та стратегічних аспектів

протидії злочинності в кримінологічному розрізі виокремлюються наступні прізвища: О. М. Бандурка, О. Ю. Бусол, В. В. Голіна, О. М. Джужа, А. П. Закалюк, М. Г. Колодяжний, О. М. Литвинов, М. І. Мельник та інші.

Метою даної статті є дослідження всіх істотних моментів, пов'язаних із стратегією протидії корупційній злочинності, а також виявлення того місця, яке займає стратегія у відміченій антикорупційній діяльності. Задля досягнення поставленої мети висунуто наступне завдання – визначитися із загальнотеоретичним поняттям «стратегія», вияснити яке місце займає стратегія в загальній протидії корупційній злочинності та дослідити, які проблеми існують у сфері застосування стратегії до безпосередньої протидії корупційній злочинності із відшукуванням можливих шляхів подолання віднайденої проблематики.

Переходячи до викладення основного матеріалу, перш за все, визначимося із тим, що саме представляє собою поняття «стратегія».

Слід відмітити, що у понятійному апараті науки кримінології поняття «стратегія» є дещо новим та введеним до обіходу відносно недавно. Історично стратегія це щось більш притаманне воєнній справі. Вперше відмічене поняття з'явилось ще за часів Давньої Греції та означало організацію масштабних військових операцій [7, с.177].

Надалі, з розвитком людства та з течією часу, стратегія набула вже більш цивільного значення та стала розглядатися, як діяльність із вибору вектору розвитку в певній сфері та, як сукупність певних дій, направлених на досягнення глобальної, конкретизованої мети.

Сучасна кримінологія розглядає стратегію, як набір засобів, що слугують досягненню цілей та сприяють веденню якісної боротьби із всією злочинністю або конкретними її проявами. Також, з кримінологічної точки зору, стратегію можна представити у вигляді вибору кінцевого напрямку для досягнення тих цілей, що були окреслені за здалегідь [3, с.13].

Деякі науковці вважають, що стратегію необхідно визначати через вид державної діяльності. Тобто, вони визначають поняття стратегії більш розгорнуто та дають йому тлумачення, як галузі державної діяльності, яка втілює в життя концептуальні питання теорії та практики запобігання злочинності, боротьби з нею та її профілактики. Подібна державна діяльність конкретизується у програмуванні, плануванні, прогнозуванні та безпосередньому здійсненні певних дій, направлених на досягнення загальновизначеної мети [6, с.30]. На наш суб'єктивний погляд таке визначен-

ня вбачається одним з найбільш вдалих в науковій літературі.

Менш популярною є позиція тих науковців, які схильні розглядати стратегію, як правовий феномен через її обов'язкові ознаки. До таких ознак відмічений табір дослідників відносить:

- сукупність теоретичних положень та ідей політико-правового характеру, які розроблені та висунуті на довгострокову перспективу;
- визначення загальної направленості діяльності та фундаментальних цілей;
- обумовлюється тими викликами, які стоять перед нею тим чи іншим видом злочинності [11, с. 497-499].

Метою кримінологічної стратегії завжди є довготривалий розвиток держави в певній галузі. Цікаво, що поряд із загальнодержавними стратегіями існують регіональні, адже не кожен регіон держави страждає від певних проблем однаково сильно з іншим. Регіональні кримінологічні стратегії конкретизують ті цілі загальнонаціональної стратегії, які характерні для чітко вказаного регіону.

Глобальне завдання кримінологічної стратегії – поступове обмеження дії криміногенних факторів задля усталення принципу законності на теренах всієї держави.

Треба зауважити, що кримінологічна стратегія дозволяє зробити загальний механізм протидії злочинності (в тому числі й корупційній) більш стабільним, системним та чітко спрямованим. Стратегія виступає відправною точкою для подальших планів та задач окремих суб'єктів. Вона збирає та акумулює усі сучасні наукові доробки задля формування вірного погляду на певне явище.

Кримінологічна стратегія завжди відрізняється специфічними аспектами, характерними лише їй. Так, О. М. Литвинов зауважує, що для кримінологічної стратегії протидії злочинності завжди характерна наявність кінцевої, остаточно сформованої мети, визначення державного вектору на досягнення цієї сформованої мети, чітко визначені настанови на успішне досягнення мети та обмеження часовим проміжком [8, с.378].

Важливо, що зазвичай стратегія не існує лише в теоретичному полі. Вона конкретизується та проявляється у прийнятих нормативних документах, таких як: програми, плани тощо. В контексті протидії корупційній злочинності, питання стратегії проведення такої діяльності є вкрай нагальним, адже вона визначає загальні пріоритети державної політики в контексті запобігання та боротьби із корупцією, як явищем. Стратегія в контексті

протидії корупційній злочинності це не лише кримінологічне поняття, а й однайменний документ, який відрізняється високим рівнем важливості. Важливість відміченого документу полягає в тому, що він є підставою для формування державної антикорупційної політики на чітко визначений часовий період, а також єдиною основою для визначення загальнодержавного плану дій з викорінення корупції, тобто для утвердження Державної програми з реалізації Антикорупційної стратегії.

Державна програма з реалізації Антикорупційної стратегії більш конкретизує ті дії, які необхідно вчинювати для дієвої та ефективної протидії корупційній злочинності. В ній передбачені обов'язки та плани дій для всіх суб'єктів антикорупційної діяльності (сюди входять й безпосередньо органи кримінальної юстиції, й державні органи, й громадські організації).

Відмічена Програма має істотні відмінності від Антикорупційної стратегії, адже вона не лише визначає загальний вектор розвитку на найближчий період, а безпосередньо ставить локальні задачі, висуває строки для реалізації цих задач та відмічає відповідальних суб'єктів за реалізацію таких локальних задач. Саме на підставі відміченої Програми кожен державний орган, а також орган місцевого самоврядування в Україні виробляє внутрішні документи антикорупційного спрямування.

Виходячи із відміченого, яке ж місце в загальній протидії корупційній злочинності відводиться стратегії? Напевно що, відповідь на відмічене риторичне питання занадто очевидна. Стратегія, чи краще буде сказати антикорупційна стратегія, займає центральне місце у протидії корупційній злочинності, виступаючи базисом для подальшого формування державної антикорупційної політики, тобто, виступаючи першочерговою основою для державної боротьби із корупцією.

Додатково, варто зауважити, що стратегія відіграє важливу роль при формування антикорупційного законодавства. Адже, коли законодавство формується, повинна дотримуватися така схема: стратегія – закон – програма – підзаконні акти. На жаль, через той факт, що певні нормативно-правові акти приймалися в різний час і за відсутності єдиної науково обґрунтованої стратегії протидії корупції, зазначена схема не була реалізована належним чином в нашій державі [1].

Без антикорупційної стратегії заходи по боротьбі з корупцією несистемні та нескоординовані [13]. Крім цього, відсутність антикорупційної стратегії зумовлює незлагодженість у роботі суто

антикорупційних суб'єктів, які й без того наразі працюють із змінним успіхом, адже весь час конфліктують та не можуть компромісно вирішувати розбіжності, які виникають під час ведення ними безпосередньо професійної діяльності.

Антикорупційна стратегія покликана окреслити ціль, навести шляхи її досягнення та обумовити часові рамки для досягнення цієї цілі. Без подібного програмного документу, який визначає основні засади антикорупційної діяльності держави на найближчі роки нікого нічого не знає та не розуміє, що треба робити. Можливо буде певним перебільшенням зауважити, що стратегія для протидії злочинності це те ж саме, що Конституція для загального законодавства країни, але, втім, подібне порівняння має певну логіку. Все вітчизняне законодавство будується на тих основоположних принципах, що закладаються (чи були закладені) Конституцією. Будь-які норми кодексів чи окремо взятих законів покликані захистити права, законні інтереси та основоположні свободи людини та громадянина, що безпосередньо непорушно закріплено у Основному законі України. Так, виходить, що в загальному масиві нормативно-правових актів завжди є, так би мовити, головний документ, на основі якого (та з дотриманням вимог якого) приймаються всі інші. Такий закон в Україні це Конституція й вона є фундаментом всієї законотворчості в державі.

Так само й із стратегією. Антикорупційна стратегія – це фундамент загальної антикорупційної діяльності держави, куди входить антикорупційна політика, тактика та інші дії, що конкретизують ті основи, які закладаються стратегічно.

Ще одне порівняння можна зробити із воєнною справою, адже не даремно термін «стратегія» був запозичений саме звідти. Так, наприклад, під час Другої світової війни фашистська Німеччина мала стратегію її ведення, про яку, напевно що, чув кожний – бліцкриг – ведення швидкоплинних воєнних дій, які дозволяють захопити важливі інфраструктурні об'єкти ворога в короткий строк. Ця стратегія реалізовувалася вже шляхом вчинення безпосередніх воєнних операцій та втілювалася у боях, які велися за певною тактикою. Проте, весь набір воєнних дій, що вчинювався, був підпорядкований загальній стратегічній цілі.

Таким чином, стратегія в протидії корупційній злочинності займає центральне місце, виступаючи тією основою, що формує та координує загальну політику держави в антикорупційній сфері. Без стратегічної основи, будь-які антикорупційні дії будуть відрізнятися хаотичністю та безсистемністю.

Тим більш жахливо звучить інформація, що вже більше, аніж півтора роки Україна живе без актуальної антикорупційної стратегії, начебто зберігаючи прагнення подолати корупцію. Проте як її подолати без стратегії такого подолання?

Остання, наразі, Антикорупційна стратегія в Україні була сформована на період 2014 – 2017 років та затверджена Законом України «Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки» [10]. За планом, відмічена стратегія повинна була закінчити свою дію в грудні 2017 року та втратити чинність. Проте, новітня Антикорупційна стратегія на 2018-2020 роки, розробкою якої займалося Національне агентство з питань запобігання корупції (далі – НАЗК) так й не була прийнята, й весь цей строк наша держава, теоретично, боролася із корупцією за стратегією 2014-2017 років. Зовсім скоро вже настання 2020 року й Україні потрібна нова стратегія.

Варто розуміти, що стратегія протидії корупційній злочинності повинна відповідати вимогам сучасності. Неможливо говорити про дієву протидію корупції, коли ми боремося із нею на основі концепцій, актуальних для минулих років. Новий період – нова стратегія. Лише в такому разі діяльність, направлена на протидію корупції, буде відповідати тим корупційним проявам, що характерні тут і зараз. Відсутність актуальної стратегії призвела до того, що органи кримінальної юстиції, які спеціалізуються на корупційних правопорушеннях та злочинах працюють розбалансовано та неефективно, а частина державних органів та органів місцевого самоврядування приймають такі антикорупційні рішення та заходи, які вважають необхідними та вірними суттєвістю [4].

Аналізування минулих стратегій та запровадження нових із всіма необхідними експертизами відповідності міжнародним вимогам є прямим обов'язком НАЗК, на якому, до речі, й лежить відповідальність за життя країни без антикорупційної стратегії вже близько двох років.

НАЗК порушило строки представлення стратегії 2018-2020, а всі необхідні експертизи проводило формально. В тому вигляді, в якому НАЗК пропонувало стратегію, приймати її, очевидно, було не можна. Далі почалася бюрократія та тотальне недотримання строків не тільки з боку НАЗК, а й з боку уряду, який вчасно не передав проект стратегії до профільних комітетів. А далі президентські вибори, парламентські вибори та розмови про перезавантаження НАЗК [2].

Що ми маємо в залишку? Стратегії немає, ви-

нні не покарані, два роки життя без антикорупційної стратегії – «не біда». Подібна логіка неприпустима. Очевидно, що відсутність стратегії протидії корупційній злочинності сприяє тому, що корупція дедалі міцнішає та дедалі більше загрожує національній безпеці України. Без стратегічного розуміння заходів, які необхідно вчинити для викорінення корупційних проявів, Україні не вдасться побороти відмічене хворобливе явище.

Політико-правові осередки нашої держави, останнім часом, активізують питання необхідності прийняття Антикорупційної стратегії на 2019-2023 роки (проект якої вже був представлений Центром політико-правових реформ), де пропонують, серед іншого, істотно змінити модель роботи НАЗК, аби подібної тяганини, як із стратегією 2018-2020 більше не було [13].

Варто пам'ятати, що стратегія протидії корупції повинна ґрунтуватися на чіткому розумінні системності цього виду злочинів. Стратегія повинна розробити таку модель протидії, при якій на корупцію буде вчинюватися відповідний вплив в одинаковому режимі по всій вертикалі влади й повсюдно [12, с.115].

Крім цього, важливо, аби новітня стратегія протидії корупції була побудована на трьох важливих елементах:

- усвідомленні небезпеки від корупційної злочинності;
- попередженні та запобіганні вчиненню корупційних злочинів;
- верховенстві закону.

Враховуючи відмічені елементи можна доМогтися того, аби нормативно-правові акти приймалися так, щоб з їхньої суті не породжувалося корупційних можливостей, а для дієвої протидії корупційній злочинності більш активно залучається небайдужа громадськість.

Підводячи підсумок, варто зазначити, що стратегія займає одне з провідних місць у загальній протидії корупційній злочинності. Стратегія протидії корупції постає важливим елементом всієї антикорупційної політики держави. За відсутності стратегії, яка визначає довгострокові цілі та пріоритети, а також затверджує заходи протидії корупції, неможливо казати про дієву антикорупційну політику, адже такої політики по суті немає. Важливо усвідомлювати той факт, що дієва антикорупційна політика України та ефективна протидія й запобігання корупції можливі лише за умови чіткого розуміння теоретичних положень усіх питань, пов'язаних із корупцією. Тільки в такому разі можна казати про успішну антикорупційну стратегію нашої держави.

Список використаних джерел

1. Бернадський П. Й. Система антикорупційного законодавства України / П. Й. Бернадський: [Електронний ресурс] / П. Й. Бернадський. – Режим доступу: http://www.rusnauka.com/19_DSN_2010/Economics/69941.doc.htm
2. Більше ніж півтора роки без антикорупційної стратегії – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://day.kyiv.ua/uk/blog/polityka/bilshe-nizh-pivtora-roky-bez-antykorupciynoyi-strategiyi>
3. Бородин, С. В. Борьба с преступностью: теоретическая модель комплексной программы/ С. В. Бородин. - М.: Наука, 1990. - 272 с.
4. Боротьба з корупцією навпомацки, або чому в Україні досі немає Антикорупційної стратегії на 2018-2020 роки – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pravo.org.ua/ua/news/20873157-boerotba-z-koruptsieyu-navpomatski,-abo-chomu-v-ukrayini-dosinemae-antikoruptsiynoyi-strategiyi-na-20182020-roki>
5. Гаман П.І. Антикорупційна державна політика: проблеми та перспективи розвитку [Електронний ресурс] / П. І. Гаман // Електронне видання «Державне управління: удосконалення та розвиток». – 2018. - № 10. – Режим доступу : http://www.dy.nayka.com.ua/pdf/10_2018/3.pdf
6. Державне програмування і регіональне планування заходів запобігання злочинності в Україні: [монографія] / В. В. Голіна, С. Ю. Лукашевич, М. Г. Колодязний ; за ред. чл.-кор. Нац. акад. прав. наук України, д-ра юрид. наук В. В. Голіни ; Нац. акад. прав. наук, Ін-т вивч. пробл. злочинності. - Х. : Право, 2012. - 303 с.
7. Кушнарьов I. B. Стратегія протидії корупції як складова антикорупційної політики [Електронний ресурс] / I. B. Кушнарьов // Право і Безпека. - 2012. - № 5. - С. 177-181. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pib_2012_5_40
8. Литвинов О.М. Стратегія протидії злочинності [Електронний ресурс] / О. М. Литвинов // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2013. - № 1(1).
- С. 377-387. – Режим доступу : http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/2460/strategiya_protidiyi_zlochinnosti.pdf?sequence=2
9. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 № 1700-VII/ Верховна Рада України// Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 49, ст.2056
10. Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки: Закон від 14.10.2014 № 1699- VII/ Верховна Рада України// Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 46, ст.2047
11. Современные проблемы и стратегия борьбы с преступностью [Текст] / науч. ред. В. Н. Бурлаков, Б. В. Волженкин. - СПб.: Изд. Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. ф-та С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. - 592 с.
12. Суббот А. І. Шляхи покращання правового захисту протидії корупції в правоохранних органах / А. І. Суббот, В. М. Костенко // Бюлєтень Міністерства юстиції України. – 2014. – № 1. – С. 115–120
13. Які заходи боротьби із корупцією треба запровадити у найближчі 5 років - [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://tpr.org.ua/news/yaki-zakhody-borot-by-z-koruptsiieiu-treba-zaprovalyty-u-nastupni-5-rokiv/>

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА
КІКАЛІШВІЛІ Марія Вікторівна
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
KIKALISHVILI Mariia Viktorivna
Candidate of Law Sciences, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Criminal
Law and Criminology of Taras Shevchenko National
University of Kyiv;

Drept civil

CZU: 347.1(478)

CONSIDERAȚII GENERALE ASUPRA TEORIEI LEGII CIVILE

Irina IACUB

doctor în drept, conferențiar universitar interimar,
Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

Articolul este consacrat unei instituții fundamentale a dreptului civil precum este legea civilă, privită sub aspectul conținutului ei – norma de drept civil. În vederea conturării succinte a teoriei legii civile, sunt expuse esența și particularitățile normelor juridice care o compun, momente importante atât pentru cunoașterea lor, cât și pentru aplicarea lor corectă în practică.

Cuvinte-cheie: codul civil, drept civil, lege civilă, normă de drept civil, norme imperative, norme dispozitive, norme permissive, norme supletive.

GENERAL CONSIDERATIONS ON THE THEORY OF CIVIL LAW

The article is devoted to a fundamental institution of civil law such as civil law, viewed from the point of view of its content - the norm of civil law. In order to briefly outline the theory of civil law. The author exposed the essence and the particularities of the legal norms that compose it, important moments both for their knowledge and for their correct application in practice.

Keywords: civil code, civil law, civil law norm, imperative norms, dispositive norms, permissive norms, supplementary norms.

Introducere. Identitatea unei ramuri de drept rezultă, cu precădere, din două elemente sau, mai exact, din specificul acestora. Este vorba despre normele juridice sau normele de drept și specificul lor, pe de o parte, și de raporturile reglementate de aceste norme și specificul lor, pe de altă parte [4, p. 8].

După cum este general recunoscut, dreptul civil este alcătuit din ansamblul normelor juridice prin care se reglementează, de drept comun, stabilirea, modificarea și stingerea raporturilor juridice cu caracter privat precum și conținutul acestora [4, p. 7]. În doctrina juridică autohtonă, destul de fragmentar sunt reflectate particularitățile acestor norme, cu toate că semnificația și impactul lor asupra relațiilor sociale este destul de enormă. Mai mult ca atât, după cum se știe, relativ recent, actul normativ de bază care cuprinde cele mai importante norme juridice civile (Codul civil al Republicii Moldova [2]), a fost modificat substanțial, ceea ce inevitabil accentuează actualitatea subiectului și necesitatea dezvoltării sale.

Scopul studiului. În prezentul studiu, ne propunem, pornind de la cele menționate, conturarea succintă a teoriei legii civile, în baza ideilor doctrinare și cadrului legislativ în vigoare, în vederea precizării esenței și particularităților normelor care o constituie.

Rezultate obținute și discuții. După cum se știe, norma de drept civil este, asemenea tuturor normelor

juridice sau de drept, o regulă de conduită cu caracter general, impersonal și de aplicare repetată, regulă ale cărei prevederi pot fi impuse, la nevoie, făcându-se uz de forța de constrângere a statului [4, p. 8].

Prin esența sa, norma de drept civil este regula de conduită, generală și abstractă, care impune subiecților de drept atitudinea de urmat în raporturile juridice civile [1, p. 12-13].

Privite comparativ cu normele de drept procesual civil și pentru a le distinge de acestea din urmă, normele de drept civil mai sunt denumite și norme *de drept material* [1] sau *norme substanțiale* [2], în sen-

¹ Normele de drept material nu trebuie confundate cu normele materiale. Prin această din urmă sintagmă se desemnează atât normele de drept material (de drept civil, de drept comercial, de dreptul familiei etc.), cât și cele de drept procesual, atunci când ele sunt contrapuse normelor conflictuale, adică acelor norme prin care se soluționează conflictele de legi apărute ca urmare a stabilirii unor raporturi juridice cu element de extraneitate. - Reghini I., Diaconescu S., Vasilescu P. *Introducere în dreptul civil*. Ed. a 2-a. Cluj-Napoca: Sfera Juridică, 2008, p. 9.

² Distanța nu este întotdeauna și întru totul categorică. Așa, de exemplu, în unele sisteme de drept, prescripția extinctivă este considerată o instituție de drept procesual, spre deosebire de sistemul nostru, în care este considerată o instituție de drept material (situație caracteristică și Republicii Moldova – e.n.). Apoi, reglementarea mijloacelor de probă și a admisibilității lor este cuprinsă în Codul civil și este considerată ca o problemă de drept material, spre deosebire de administrarea probelor, care este reglementată de Codul de procedură civilă și este considerată ca o problemă

sul că ele reglementează nemijlocit raportul juridic, în substanță sa și în „starea sa de pace”, în vreme ce normele de drept procesual – care reglementează modul de desfășurare a procesului civil – intervin, de regulă, doar atunci cînd raportul juridic a ajuns într-o fază litigioasă, a generat un proces civil [3, p. 15-17].

Normele de drept civil pot fi caracterizate prin următoarele trăsături:

1) *Normele de drept civil sunt parte a dreptului privat intern.* În context, prezintă importanță delimitarea *normelor de drept privat de normele private*. În acest sens, menționăm că *norma de drept privat* este o normă publică, încrucișat chiar dacă reglementează relații cu caracter privat, ea emană de la puterea publică. Totodată, în relațiile dintre particulari (de drept privat), legiuitorul a permis subiectelor de drept ca, în anumite limite, să reglementeze prin propria voință raporturile dintre ele (contractul reprezentă legea pentru părțile contractante). Deci, atunci când încheie un contract, părțile stabilesc practic un set de reguli cu eficiență juridică, prin care, în limitele stabilite de normele publice, reglementează raporturile dintre ele, reguli denumite „*norme private*”. Această denumire nu sugerează că normele private se integrează în dreptul privat, ci faptul că ele au o sursă privată, respectiv actul juridic (contractul) și vizează cu precădere doar conduită părților acestuia.

2) *Normele de drept civil constituie dreptul comun în ce privește reglementarea relațiilor cu caracter privat.* În sensul dat, precizăm că dreptul civil este dreptul comun cât privește reglementarea relațiilor ce țin de domeniul dreptului privat. Cu toate acestea poziția privilegiată a normelor de drept civil în raport cu celelalte norme ale dreptului privat nu este consacrată expres de lege. În majoritatea cazurilor trimiterea expresă la normele dreptului civil lipsește, dar cu toate acestea, la nevoie ele se aplică în baza art. 6 alin. (4) din Codul civil al Republicii Moldova [3], care prevede: „Instanța de judecată nu este în drept

de drept procesual (în Republica Moldova, problema probelor și a administrației acestora este cercetată doar în contextul dreptului procesual civil – e.n.). - Reghini I., Diaconescu Ș., Vasilescu P. *Introducere în dreptul civil*. Ed. a 2-a. Cluj-Napoca: Sfera Juridică, 2008, p. 9.

³ **Articolul 6.** *Analogia legii și analogia dreptului:* (1) În cazul nereglementării prin lege ori prin acord al părților și lipsei de uzanțe, raporturilor prevăzute la art. 2 li se aplică, dacă aceasta nu contravine esenței lor, norma legislației civile care reglementează raporturi similare (analogia legii). (2) Dacă aplicarea analogiei legii este imposibilă, drepturile și obligațiile părților se determină în funcție de principiile legislației civile și de echitate (analogia dreptului). (3) Nu se admite aplicarea prin analogie a normelor care limitează drepturile civile sau care stabilesc răspundere civilă. (4) Instanța de judecată nu este în drept să refuze înfăptuirea justiției în cauzele civile pe motivul că norma juridică lipsește sau că este neclară.

să refuze înfăptuirea justiției în cauzele civile pe motivul că norma juridică lipsește sau că este neclară”. Respectiv, în asemenea cazuri ea este îndreptățită să aplice analogia legii sau analogia dreptului.

O atenție distinctă în contextul dat merită problema coraportului dintre norma generală și norma specială. Potrivit unei reguli tradiționale și logice de interpretare și aplicare a dreptului, acolo unde *legea specială* nu prevede se aplică *legea generală*. Or, toate celelalte ramuri de drept privat se ocupă numai de anumite raporturi juridice speciale și conțin reguli exceptionale față de regulile generale ale dreptului civil. Astfel, completarea reglementărilor speciale cu cele din dreptul civil este destul de firească.

Desigur, pentru ca normele de drept civil să fie aplicate în calitate de drept comun este necesară respectarea a două condiții:

- în primul rând, pentru anumite relații sociale (situații) – care prin specificul lor sunt de domeniul unei alte ramuri de drept, să nu existe o reglementare expresă ori reglementarea existentă să fie insuficientă;

- în al doilea rând, normele de drept civil să fie compatibile cu specificul relațiilor ce sunt chemate să le reglementeze în calitate de drept comun.

În comparație cu dreptul civil – care este dreptul comun – celelalte ramuri ale dreptului privat constituie doar un drept special sau categorial, fără a fi și un drept derogatoriu (sau exceptional [4]). Distincția dintre dreptul comun și drepturile categoriale duce la distincția dintre normele generale sau de aplicație generală și normele speciale sau de aplicație specială.

În acest sens, subliniem că normele juridice sunt întotdeauna generale, fiindcă prin prevederile lor se instituie pentru un număr nedeterminat de persoane, reguli de conduită tipice în raport de anumite situații. Sfera situațiilor la care norma se referă ori categoria de persoane la care se aplică, poate fi mai amplă sau mai restrânsă. Astfel, unele norme se aplică tuturor persoanelor fizice pe când altele se aplică doar minorilor ori celor care exercită o anumită profesie, o anumită funcție etc.

Deci, s-ar putea spune că unele norme juridice sunt mai generale decât altele sau că unele norme sunt mai puțin generale ca altele. Pentru a evita confuzia, normele „mai generale” au fost denumite convențional *norme generale* – în înțelesul că sunt de aplicație generală – iar normele „mai puțin generale” sunt denumite *norme speciale* – în înțelesul că sunt de aplicație specială.

⁴ Dreptul special sau categorial nu trebuie confundat cu dreptul derogatoriu sau exceptional. Raportul dintre dreptul comun și cel exceptional este de excludere și nu de complinire, cum este cazul relației dintre dreptul comun și dreptul special.

Din cele de mai sus pot fi desprinse 3 idei importante:

În primul rând, caracterul general sau special al unei norme sau a unui grup de norme este stabilit prin comparare și, ca atare, rezultatul său este relativ. Aceasta înseamnă că, în funcție de elementul de comparație, o anumită normă juridică poate să apară ca fiind uneori generală, iar alteori – specială. De exemplu, prevederile Codului civil privitoare la închirierea (locațiunea) imobilelor cuprind norme generale în raport cu prevederile din *Legea cu privire la locuințe* nr. 75/2015 care reglementează locațiunea diferitor tipuri de locuințe. Dar și în această lege există prevederi cu caracter general aplicabile domeniului locuințelor, cât și prevederi cu caracter special, aplicabile doar închirierii anumitor tipuri de locuințe.

În al doilea rând, fiind vorba de o comparare, ea nu se poate face decât între norme juridice care au același domeniu de reglementare. Deci, nu se poate pune problema stabilirii unui raport general-special între normele juridice care aparțin unor ramuri de drept diferite. În acest caz, poate fi vorba, pe de o parte, despre un drept comun (dreptul civil) și, pe de altă parte, despre un drept special sau categorial.

În sfârșit, norma specială nu este lipsită de caracterul general, specific oricărei norme juridice, în înțelesul că și norma specială prescrie într-un mod abstract o anumită conduită tipică. De aceea ținând seama de faptul că ceea ce diferențiază normele generale de normele speciale este domeniul (obiectul) lor de aplicare, ele au fost numite *norme de aplicare generală* și *norme de aplicare specială*.

Rațiunea distincției. Plecând de la constatarea că atât normele generale, cât și cele speciale reglementează relații care aparțin aceleiași categorii sau aceluiași domeniu, se poate ridica problema de a ști care este justificarea acestei distincții. Răspunsul este dat de rațiunea elaborării normelor speciale, aceea de a reglementa aparte (diferit) un grup restrâns de relații sociale din cadrul aceleiași categorii. Aceasta datorită atât faptul că acel grup de relații, prin anumite trăsături speciale, se deosebește de celelalte relații din aceeași categorie, cât și datorită faptului că tocmai acele trăsături speciale prezintă un interes aparte pentru legiuitor. Prin urmare, coresunzând unei realități aparte, diferită de realitatea comună reglementată prin normele generale, normele speciale, pe de o parte, se încadrează, alături de cele generale, în trunchiul comun care este ramura de drept, iar pe de altă parte, se abat de la prevederile normelor generale. Așa fiind, se poate spune că normele gene-

rale sunt acelea care reglementează în mod obișnuit un anumit domeniu – cum ar fi relațiile ce rezultă din contractul de vânzare-cumpărare – iar normele speciale sunt acelea care reglementează, altfel decât normele generale, anumite părți ale acestui domeniu – cum ar fi relațiile ce rezultă din anumite varietăți specifice ale contractului de vânzare-cumpărare (vînzarea la licitație, vânzarea drepturilor litigioase etc.).

Referindu-ne la *utilitatea practică a acestei distincții* subliniem următoarele:

În primul rând, ori de câte ori organul de aplicare (instanța de judecată, o autoritate administrativă etc.) este chemat să opteze între aplicarea unei norme generale sau a unei norme speciale, el va aplica cu prioritate norma specială, indiferent dacă ea este mai veche sau mai nouă decât cea generală.

În al doilea rând, fiindcă au un domeniu limitat de aplicare, precizat prin însăși textul lor, normele speciale nu pot fi aplicate prin analogie la reglementarea altor relații, oricără de apropriate sau asemănătoare ar fi acestea cu cele prevăzute expres de textul normei.

În al treilea rând, în relațiile de drept privat, ori de câte ori prevederile din normele speciale sunt incomplete sau insuficiente, ele se completează cu prevederile corespunzătoare din normele generale și nu cu prevederile din alte norme speciale.

În sfârșit, independența relativă dintre normele generale și normele speciale, face ca abrogarea tacită a unei norme speciale să se poată face tot numai printr-o normă specială, deci nu printr-o normă generală. Prin urmare, apariția unei noi norme generale abrogă tacit doar norma generală anterioară, dar lasă neatinse normele speciale anterioare ei. Tot astfel, apariția unei norme speciale noi, având același obiect de reglementare cu o normă specială anterioară, o abrogă pe aceasta din urmă, dar lasă neatinse norma generală.

Prin extrapolare, aceleasi consecințe se pot reține și în cazul în care avem de a face cu normele dreptului comun pe de o parte și normele unui drept categorial (special) pe de altă parte. Aceasta nu înseamnă însă că norma de drept comun se identifică cu norma generală, iar norma categorială se identifică cu norma specială, întucăt și în cadrul dreptului comun pot exista norme generale sau, după caz, speciale la fel cum și în cadrul unui drept categorial pot exista ambele feluri de norme. Ca urmare, este corect să se vorbească despre drept comun (norme de drept comun) numai atunci cînd raportăm o anumită ramură a dreptului privat la dreptul civil și, să facem referi-

re la norme generale și norme speciale atunci când această raportare se face în cadrul aceleiași ramuri de drept, fie că este vorba de dreptul civil, fie de o altă ramură a dreptului privat.

3) *Normele de drept civil sunt cu precădere norme imperative de ordin privată și norme supletive.* Pentru a dezvolta această particularitate a normelor de drept civil, inițial vom reitera că, prin esența lor, *normele imperative* sunt acele norme juridice care „impun subiectelor de drept civil o acțiune sau le obligă la o abstenție și, sub sancțiune, nu permit să se deroge de la ele sau să nu se aplice”. Printre trăsăturile acestor norme, vom menționa:

- prin dispoziția lor, aceste norme impun fie săvârșirea unei acțiuni, fie abținerea de la săvârșirea unei acțiuni;
- persoanele (fizice și juridice) cărora normele le sunt aplicabile nu se pot sustrage sau abate de la aplicarea lor;
- nesocotirea normei atrage aplicarea unei sancțiuni.

Totodată, prezintă importanță faptul că, în general, în sistemul de drept, există norme imperative de ordin public și norme imperative de ordin privată. Distincția dintre acestea are ca criteriu principal finalitatea textului legal sau, mai exact, felul interesului ocrotit prin elaborarea normei juridice. Potrivit acestui criteriu, norma de DC este: de *ordine privată* dacă urmărește ocrotirea unui interes de ordin individual și de *ordine publică* dacă urmărește protejarea unui interes public.

Consecința acestei distincții ar consta în faptul că de la normele imperative de ordin publică părțile nu ar putea să se abată nici înainte de stabilirea raportului juridic, nici după aceea, în vreme ce de la normele imperative de ordin privată părțile ar putea să se abată, în condițiile stabilite de lege, dar numai ulterior stabilirii raportului juridic.

În practică, hotarul dintre cele două feluri de interes, cel privat și cel public, nu este întotdeauna vădit, iar terminologia folosită de legiuitor nu poate fi întotdeauna de referință. De exemplu, sunt vădit de ordin publică normele juridice care reglementează regimul juridic al bunurilor din domeniul public al statului și al unităților administrativ-teritoriale, dar tot de ordin publică sunt și normele care reglementează regimul bunurilor din domeniul privat al statului sau unităților administrativ-teritoriale, cu toate că este vorba de un domeniu privat și nu public.

În ceea ce privește normele imperative de ordin privată, posibilitatea părților de a deroga de la prevederile lor după ce raportul juridic s-a stabilit con-

stă, în realitate, în îndreptățirea acestora de a renunța la „beneficiul sancțiunii” ce rezultă din încălcarea acelei norme juridice. Aceasta deoarece încălcarea unor norme imperative care ocrotesc un interes privat, atrage sancțiuni menite să protejeze acel interes. Or, în aceste condiții, pare firesc ca acela al cărui interes este ocrotit prin prevederile normei juridice și în interesul căruia este instituită o sancțiune să poată să invoce acea sancțiune ori să renunțe la ea. Spre exemplu, încheierea unui act juridic cu încălcarea unei dispoziții legale care ocrotește un interes personal al uneia dintre părți, atrage după sine sancțiunea nulității relative a actului respectiv. Această sancțiune poate fi invocată, în principiu, doar de către partea al cărui interes este ocrotit prin norma juridică încălcată cu ocazia încheierii actului juridic. Așa fiind, respectiva parte, în funcție de interesul ei, va invoca în instanță sancțiunea nulității sau va renunța la ea și va confirma actul anulabil. Tot astfel, persoana fizică prejudiciată prin săvârșirea unei fapte ilicite poate cere autorului faptei să repare acest prejudiciu. În egală măsură însă, cel prejudiciat poate renunța la a cere să repare acest prejudiciu. Nu poate fi însă considerată admisibilă o renunțare la repararea prejudiciului, în cazul în care acesta a fost cauzat prin distrugerea sau deteriorarea unor bunuri din domeniul public sau privat al statului sau al unităților administrativ-teritoriale, din cauza caracterului de ordin publică a normelor juridice ce reglementează acest domeniu.

Astfel, ceea ce caracterizează normele imperative de ordin privată, din punctul de vedere al consecințelor încălcării, este faptul că nesocotirea lor atrage sancțiuni a căror aplicare sau neaplicarea stă, de regulă, în puterea aceluia ale cărui interese sunt ocrotite prin dispoziția normei juridice încălcate. În schimb, ceea ce caracterizează normele imperative de ordin publică, tot din punctul de vedere al consecințelor încălcării, este, pe de o parte, faptul că nesocotirea lor atrage sancțiuni ce pot fi invocate de către orice persoană sau autoritate care are un interes legitim, iar dacă este cazul și de către instanța de judecată din oficiu și, pe de altă parte, faptul că nu se poate renunța la aplicarea acestor sancțiuni.

Din cele menționate, pot fi deduse următoarele idei:

- nu orice normă imperativă este și de ordin publică;
- în măsura în care au un caracter imperativ, normele de drept civil sunt, cu prioritate, de ordin privată, întrucât relațiile reglementate prin intermediul lor sunt de natură privată.

Norme onerative. În funcție de felul conduitei pe care o prescriu, normele imperative – indiferent că sunt de ordină publică sau privată – au fost grupate în *norme onerative* și *norme prohibitive*.

Normele onerative sunt normele juridice care, prin dispoziția lor expresă sau implicită, impun săvârșirea unei acțiuni. Este de observat în context că în materia civilă contractuală, acestea nu impun însăși săvârșirea acțiunii ci, mai degrabă, modul ei de săvârșire. Este o realitate ce se explică prin rolul deosebit pe care libertatea de voință a părților îl are în ceea ce privește stabilirea raporturilor juridice civile. În virtutea acestei libertăți părțile pot să acționeze sau să se abțină. Însă, atunci când părțile s-au hotărât să acționeze, legea intervine prin dispoziții care impun un anumit mod de realizare a acestei acțiuni, pentru a proteja astfel fie interesele părților, fie ale terților, fie chiar unele interese cu caracter general. Spre exemplu, legea civilă obligă părțile în cazul donării de bunuri imobile să întocmească acte autentice. Prin urmare, legea nu impune și nici nu poate impune vreodată încheierea unui contract de donație, însă ea obligă părțile care s-au decis cu privire la încheierea unui astfel de contract să recurgă la forma înscrisului autentic și condiționează, de respectarea acestei forme, însăși valabilitatea contractului.

Norme prohibitive. Sunt *prohibitive* acele norme juridice care interzic, expres sau implicit, o anumită conduită a persoanelor fizice sau juridice. În cazul raporturilor contractuale, asemenea norme intervin, de regulă, pentru a aduce anumite restrângerii fie libertății contractuale, fie capacitatii de a contracta. Spre exemplu, art. 993 alin. (7) din Codul civil al RM prevede: „Obligarea la încheierea unui contract este interzisă”. Desigur, norme prohibitive se conțin și în alte instituții de drept civil. Bunăoară, potrivit art. 6 alin. (3) din Cod: „Nu se admite aplicarea prin analogie a normelor care limitează drepturile civile sau care stabilesc răspundere civilă”.

În privința faptelor juridice ilicite, Codul civil cuprinde o normă prohibitivă de maximă generalitate (art. 1998 alin. (1)): „Cel care acționează față de altul în mod ilicit, cu vinovătie este obligat să repare prejudiciul patrimonial”. Cu toate că partea finală a textului pare să sugereze că suntem în prezența unei *norme onerative*, din moment ce obligă pe autorul faptei ilicite să repare prejudiciul ce îl cauzează altuia, în realitate suntem în prezența unei *norme prohibitive*, deoarece prin dispoziția sa ea interzice tuturor persoanelor să săvârșească o faptă ce ar cauza altuia un prejudiciu. Deci, obligația de a repara prejudiciul cauzat, nu este altceva decât sancțiunea specifică acestei norme.

Dincolo de normele imperative, legea civilă este constituită în cea mai mare parte din *norme dispozitive*, care de asemenea necesită o atenție distinctă. Potrivit teoriei generale a dreptului, sunt *norme dispozitive* normele de la care părțile se pot abate, fără vreo consecință juridică, sau care se aplică doar atunci când părțile raportului juridic nu au stabilit, prin acordul lor de voințe, drepturi și obligații difierite de cele prevăzute de norma juridică.

La rândul lor, normele dispozitive sunt grupate în *norme permisive* și *norme supletive*.

Normele permisive sunt acelea care nu impun o anumită conduită, ci permit subiectelor de drept să aleagă singure conduită. Este de observat că categoria dată de norme juridice este una teoretică având ca unic criteriu de constituire modul de exprimare a legiuitorului. În doctrină se consideră că atunci când într-un text de lege se folosesc cuvinte de genul: „pot”, „poate”, „vor putea” sau altele asemenea, suntem în prezența unei norme permisive. La fel, în raporturile contractuale, datorită principiului libertății contractuale – în virtutea căruia, practic, este permis tot ceea ce nu este interzis în mod expres – normele permisive au o pondere restrânsă. Astfel de norme sunt utile mai ales atunci când se instituie excepții de la anumite norme sau reguli cu caracter prohibтив.

Totodată este de observat că prin prevederile normelor permisive se consacră – de regulă, dar nu exclusiv – fie dreptul (subiectiv) unei persoane de a săvârși un fapt juridic, fie dreptul unei persoane de a interveni într-un act unilateral într-o situație juridică ce privește interesele altelei persoane, fie dreptul unei persoane de a alege (opta) între două variante de a acționa. Spre exemplu, proprietarul își poate îngădăi proprietatea; mandantul poate să-și revoce mandatul când dorește etc.

Important este că norma permisivă are caracter permisiv numai față de persoana căreia îi conferă un anumit drept, încrucișând exercitarea sau neexercitarea acestui drept stă în puterea titularului său. Față de celelalte persoane însă, dispoziția normei are caracter imperativ, fiindcă acestea nu se pot opune exercitării dreptului prevăzut de respectiva normă. Spre exemplu, dacă proprietarul își îngădește proprietatea, vecinii nu se pot opune; dacă mandatarul revocă mandatul, mandatul este obligat să se supună; dacă debitorul unei obligații alternative alege să execute obligația prin predarea unuia dintre bunuri, creditorul este obligat să primească ceea ce i se predă. Prin urmare, normele permisive se caracterizează, de regulă, prin aceea că ele conferă cuiva dreptul sau pu-

terea de a acționa unilateral, deci necondiționat de voința altei persoane.

Din categoria normelor civile dispozitive fac parte și *normele suplette*. Rostul lor este de a suplini voința părților, atunci când aceasta nu a fost exprimată suficient la încheierea unui contract. Existența acestei categorii de norme juridice apare ca o necesitate în contextul libertății contractuale, care oferă părților posibilitatea de a încheia acele contracte pe care ele le voiesc și de a stabili conținutul acestora. Or, în multe cazuri, părțile nu pot sau nu vor, la data încheierii contractului, să prevadă toate situațiile ce se vor ivi în raporturile dintre ele și, în consecință, nu cuprind în contract clauze care să reglementeze aceste situații. Altfel spus, de multe ori contractul este incomplet.

Așa fiind, legiuitorul a instituit, preventiv, o categorie specială de norme juridice menite să umple „golurile” contractuale și care sunt denumite sugestiv *norme suplette*. De exemplu, executarea contractului de vânzare-cumpărare implică, printre altele, o seamă de cheltuieli legate de predarea și ridicarea bunurilor vândute, cheltuieli a căror reparațizare între părți se va face potrivit înțelegerei acestora. Astfel, părțile se pot înțelege ca toate cheltuielile să fie suportate de către vânzător ori de către cumpărător, la fel cum se pot înțelege ca fiecare să suporte o jumătate sau o anumită parte din aceste cheltuieli. În cazul în care părțile nu prevăd nimic în acest sens, legiuitorul intervine cu dispoziții suplette: art. 1109 și 1110 din Codul civil⁵.

Prin urmare, normele suplette reprezintă voința presupusă a părților și se caracterizează prin aceea că au întotdeauna – cât privește aplicarea lor – un caracter subsidiar față de voința părților exprimată în clauzele contractuale, adică își găsesc aplicare doar atunci când părțile nu și-au exprimat voința.

⁵ **Articolul 1109.** *Cheltuielile de vînzare a unui bun mobil:* (1) Cheltuielile de predare a bunului mobil, în particular de măsurare, cîntărire și ambalare, sănătatea și sarcina vînzătorului, iar cheltuielile de primire și transportare a bunului din locul încheierii contractului de vînzare-cumpărare în alt loc sănătatea și sarcina cumpărătorului, dacă în contract nu este prevăzut altfel. (2) În cazul în care contractul de vînzare-cumpărare a unui bun mobil trebuie autentificat sau dreptul de proprietate dobîndit prin contract este supus, conform legii, înregistrării într-un registru de publicitate, cumpărătorul suportă costul autentificării notariale, al înregistrării în registru de publicitate respectiv și al transferului proprietății. **Articolul 1110.** *Cheltuielile de vînzare a unui bun imobil:* În cazul cumpărării unui teren sau unui alt bun imobil, cheltuielile de întocmire, autentificare notarială și de înregistrare în registru bunurilor imobile a dreptului de proprietate dobîndit prin contractul de vînzare-cumpărare, precum și cheltuielile de preluare a documentelor necesare, sănătatea și sarcina cumpărătorului.

S-ar putea spune că o sancțiune specifică a normelor suplette este tocmai includerea lor „de drept” și tacit, dacă este cazul, în conținutul contractului.

Important este că normele suplette nu pot fi încălcate prin încheierea contractului, aşa cum pot fi încălcate normele imperitive. Normele suplette pot fi încălcate numai după ce ele și-au găsit aplicare ca urmare a încheierii unui anumit contract, întrucât nerespectarea (încălcarea) lor se traduce, în cele din urmă, într-o nerespectare a clauzelor contractuale, ceea ce poate atrage răspunderea contractuală.

Ponderea normelor cu caracter supletiv în ansamblul reglementărilor legale din materia contractelor, nu trebuie să conducă la ideea că părțile s-ar bucura de puteri discreționale. Ordinea și echitatea în acest domeniu sunt garantate și prin alte categorii de norme, mai ales prohibitive.

În concluzie, subliniem importanța deosebită a tuturor aspectelor invocate (argumentate cu precădere de autorii români Reghini I., Diaconescu S., Vasilescu P. [4]), atât pentru cunoașterea esenței și conținutului normelor civile, cât mai ales pentru formarea de abilități de aplicare practică corectă a acestora.

Bibliografie

1. Belei G. *Drept civil. Partea generală*. București: All Beck, 2001.
2. *Codul Civil al Republicii Moldova* aprobat prin Legea nr. 1107 din 06.06.2002. Republicat în: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 467-479 din 2018.
3. Deleanu I. *Tratat de procedură civilă*. Vol. I. Arad: Servo-Sat, 2003.
4. Reghini I., Diaconescu S., Vasilescu P. *Introducere în dreptul civil*. Ed. a 2-a. Cluj-Napoca: Sfera Juridică, 2008.
5. Drăghici S. *Fundamentele constituționale ale dreptului civil*. București: C.H. Beck, 2010.

DESPRE AUTOR/ABAUT AUTHOR
IACUB Irina,

doctor în drept, conferențiar universitar interimar,
Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

Doctor in Law, Associate Professor
Institute of Criminal Sciences and Applied
Criminology
e-mail: irinaiacub@mail.ru.

УДК 346.62

ЦИФРОВА ВАЛЮТА ЦЕНТРАЛЬНОГО БАНКУ: ОСОБЛИВОСТІ ВПРОВАДЖЕННЯ ТА ВПЛИВ НА ГРОШОВО-КРЕДИТНУ ПОЛІТИКУ

Тетяна ГУДІМА

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу модернізації господарського права та законодавства Інституту економіко-правових досліджень Національної академії наук України

У статті досліжено деякі особливості впровадження цифрової валюти Центрального банку (далі – ЦВЦБ) та її вплив на грошово-кредитну політику держави. Доведено, що одним з найважливіших питань на тлі тривалої цифровізації платіжних засобів залишається винайдення балансу між певним ступенем конфіденційності при здійсненні розрахунків та одночасним забезпеченням дотримання норм щодо протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму. Розглянуто можливості винайдення цього балансу шляхом застосування «ваучерів анонімності». Аргументовано доцільність обслуговування ЦВЦБ (синтезованої ЦВЦБ) контролюваннями, з боку Центрального банку, фінансовими установами («вузькими банками»). Доведено, що задля забезпечення позитивного впливу ЦВЦБ на грошово-кредитну політику, необхідним є повний перехід до цього виду валюти.

Ключові слова: цифрова валюта Центрального банку, грошово-кредитна політика, ваучери анонімності, вузькі банки, конфіденційність.

CENTRAL BANK DIGITAL CURRENCY: PECULIARITIES OF IMPLEMENTATION AND IMPACT ON MONETARY POLICY

Tetiana HUDIMA,

PhD in Law, Senior Researcher of Department of Modernization of Business Law and Legislation of Institute of Economic and Legal Research of the National Academy of Sciences of Ukraine

The article explores some peculiarities of the introduction of the Central Bank digital currency (hereinafter - the CBDC) and its influence on the monetary policy of the state. It has been proven that one of the most important issues against the background of the prolonged digitization of payments is finding a balance between a certain degree of confidentiality in the settlement process and at the same time ensuring compliance with anti-money laundering and terrorist financing rules. Possibilities of finding this balance by applying "anonymity vouchers" are considered. The feasibility of servicing the CBDC (synthesized CBDC) by financial institutions ("narrow banks") controlled by the Central Bank is argued. It is proved that in order to ensure the positive influence of the Central Bank on monetary policy, a full transition to this type of currency is necessary.

Keywords: Central Bank digital currency, monetary policy, anonymity vouchers, narrow banks, confidentiality.

MONEDA DIGITALĂ A BĂNCII CENTRALE: CARACTERISTICI ALE IMPLEMENTĂRII ȘI IMPACTULUI ASUPRA POLITICII MONETARE

Articolul explorează unele particularități ale introducerii monedei digitale a Băncii Centrale (în continuare - CSB) și a influenței sale asupra politiciei monetare a statului. S-a dovedit că una dintre cele mai importante probleme pe fundalul digitalizării prelungite a plășilor este găsirea unui echilibru între un anumit grad de confidențialitate în procesul de decontare și, în același timp, asigurarea respectării normelor anti-spălare de bani și a finanșării terorismului. Sunt luate în considerare posibilitățile de a găsi acest echilibru prin aplicarea „bonurilor de anonimat”. Se argumentează fezabilitatea serviciului CSB (CSB sintetizat) de către instituțiile financiare („băncile înguste”) controlate de Banca Centrală. Este dovedit că pentru a asigura influență pozitivă a Băncii Centrale asupra politiciei monetare, este necesară o tranziție completă la acest tip de monedă.

Cuvinte-cheie: monedă digitală a Băncii Centrale, politică monetară, bonuri de anonimat, bănci înguste, confidențialitate.

Невідповідність заявлених Центральними банками багатьох країн світу (як з розвиненою економікою (Японія, США, Країни Європейського союзу), так і країн, що розвиваються (Україна)) цілей щодо інфляції, поставило на по-

рядок денний доцільність зміщення акцентів з розробки ефективної та прозорої грошово-кредитної політики (далі – ГКП), яка забезпечувала б низьку і стабільну інфляцію, на зміну грошової системи тієї чи іншої країни, таким чином, щоб забезпечи-

ти збереження стабільності цін і прискорення економічного зростання навіть в умовах серйозних фінансових потрясінь. Одним з можливих рішень в цьому напрямку вважають ЦВЦБ. За відповідних умов вона може виконувати основні функції грошей (зокрема, служити стабільною розрахунковою одиницею, а також надійним засобом обміну та збереження вартості), а процентна ставка в даному випадку - виступати в якості ефективного інструменту грошово-кредитної політики [1]. В тому числі з цих підстав, за останні п'ять років особливості випуску та впровадження ЦВЦБ стали об'єктом досліджень не тільки серед монетарних економістів та центральних банків багатьох країн світу (Швеції, Китаю, Європейського Центрального банку та інших), а й серед зарубіжних і вітчизняних вчених.

На сьогодні різні проблемні аспекти випуску ЦВЦБ знайшли відображення в роботах G. Gorton, A. Metrick, D. Кочергіна, А. Кудя, А. Янгірової, S. Dow, M. Bordo, A. Levin та багатьох інших. Пере-важно вчені звертають увагу на негативні ефекти, до яких може привести впровадження даного виду валюти у практичну сферу, як-то відсутність попиту, через порушення ознаки конфіденційності при здійсненні розрахунків із її використанням, дезінтермедіація банків тощо. Водночас залишаються без відповіді питання щодо мінімізації або усунення зазначених негативних ефектів, зокрема, належними засобами правового регулювання. Це актуалізує проведення дослідження за відповідним напрямом та зумовлює **мету** роботи.

Одним з найважливіших питань на тлі триваючої цифровізації платіжних засобів залишається винайдення балансу між певним ступенем конфіденційності при здійсненні розрахунків та одночасним забезпеченням дотримання норм щодо протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму.

Безперечно, на перший погляд забезпечення конфіденційності при здійсненні розрахунків може вдаватися важливим і затребуваним аспектом, як з боку громадян, так і з боку суб'єктів господарювання (що, між тим, доводиться підвищеним інтересом до криптовалют). Але, наскільки виправданою можна вважати вимогу конфіденційності на тлі зловживань, які наразі відбуваються за допомогою анонімних цифрових валют.

Красномовним прикладом в даному випадку є різноманітні програми – вимагачі (Ryuk, GrandCrab, Rapid, Locky, Cerber тощо), що спеціалізуються як на окремих особах та крупних підприємствах, так і на урядових організаціях багатьох країн світу [2]. За їх допомогою вірус

потрапляє на комп’ютер, шифрує файли і вимагає сплатити відповідну суму біткоїнів в обмін на ключ для зворотного розшифрування. В даному випадку перерахування викупу за допомогою банківської системи залишає «паперовий» слід і можливість отримання інформації про рахунки та особисті дані шахраїв. В свою чергу, готівкові кошти, (які хоч і відповідають певному ступеню анонімності) потребують фізичної передачі, яку легко відстежити. Криптовалюти в даному випадку мають перевагу в тому, що вони є відносно анонімними, як готівкові гроші, а також дозволяють шахраям зберігати безпечну відстань від своїх жертв - платежі в біткоїнах можуть здійснюватися дистанційно.

Тільки, в Великобританії за перші шість місяців 2019 року спостерігалося зростання кількості випадків зараження програмного забезпечення підприємств за допомогою шахрайських програм - «вимагачів» на 195% у порівнянні з попереднім роком, а їх вимоги загалом обчислюються в мільярдах доларів [2].

При цьому, слід звернути увагу на те, що повна відсутність анонімності при здійсненні розрахунків несе в собі подібні загрози. Кредитні, дебетові картки і онлайн-гаманці передають значні обсяги особистої інформації роздрібним продавцям, платіжним системам, урядам і багатьом іншим. Зокрема, на окремих веб-сайтах візуалізовано процес того, як, наприклад, PayPal ділиться персональною інформацією [3]. Навіть у разі, якщо треті сторони (платіжні системи) уникатимуть зловживанню особистою інформацією клієнтів, існують ризики її отримання злочинним шляхом і подальше використання в шахрайських цілях.

Зважаючи на це та з метою внесення вкладу в дискусію на відповідну тему, в грудні 2019 року Європейська система центральних банків спільно з Європейським Центральним банком провели дослідження і запропонували концепцію часткової анонімності ЦВЦБ - «Exploring anonymity in central bank digital currencies» [4]. Незважаючи на те, що документ не є орієнтованим на практичну реалізацію і не передбачає прийняття будь-якого рішення про перехід на ЦВЦБ, подібні ініціативи являють собою позитивне зрушення у напряму забезпечення законодавчо закріпленим «права людини на недоторканність приватного життя» (яке визнане в Загальній декларації прав людини ООН, Міжнародному пакті про громадянські й політичні права та в багатьох інших міжнародних і регіональних угодах) та міжнародних стандартів з протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму.

Автори вищезазначененої концепції пропонують спрощену платіжну систему ЦВЦБ, яка надає її користувачам (громадянам/суб'єктам господарювання) певний ступінь конфіденційності для транзакцій на невеликі суми, в той же час гарантуючи, що транзакції з великими сумами підлягають обов'язковій перевірці. Це досягається за допомогою «ваучерів анонімності», які можуть бути використані протягом певного часового періоду (на приклад, місяця). Якщо користувачі хочуть зробити анонімний платіж, вони повинні докласти вайчер до кожного запиту на оплату. При цьому ані центральний банк-емітент, ані органи по боротьбі з відмиванням грошей не зможуть відстежити особу платника. У разі використання відповідної кількості «ваучерів анонімності» всі наступні платежі (в незалежності від суми) підлягають ідентифікації та фінансовому моніторингу. *В даному випадку було б більш доцільним встановити анонімність на відповідний розмір платежу (без прив'язки до ваучеру або з ним, якщо цього вимагає автоматизована система) наприклад, за умови та у межах тих сум, що передбачені Регламентом (ЄС) 2015/847 (про інформацію, що супроводжує грошові перекази) та Директиви (ЄС) 2015/849 (про запобігання використанню фінансової системи для цілей відмивання грошей або фінансування тероризму).*

Обмеження конфіденційності, таким чином, забезпечуємо фільтрацію платежів на великих сумах, адже в більшості випадків саме вони можуть використовуватися у відповідних цілях.

Попередження дезінтермедіації банків. Щодо ризиків дезінтермедіації, то вони обумовлені в першу чергу тим, що використання ЦВЦБ є можливим за умови відкриття рахунків безпосередньо у Центральному банку. Такий підхід нагадує більш ранню епоху, коли деякі приватні особи мали рахунки в Банку Англії. Проте, представляється небажаним, щоб центральний банк почав прямо конкурувати з комерційними банками у відкритті та обслуговуванні рахунків (зокрема, депозитних), особливо в тих випадках, коли він (центральний банк) одночасно виступає регулятором банківської діяльності [5]. Існує вірогідність того, що це призведе до: (1) порушення принципів ринкової економіки (зокрема, в частині захисту конкуренції у підприємницькій діяльності, недопущення зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції); (2) виникнення ризиків фінансової стабільності (особливо, коли в умовах кризових ситуацій вкладники будуть обмінювати кошти на ЦВЦБ та переводити їх на

рахунки регулятора) (3) необхідності розширення сфери компетенції НБУ, що, як наслідок, зумовлюватиме потребу у запровадженні додаткових рівнів підзвітності і, можливо, різних стандартів державного контролю стосовно проведення ним ГКП (особливо якщо ЦВЦБ емітована для роздрібних цілей).

Одним із можливих шляхів попередження подібної ситуації, можна вважати концепцію синтетичної ЦВЦБ (сЦВЦБ).

У новому звіті Міжнародного валютного фонду Tobias Adrian i Tommaso Mancini Griffoli [6] відзначають можливість синтезувати версію ЦВЦБ, дозволяючи фінансовим компаніям («вузым банкам» [7]) відкривати рахунки в Центральному банку та здійснювати посередницьку діяльність з обслуговування та ведення рахунків громадян та суб'єктів господарювання на базі власної установи. Іншими словами, кожний долар або одиниця в іншій валюті на рахунку клієнта фінансової компанії завжди підкрайплюватиметься доларом або одиницею в іншій валюті на її (фінансової компанії) резервному рахунку в Центральному банку. Основна відмінність між ЦВЦБ і сЦВЦБ полягає у визначені суб'єкта, який підтримує кінцеві відносини з клієнтом, а саме Центральний банк або фінансовий посередник. На сьогодні така ідея отримала підтримку багатьох вчених [5]. До речі, концепцією часткової анонімності ЦВЦБ – «Exploring anonymity in central bank digital currencies» також передбачено здійснення операцій через посередників [4]. Перевага такого підходу вбачається в тому, що замість одного монополіста щодо випуску і обслуговування ЦВЦБ (тобто, центрального банка), грошова система отримує ряд конкурючих у формуванні та наданні інноваційного продукту провайдерів цифрової валюти («вузым банків») [8].

Синтетичний ЦВЦБ надаватиме кілька функцій приватному сектору (вибір технологій, управління клієнтами, перевірка, ідентифікація та моніторинг клієнтів (в тому числі для цілей попередження операцій з відмивання грошей і фінансування тероризму), забезпечення відповідності операцій нормативним вимогам і даним управління тощо), а також перекладатиме на нього (приватний сектор) всі можливі витрати та ризики, пов'язані із здійсненням цих функцій.

Зв'язок між «вузыми банками» і ЦВЦБ можна простежити в роботах John Cochrane's, який зауважує на тому, що фінансові посередники є краще підготовленими для роботи з роздрібними клієнтами (фізичними та юридичними особами, діяльність яких не є пов'язаною із банківською).

Центральний банк, в першу чергу, має опікуватися проблемами економіки, а не власною підприємницькою діяльністю [9].

Отже, аналіз доводить, що *рахунки в ЦВЦБ мають обслуговуватися контролюваними (з боку Центрального банку) фінансовими установами («вузькими банками»)*. Такий підхід стимулюватиме конкуренцію між постачальниками цифрових грошей і захищатиме конфіденційність окремих транзакцій (від державних органів), одночасно сприяючи належному правозастосуванню. Звичайно, фізичні особи та суб'екти господарювання повинні мати право зберігати кошти в приватних фінансових установах і здійснювати платіжні операції з використанням приватних форм оплати або паперових грошей. Переход на ЦВЦБ було б доцільно здійснювати поступово, уdosконалюючи характеристики та властивості даного виду валюти і, як наслідок, збільшуючи природній (не примусовий) переход на неї.

Що означатиме повна цифровізація платіжної системи для грошово-кредитної політики? Повний переход на ЦВЦБ здатен позитивно вплинути на грошово-кредитну політику, а саме:

(1) сприятиме систематичному та прозорому проведенню грошово-кредитної політики, тим самим створюючи передумови для підвищення ефективності механізму грошово-кредитної політики і підвищення підзвітності Центрального банку виборним посадовцям і громадськості. В даному випадку процентна ставка по цифровим коштам могла б бути основним інструментом грошово-кредитної політики. Зокрема, регулятивні органи (Центральні банки) матимуть змогу знижувати або підвищувати ринкові процентні ставки у відповідь на фінансові шоки або покращення ситуації на фінансовому ринку;

(2) призведе до усунення ризику відтоку капіталу з банківської системи у разі виникнення кризових ситуацій (оскільки вкладники не матимуть змоги вилучити готівку з банківського обігу та зберігати її вдома). Це в свою чергу зменшуватиме затребуваність інституту кредитора останньої інстанції.

Втім для досягнення вищезазначених ефектів необхідним є повний переход до ЦВЦБ. В протилежному випадку, існування можливості її конвертації в готівкові кошти може швидко відновити актуальність останніх, наприклад у разі, якщо процентні ставки за ЦВЦБ стануть негативними або загостриться проблема безпеки банківської системи. А, отже, часткова цифровізація платіжної системи не здатна привести до якісних змін у грошово-кредитній політиці.

Отже, підводячи підсумок вищеприведеному аналізу, можна дійти **наступних висновків:**

1. Одним з найважливіших питань на тривалої цифровізації платіжних засобів залишається винайдення балансу між певним ступенем конфіденційності при здійсненні розрахунків та одночасним забезпеченням дотримання норм щодо протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму. Тому, запропонована Європейською системою центральних банків спільно з Європейським Центральним банком концепція часткової анонімності ЦВЦБ - «Exploring anonymity in central bank digital currencies» шляхом застосування «ваучерів анонімності» являє собою позитивне зрушення у напряму забезпечення законодавчо закріплених «прав людини на недоторканність приватного життя» (та міжнародних стандартів з протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму. *Але в даному випадку було б більш доцільним встановити анонімність на відповідний розмір платежу (без прив'язки до ваучеру або з ним, якщо цього вимагає автоматизована система)* наприклад, наприклад за умови та у межах тих сум, що передбачені Регламентом (ЄС) 2015/847 (про інформацію, що супроводжує грошові перекази) та Директиви (ЄС) 2015/849 (про запобігання використанню фінансової системи для цілей відмивання грошей або фінансування тероризму). Обмеження конфіденційності, таким чином, забезпечуватиме фільтрацію платежів на великі суми, адже в більшості випадків саме вони можуть використовуватися у відповідних цілях.

2. Рахунки в ЦВЦБ було б доцільно обслуговувати контролюваними (з боку Центрального банку) фінансовими установами («вузькими банками»). Такий підхід стимулюватиме конкуренцію між постачальниками цифрових грошей і захищатиме конфіденційність окремих транзакцій (від державних органів), одночасно сприяючи належному правозастосуванню. Звичайно, фізичні особи та суб'екти господарювання повинні мати право зберігати кошти в приватних фінансових установах і здійснювати платіжні операції з використанням приватних форм оплати або паперових грошей. Переход на ЦВЦБ було б доцільно здійснювати поступово, уdosконалюючи характеристики та властивості даного виду валюти і, як наслідок, збільшуючи природній (не примусовий) переход на неї.

3. З метою забезпечення позитивного впливу ЦВЦБ на грошово-кредитну політику, необхідним є повний переход до цього виду валюти. В протилежному випадку, існування можливості її конвертації в готівкові кошти може швидко відновити

ти актуальність останніх. Часткова цифровізація платіжної системи не здатна привести до якісних змін у грошово-кредитній політиці.

Список використаної літератури

1. Bordo M. D., Levin A. Central Bank Digital Currency and the Future of Monetary Policy. Economics Working Paper. August 2017 Stanford, Calif.: Hoover Institution Press. 30 p.
2. Dale Walker. The most popular ransomware strains targeting UK businesses. 2019. URL: <https://www.itpro.co.uk/ransomware/34642/the-most-popular-ransomware-strains-targeting-uk-businesses>
3. How PayPal Shares Your Data. URL: <https://rebeccaricks.com/paypal-data/>
4. Exploring anonymity in central bank digital currencies. In Focus. Issue № 4. 2019. URL:https://www.ecb.europa.eu/paym/intro/publications/pdf/ecb_mipinfocus191217.en.pdf
5. Michael D. Bordo and Andrew T. Levin. Improving the Monetary Regime: The Case for U.S. Digital Cash. Cato Journal. 2019. URL: <https://www.cato.org/cato-journal/springsummer-2019/improving-monetary-regime-case-us-digital-cash>
6. Tobias Adrian, Tommaso Mancini Griffoli. The Rise of Digital Money. FinTech Notes. № 19/001. July 15, 2019.

URL: <https://www.imf.org/en/Publications/fintech-notes/Issues/2019/07/12/The-Rise-of-Digital-Money-47097>

7. Robert E. Litan. What Should Banks Do? Brookings Institution Press. 1987. 208 p.

8. Koning J.P. Who Should Provide Central Bank Digital Currency? September 1, 2019. URL: <https://www.aier.org/article/who-should-provide-central-bank-digital-currency/>

9. John Cochrane's. Fed Nixes Narrow Banks Redux. 2019. URL: <https://johncochrane.blogspot.com/2019/05/fed-nixes-narrow-banks-redux.html>

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА
ГУДІМА Тетяна Степанівна
кандидат юридичних наук, старший науковий
співробітник відділу модернізації господарського
права та законодавства Інституту економіко-
правових досліджень Національної академії наук
України;

AUTHOR INFORMATION
HUDIMA Tetiana Stepanivna
PhD in Law, Senior Researcher of Department of
Modernization of Business Law and Legislation of
Institute of Economic and Legal Research of the
National Academy of Sciences of Ukraine;
gudima.t@ukr.net

UDC 347.4.3.

TEMPORARY MANIFESTATIONS OF LEGAL DETERMINATION IN PRIVATE EUROPEAN LAW

Petro GUYVAN

PhD in Law, Honored Lawyer of Ukraine,
Professor of the Poltava Institute of Business

This article analyzes the doctrinal approaches to the essence and content of the category of "legal certainty" in the European and Ukrainian legal systems. Its basic principles and the application procedure at the stages of law-making and law enforcement are studied. The individual constituent elements of legal certainty are investigated with the aim of achieving theoretical and practical uniqueness of their content and purpose in legal regulation. Particular attention is paid to the temporal factors that are part of the commented principle and affect the certainty of a legal norm and a court decision in view of their movement in time. The practice of using legal certainty in national law is analyzed, specific recommendations for the adaptation of European principles to it are proposed.

Keywords: *legal certainty, reverse action of law, promulgation of legal act, stability of law.*

ВРЕМЕННЫЕ ПРОЯВЛЕНИЯ ПРАВОВОЙ ОПРЕДЕЛЕННОСТИ В ЧАСТНОМ ЕВРОПЕЙСКОМ ПРАВЕ

Петр ГУЙВАН,

кандидат юридических наук, заслуженный юрист Украины,
профессор Полтавского института бизнеса

В этой статье осуществлен анализ доктринальных подходов к сущности и содержанию категории «юридическая определенность» в европейской и украинской системах права. Изучены основные ее принципы и порядок применения на этапах правотворчества и правоприменения. Исследованы отдельные составляющие элементы правовой определенности с целью достижения теоретической и практической однозначности их содержания и назначения в правовом регулировании. Особое внимание уделено темпоральных факторам, которые входят в состав комментируемого принципа и влияют на определенность правовой нормы и судебного решения ввиду их движение во времени. Проанализирована практика использования правовой определенности в национальном праве, предложены конкретные рекомендации для адаптации к нему европейских принципов.

Ключевые слова: юридическая определенность, обратное действие закона, обнародование правового акта, стабильность права.

MANIFESTĂRI TEMPORARE DE SECURITATE JURIDICĂ ÎN DREPTUL EUROPEAN PRIVAT

Acest articol analizează abordările doctrinale privind esența și conținutul categoriei de „securitate juridică” în sistemele juridice europene și ucrainene. Sunt studiate principiile sale de bază și procedura de aplicare în etapele legii și aplicarea legii. Elementele constitutive individuale ale securității juridice sunt cercetate cu scopul de a realiza unicitatea teoretică și practică a conținutului și scopului lor în reglementarea legală. O atenție deosebită se acordă factorilor temporari care fac parte din principiul comentat și afectează certitudinea unei norme legale și a unei decizii judecătoarești având în vedere mișcarea lor în timp. Practica utilizării securității juridice în dreptul național este analizată, sunt propuse recomandări specifice pentru adaptarea principiilor europene la aceasta.

Cuvinte-cheie: securitate juridică, efect invers al legii, promulgarea unui act juridic, stabilitatea dreptului.

Formulation of the problem. One of the main principles in the system of general principles of law is the principle of legal certainty. The requirement of certainty is one of the most important presented by a person to law. Its importance has long been recognized by European culture [1, p. 38]. According to the generally recognized paradigm, it is considered an essential element of the rule of law. In fact, the ideology and components of the rule of law are not always fixed in international legal acts, na-

tional constitutions and specific laws, but the application of these categories is required because it provides concrete and effective protection of human rights on the basis of justice. Therefore, a significant role in the construction and legal consolidation of the real content of certain principles of the rule of law belongs to legal science and judicial practice of European and national law enforcement institutions. This directly concerns the legal essence of the principle of legal certainty, the application of which guarantees the clarity

of the grounds, goals, clarity and unambiguity of the content of regulatory requirements, especially those addressed directly to citizens. A person in accordance with the requirements of this principle, guided by legal acts, should be able to confidently provide for the legal consequences of his behavior. Legal certainty is also called to ensure stability of legal relations, predictability, stability and invariability of court decisions, it is an integral part of the effective protection of participants in public relations. Thus, the achievement of legal certainty in the field of lawmaking and law enforcement leads to the optimal observance and protection of human rights. At the same time, there is a risk that, being too regulated, legal certainty may cause excessive rigidity, and the impossibility of achieving absolute certainty in drafting laws and administering justice will stretch. Consequently, studies of legal nature continue to be relevant.

Relevance of the topic. The protection of citizens' rights by judicial means is guaranteed on the basis of constitutionally determined principles of legal proceedings, as set forth in Art. 129 of the Basic Law. The law enforcement body, while administering justice, is independent and is guided by the rule of law. Despite the fact that in the new edition of the Basic Law the mention of legality is removed from the text of this norm, it is still presumed. This is because it is law that is the basis of the rule of law in the state, and law is the main source of the legal system and the law itself. At the same time, the new version of the Constitution, responding to the needs of the time, regulated the temporal characteristics of a fair trial, including in its basic principles of justice a new one: "on a reasonable time for a court to consider a case". Its appearance, as is commonly believed, is due to the signing by Ukraine of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, in art. 6 of which the person's right to a fair trial is postulated in such a way that it includes as an integral part the right to a reasonable period of consideration of the case. In our opinion, the causal relationship here is somewhat different, because Ukraine introduced the Convention and judicial practice of the European Court of Human Rights (ECHR) into its national legislation in 2006 by its law. In fact, it has become frankly obvious that without regulatory changes, despite all good intentions, nothing will change. As dry statistics show, the number of complaints from citizens of Ukraine related to exceeding a reasonable time frame for proceedings in cases considered by the ECHR is growing. At the same time, as a rule, citizens complain about the duration of the examination in excess of five, seven, or even ten years. Consequently, the issue has become even more relevant.

The state of the study. In the scientific literature, quite a lot of attention has been devoted to the issues of legal justification of the principle of legal certainty and its constituent elements. The works of such scientists as L. Bogacheva, L. Entin, V. Cairns, V. Opryshko, A. Klimovich, P. Rabinovich, A. Soloviev, D. Suprun, L. Timchenko, S. Fedik, S. Pogrebnyak, A. Tatam and others should be mentioned. However, the works of these researchers mainly relate to the effectiveness of engaging in the commented legal principle as a legal category, which has a threefold nature: law-making, law-enforcement and interpretation. Meanwhile, the question of the nature and sources of legal support and adaptation to the Ukrainian realities of the principle of legal certainty is not given enough attention to scientists. It should also be noted the practical lack of comprehensive scientific research on the temporal manifestations of this principle and their effectiveness in specific enforcement. This work is **aimed at studying this issue**, which will allow us to develop a separate concept regarding the certainty of legal acts and court decisions in terms of their application and operation in time.

Statement of the main material. The historical sources of the phenomenon under consideration relate to the Greek concept of legal certainty, which is associated with the idea of the certainty of the law. At that time, all the laws were "defined" (that is, precisely formulated and written down), although no one was sure of the stability of such a law, which could lose force as a result of the adoption of a new one. This concept was further developed in Ancient Rome. According to her, the law could not be changed unpredictably and did not depend on the spontaneous actions of senators or other senior officials. Therefore, in this case, the law acted for a long time, which gave it stability, and the population - confidence in the stability of legal relations, which were regulated by the relevant law [2, p. 187]. It was in the process of Ancient Rome that the term "res judicata" appeared and was further developed, which is now customary to designate one of the components of the principle of legal certainty. "Res judicata" in Roman law is associated with the adoption of a judicial decision and its entry into force [3, p. 76; 4, p. 276]. At the present stage, the "res judicata" is used by the European Court of Human Rights in the sense of final judgment.

The range of sources of non-codified European law, which reflect the specifics of relations in the European Union and differences in the legal traditions of members of this community, is quite wide. It includes both legislative acts and the precedents of the Court of Justice of the EU, as well as international treaties. But the main thing that all of them are united

conceptually is the observance in their design and application of the general principles that are essentially democratic, which stem from the internal nature of the law itself. The doctrine indicates that the principles of law are the initial ones, defining ideas, provisions, and attitudes that make up the moral and organizational basis of the emergence, development, and functioning of law [5, p. 18]. Such provisions are customary to include, in particular, the principles of legal certainty, proportionality, legitimate hopes and fundamental human rights [6, p. 104].

At the beginning of its application, the principle of legal certainty in the law enforcement sphere had a very limited interpretation and was perceived only as a manifestation of the *res judicata* rule. This category in its classical sense meant the inadmissibility of a re-examination of a case that has already been decided, and in it a final decision is made. However, in the future, as a result of practical application and interpretation by various European law enforcement institutions, the content of this principle has constantly expanded, covering its new manifestations aimed at ensuring the stability of the legal regulation of relations in society. Therefore, now the principle of legal certainty includes all factors that guarantee a person the opportunity to foresee the consequences of his behavior, to have confidence in the stability and immutability of his rights and obligations for the foreseeable future.

Uncertainty of a legal norm has negative consequences. In addition to the uncertainty and unpredictability of the behavior of participants in legal relations, on a practical plane, the principle of certainty of the legislative process is transformed into a specific requirement for the respondent state to ensure an appropriate level of law enforcement. The fact is that in Ukraine today, often the fulfillment of the requirements of regulatory legal acts is carried out inappropriately, and the main reason for this is their uncertainty. All this causes significant difficulties and forces entities to seek protection in international judicial bodies, which, as a rule, leads to the responsibility of Ukraine and reduces the authority of the latter as such, which cannot ensure the certainty of legal acts, and then protect their citizens.

The rule of law principle and its constituent elements form the basis for the formation of the legal system of the European Union. They are fully consistent the needs of the functioning of the integration legal order, providing its ideological orientation, which is based on a person as the highest social value, his social development, fundamental rights and freedoms [7, p. 54]. Among the principles that are common to the legal order of several or all Member States, an

important place is occupied by the principles of legal certainty, legal expectations, proportionality associated with fundamental human rights and procedural rights [6, p. 104]. Despite the fact that the principle of legal certainty is not fixed in the normative documents regulating the activities of the European Union, the Court of the EU postulates it as one of the general principles of European law. For example, in the *Salumi* case, the EU Court emphasized that the effect (consequences) of Community law should be clear and predictable for those to whom it applies [8], which reproduces the classic signs of the principle of legal certainty.

As you know, European law, in addition to the rules governing social relations, emerging during the integration processes within the European Community and the EU law based on them, also includes the principles and norms of the European system of human rights protection. Therefore, it seems important that the principle of legal certainty is widely applied in the practice of the European Court of Human Rights, the precedents of which can be considered part of European law. At the same time, the Court certainly emphasizes that the principle of legal certainty is inherent in the law of the Convention (paragraph 49 of the ECHR judgment in the *Sunday Times v. The United Kingdom* of April 26, 1979, paragraph 58 of the ECHR judgment in the *Marx v. Belgium* of 13 June 1979) Moreover, the principles of law are not only what is fixed in the law [9, p. 221]. This approach is very important for the ECHR. In the cases mentioned above, he emphasizes that the term "established by law" provides not only written law, but also unwritten, that is, stable rules of conduct in society, taking into account their morality. In particular, in the case of *Steel and others v United Kingdom*, the Court states the following: the Convention requires written or unwritten law to be sufficiently clear and to allow a person, if necessary, to foresee, to a certain extent and in certain circumstances, the consequences of a specific action. Moreover, the terms "legal" and "in accordance with the procedure established by law" have meaning not only in the sense of complying with national legal norms, but also in the sense that any restriction corresponds to a socially significant goal and is not arbitrary [10, p. 91]. Actually, in this definition, the ECHR fixes the relationship and interdependence of the principles of legal certainty and proportionality. As you can see, the commented principle has various manifestations, which in specific situations can border or even intersect with others. In particular, it is one of the defining principles of "good governance" and "proper administration" (establishing the procedure and its observance), partially coincides with the

principle of legality (clarity and predictability of the law, requirements for the “quality” of the law) [11, p. 62].

It should be noted that the structure of the right to a fair trial, established in paragraph 1 of Art. 6 of the 1950 Convention is not fully defined elementwise. This is also recognized by the European Court of Human Rights. Therefore, it is precisely as a result of precedent developments and interpretation of the provisions of this norm that the contents of not only the indicated elements, but also those that are not spelled out in the article, but that are significant enough to reveal the essence of law, are revealed. Therefore, along with such categories as the publicity of the trial, the impartiality of the court, guarantees for the consideration of the dispute within a reasonable time, unnamed elements such as legal certainty, equality of initial opportunities, legitimacy of expectations, and reasonableness of consideration of the case acquire the significance of the principles of law. Actually, since most of the main provisions of the Convention are formulated in general terms (otherwise their interpretation may be too formal and therefore not effective), without applying the principles of case law of the European Union, it would hardly be able to ensure the effective operation of the Convention. Only the consistent development of the practice of the Strasbourg court makes it possible to eliminate the threat of an ambiguous understanding of the content of fundamental human rights and freedoms and the emergence of “double standards” [12, p. 259].

So, as already mentioned, part of the guarantees that make up the content of the right to a fair trial are not mentioned in Art. 6 of the Convention. They are developed and interpreted case-law of the Court. Indeed, it is quite difficult, without applying the decisions of the European Court, to unambiguously and indisputably determine the content of the terms “reasonable time”, “legal certainty”, “justice”, “independence of judges”, “impartiality” and others. It should be noted that in accordance with Part 1 of Art. 32 of the Convention, the interpretation of its norms falls within the exclusive competence of the court [13, Art. 32]. Therefore, the practice of the ECHR, which under these circumstances is recognized as the basis for an official international interpretation of the 1950 Convention, is decisive for the formation of a legal relationship between the legislator of the countries party to the Convention and the relevant law enforcement institutions. The doctrine on this subject expressed a good idea that the Convention is a skeleton, while case law is flesh, which gives it life [14, p. 153].

According to the case-law of the ECHR, the certainty of law at the stage of law-making is to ensure

the possibility of effective implementation by a person their rights and obligations by ascertaining the legal consequences of their own or counterparty's behavior. This implies the need for the legislator to ensure the irreversibility of a legal norm in time, its stability, clarity, clarity and unambiguity. The basic requirements that a good (fair) law must meet, according to the apt expression of Francis Bacon, are: clear meaning; fairness of claims; ease of implementation; the law should be consistent with the form of the state and should generate virtue in citizens [15, p. 207]. As indicated in numerous decisions of the ECHR in specific cases, including against Ukraine, court decisions can be used not only in law-making, but also in law enforcement activities of the state [16, p. 10-11]. According to the practice of European legal proceedings regarding the fairness of law enforcement and in accordance with the principle of legal certainty, the content of judicial lawmaking is reduced to filling in the gaps in the legislation. This occurs when a certain rule of law is set out vaguely and incomprehensibly for the subjects of legal relations, which requires its additional interpretation when considering the case, or in the absence of an appropriate norm in resolving disputes, as well as in the presence of legal conflicts between the rules of law. In such cases, the principle of priority of these norms is formulated, which then becomes mandatory in judicial practice [17, p. 312].

It is still slowly, uncertainly, but legal certainty is gradually emerging in the Ukrainian national legal system. As before, so, in fact, and now, it was mainly focused on the creation and application of law in the interests of the state. But recently, changes have nevertheless been taking place, and now the Ukrainian legal system is a mixed structure of hard and soft law, where a person, and therefore his rights and freedoms, begins to take first place [18, p. 401]. The European principles of the rule of law, fundamental human rights, fair trial and the like are gradually recognized and put into practice. Certain attention is also given to legal certainty in the process of creating and applying the rule of law. Thus, the Constitutional Court of Ukraine in Decision dated June 29, 2010 No. 17-rp / 2010 described the legal certainty as an element of the rule of law: “One of the elements of the rule of law is the principle of legal certainty, which states that the restriction of fundamental human and civil rights and the implementation of these restrictions in practice is permissible only if the predictability of the application of legal norms established by such restrictions is ensured. That is, the restriction of any right should be based on criteria that will allow a person to separate legitimate behavior from illegal behavior, to anticip-

pate the legal consequences of their behavior "(paragraph three of subparagraph 3.1 of paragraph 3 of the reasoning part) [19]. At the same time, the supreme body of constitutional jurisdiction noted that the legal certainty is to meet such a situation when restrictions on the fundamental rights of a person and a citizen can occur only if the consequences of applying legal norms are clear and predictable for a person.

This approach is fundamental from the point of view of observing the rights provided for in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 and the judicial practice of the European Court of Human Rights. Subject to the requirements of the Constitutional Court of Ukraine, this obliges the state, as an integrated and integrated entity, to refrain from arbitrary actions, ensuring strict observance of the principle of public law. This principle, in particular, contains the requirement: "public authorities are obliged to act only in the manner prescribed by law," and the boundaries of the discretionary powers of authorities should be clearly outlined by the limits of the law, both material and procedural" [20, p. 69]. An important temporal element of legal certainty, which should be applied in the national legal system, is to enable a person to reasonably foresee the legal consequences of their actions [21, p. 63]. Therefore, it should be noted that the State party to the Convention must ensure the indispensable application of the principle of legal certainty in the implementation of law enforcement activities, and thus achieve fair trial in the settlement of specific disputes.

The temporal manifestation of the principle of legal certainty in the practice of the European Court is personified in the requirements for ensuring the fact of bringing the content of the law to the attention of participants in legal relations. It is from this moment that the scope of the rights and obligations of each entity gains certainty, which, in turn, will allow them to plan their actions in accordance with the law, and therefore provide for their consequences. A similar approach, ensuring the real application of the requirements of the law, consists in the conscious implementation of it by the persons concerned. It, like in a drop of water, reproduces a combination of requirements arising from the principle of legal certainty, both in terms of the content and procedure for adopting the law, and in the process of its application [22, p. 367].

Temporal factors of applying the principle of legal certainty are considered to be one of the main ones. This is clearly reflected in the report of the Venice Commission, which states that legal certainty requires that the rules of law be understandable and accurate and aimed at ensuring that situations and relation-

ships are predictable. Therefore, the reverse effect of a legal act in time does not meet the principle of legal certainty, at least in criminal law (in accordance with Article 7 of the ECHR), since persons must know the consequences of their behavior; but also in civil and administrative law, as this may affect rights and legitimate interests. Legal certainty requires respect for *res judicata* principle - final decisions of national courts should not be questioned. This involves the enforcement of final court decisions. A system that casts doubt on final court decisions without convincing grounds in the public interest and without indication term, does not comply with the principle of legal certainty [23, p. 11].

The Court of Justice of the European Union is also actively applying temporary regulatory levers. For example, in his decisions on the cases of *Racke v Hauptzollamt Mainz* (1979) and *Hauptzollamt Landau* (1979), he repeatedly emphasized the importance of the principles of legal certainty and legal expectations. It was pointed out that "the principle of legal certainty is intended to prevent the entry into force of the provisions of Community legislation before they are published, and this possibility is exceptional when this is due to the objectives of the relevant legislation and if the legitimate expectations of those to whom it applies are duly ensured" [24, p. 146].

The European Court of Human Rights in its decisions, using the principle of legal certainty, also separately focuses on its temporal components. So, in the case of "*Alexander Volkov v. Ukraine*" dated January 9, 2013, statement No. 21722/11 a violation of the principle of legal certainty was found by the European Court of Human Rights. Considering the absence in Ukraine's legislation on the statute of limitations for holding a judge liable for violation of the oath, in the context of observing the requirements of the "quality of the law" when verifying the justification for interference with the rights guaranteed by Article 8 of the Convention. At the same time, the ECHR, in particular, stated the following: "As regards this case, there is no evidence that during the examination of the applicant's case there were any guidelines and practices that established a consistent and restrictive interpretation of the concept of "violation of the oath". The court also considers that the necessary procedural guarantees that could prevent the arbitrary application of the relevant substantive legislation were not introduced. In particular, the national legislation did not provide for any time limits for initiating and conducting proceedings against a judge for "violation of the oath". The absence of any statute of limitations was contrary to the rules of Article 6 of the Convention and gave the disciplinary authorities

complete freedom of action, which violated the principle of legal certainty" [25, para. 180, 181].

In the temporal dimension, the principle of legal certainty has the meaning that it forms the requirements for the duration of a legal norm. Each act, in order for its action to begin, must be made publicly public. This means that the state, formulating the rules of conduct for participants in legal relations, while demanding knowledge and implementation of legal acts from them, must ensure their accessibility, bring to the attention of the subjects they concern. The law should be adequately accessible, the citizen should have the opportunity to be guided by the circumstances in what legal norms apply to this case [26, p. 49]. In Ukraine, it would seem that there should be no misunderstanding about this. The Basic Law states that laws and other normative legal acts that determine the rights and obligations of citizens that are not brought to the attention of the population in the manner prescribed by law are invalid, and that the law comes into force ten days from the date of its official publication unless otherwise provided by the law itself, but not earlier than the day of its publication (Articles 57, 94 of the Constitution of Ukraine). The procedure for promulgation of normative acts, and therefore the term for their entry into force, is established by the Decree of the President of Ukraine of June 10, 1997 "On the Procedure for Officially Promulgation of Normative Legal Acts and Their Entry into Force". By the Decree of the President of Ukraine of December 13, 1996 "On the publication of acts of legislation of Ukraine, the order in which the legal acts come into force is defined in the newsletter "Official Gazette of Ukraine". In Art. 59 of the Law of Ukraine on Local Self-Government, it is also indicated that acts of local government bodies and officials of a regulatory nature enter into force on the day of their official publication, unless a later deadline for the introduction of these acts is set by the body or official. However, practice shows that Ukrainian courts practically do not verify the legal force of acts, first of all, issued by local authorities, to which the parties to the process refer to justify their claims, thus allowing violations of the principle of legal certainty.

From the foregoing, we can draw **conclusions**. The category of "legal certainty" is an independent fundamental principle of European law. In Ukraine, it is necessary to take a number of measures in order to introduce the legal framework provided for by this principle into the national legal system, taking into account the specifics of their application to legal relations in specific branches of law. For this, it is necessary to ensure the practice of equal application of the law, which is necessary for the proper protection of

human rights and freedoms. This will ensure the legal security of the individual, who will be able to plan their activities and rely on the fact that in the exercise of their rights and legitimate interests, state bodies and courts will act predictably, in accordance with the established procedure, without going beyond discretionary powers and preventing arbitrariness. In the temporal aspect, it is necessary to create a situation where the application of inactive (not promulgated) legal acts of any level and their application in reverse order in time will become unacceptable.

Reference

1. Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика). Харків: Право, 2008. 238 с.
2. Панкратова В. Історичні витоки принципу правої визначеності. Теорія держави і права. 2017. № 1. С. 187-192.
3. Вишневский Г. А. Действие принципа res judicata как необходимое условие обеспечения справедливости. Современное право. 2013. № 11. С 76–83.
4. Хорунжий С. Н. Становление и развитие института законной силы судебного решения. Образование и право. 2012. № 12. С. 275–283.
5. Колодій А.М. Принципи права України: монографія. К.: Юрінком Інтер, 1998. 208 с
6. Кернз В. Вступ до права Євросоюзу. Переклад з англійського. К.: Знання, 2003. 381 с.
7. Юхимюк О. Еволюція системи загальних принципів права Європейського Союзу. Історико-правовий часопис. 2016. № 1. С. 53-57.
8. AMMINISTRAZIONE DELLE FINANZE v SALUMI, JUDGMENT OF 27. 3. 1980 — JOINED CASES 66, 127 AND 128/79. URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=90320&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=200083>
9. Мірошниченко А.М. Принципи права як джерела земельного права України. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. 2009. № 81. С. 220-223.
10. ECtHR judgment of 23 September 1998 in Steel and others v United Kingdom, Application No. 24838/94. URL: <http://swarb.co.uk/steel-and-others-v-the-united-kingdom-echr-23-sep-1998>.
11. Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здій- сненні правосуддя: Науково-методичний посібник для суддів. 2-ге вид. випр., допов. Київ, 2015. 208 с.
12. Мазур М.В. Тлумачення та застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод Європейським судом з прав людини та судами України: Навчальний посібник. За заг. ред. В.М. Карпунова. МВС України, Луганський державний ун-т внутрішніх справ. Луганськ: РВВ ЛДУВС, 2006. 600 с.

13. Державотворення і правотворення в Україні: досвід, проблеми, перспективи. За ред. Ю.С. Шемшукенка: Монографія. Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького, 2001. 656 с.
14. Quinn F. Human Rights and You. A guide for the former Soviet Union and Central Europe Warsaw: OSCE/ODIHR,1999. 252 P.
15. История политических и правовых учений : учебник для вузов / под общ. ред. акад. РАН, д.ю.н., проф. В. С. Нерсесянца. 4-е изд., перераб. и доп. Москва: Норма, 2004. 944 с.
16. Вильхабер Л. Прецедент в Европейском Суде по правам человека. Государство и право. 2001. №12. С. 5–17.
17. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Київ: Реферат, 2007. 640 с.
18. Сапожникова О. Український судовий прецедент: зустріч з інопланетянином. Збірник виступів. Українська Гельсинська спілка з прав людини «Precedent UA – 2015» / Аркадій Бущенко, Олена Сапожникова, Олег Шинкаренко. Київ: КВІЦ, 2015. С. 398-405.
19. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію» N 17-рп/2010 від 29 червня 2010 року. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-10>
20. Бережний С. Україна зобов'язана утримуватися від свавільних дій. Збірник виступів. Українська Гельсинська спілка з прав людини «Precedent UA – 2015» / Аркадій Бущенко, Олена Сапожникова, Олег Шинкаренко. Київ: КВІЦ, 2015. С.69-71.
21. Панкратова В. Принцип правовой определенности в европейском праве. LEGEA SI VIATA. 2017. № 7. С. 63-66.
22. Матвеєва Ю. І. Історико-теоретичні підвалини розуміння принципу правової визначеності. Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи): статті учасників VII Міжнар. «круглого столу», (м. Львів, 9-10 грудня 2011 р.). Львів: Галицький друкар, 2012. 2-е вид., виправ. і доп. С. 362–373.
23. CDL-AD (2011) 003rev. Report on the Rule of Law. Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011) on the basis of comments by Mr Pieter van Dijk, Ms Gret Haller, Mr Jeffrey Jowell, Mr Kaarlo Tuori. para. 46. P. 11.
24. Богачова Л. Л. Принцип правової визначеності в європейському і національному праві (змістовна характеристика). Теорія і практика правознавства. 2013. Вип. 2. С. 142-154.
25. ECtHR judgment of 9 January 2013 (final of 27 May 2013) in O. Volkov v. Ukraine, application no. 21722/11. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_947
26. ECtHR judgment of 26 April 1979 in the case of the Sunday Times v. The United Kingdom, Application No. 6538/74, URL: <http://cedem.org.ua/library/sprava-sanditajms-protiv-spoluchenogo-korolivstva-2/>

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
GUYVAN Petro Dmytryovych
PhD in Law, Honored Lawyer of Ukraine, Professor
of the Poltava Institute of Business;

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ
ГҮЙВАН Петр Дмитриевич
кандидат юридических наук, заслуженный
юрист Украины, профессор Полтавского
института бизнеса;
lawjur01@rambler.ru

УДК 346.1

CORPORATE GOVERNANCE SYSTEMS: COMPARATIVE ASPECT

Oleksandr KOVALYSHYN

PhD in Law, Researcher of Scientific-research Institute of Academician F.H. Burchak Scientific Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of the National Academy of Sciences of Ukraine

The models of corporate governance system are analyzed in the article. Particular attention is paid to the corporate governance system of the USA, Germany in the aspect of the proposed changes to the company law of Ukraine. The place of the supervisory board in the Ukrainian corporate governance system is clarified.

The author analyzes the advantages and disadvantages of a one-tier corporate governance system and concludes that the introduction of a one-tier corporate governance system will facilitate management flexibility and is in demand among foreign investors (primarily from the states of the Anglo-American law system). At the same time its implementation entails risks of oversight activities of management of the company. Therefore, the introduction of a one-tier system of governance in the corporate law of Ukraine requires further detailed scientific research.

Keywords: legal transplant, corporate governance, one-tier system, two-tier system, executive directors, non-executive directors

СИСТЕМИ КОРПОРАТИВНОГО УПРАВЛІННЯ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Олександр КОВАЛИШИН,

кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

В статті аналізуються моделі систем корпоративного управління. Особлива увага приділяється системі корпоративного управління США, Німеччини в аспекті пропонованих змін до акціонерного права України. З'ясовується місце наглядової ради в системі корпоративного управління України.

Автор аналізує переваги та недоліки однорівневої системи корпоративного управління та робить висновок, що запровадження однорівневої системи управління сприятиме гнучкості управління та затребуване серед закордонних інвесторів (перш за все з країн англо-американської системи права), але її функціонування пов'язане з ризиками стосовно нагляду за діяльністю менеджменту товариства. Тому впровадження однорівневої системи управління в умовах корпоративного права України потребує подальших детальних наукових досліджень.

Ключові слова: правове запозичення, корпоративне управління, однорівнева система, дворівнева система, виконавчі директори, невиконавчі директори.

SISTEME DE GUVERNANȚĂ CORPORATIVĂ: ASPECT JURIDIC COMPARATIV

Articolul analizează modelele sistemelor de guvernanță corporativă. O atenție deosebită se acordă sistemului de guvernanță corporativă din SUA, Germania, sub aspectul modificărilor propuse în legea acționarilor din Ucraina. Locul consiliului de supraveghere în sistemul de guvernanță corporativă din Ucraina este clarificat.

Autorul analizează avantajele și dezavantajele unui sistem de guvernanță corporativă unic și conchide că introducerea unui sistem de management unic va facilita flexibilitatea de gestionare și este la cerere în rândul investitorilor străini (în primul rând din țările sistemului de drept anglo-american), dar funcționarea acestuia implică riscuri de supraveghere, activități de conducere a companiei. Prin urmare, introducerea unui sistem unic de guvernanță în dreptul corporativ al Ucrainei necesită cercetări științifice detaliate.

Cuvinte-cheie: împrumuturi legale, guvernanță corporativă, sistem unic, sistem pe două niveluri, directori execuțivi, directori neexecuțivi.

Formulation of the problem. The Verkhovna Rada of Ukraine has registered the Draft Law No. 2493 of 25.11.2019 [1] (hereinafter - the Draft) on amendments to the legal regulation of corporate governance relations in Ukraine. In fact, a new version of the Law of Ukraine "On Joint Stock Companies" has been proposed for consideration.

The bill proposes to allow the creation of gov-

erning bodies of two types - one-tier board system and two-tier board system - by giving companies the right to choose a specific model of corporate governance and to introduce a proportional approach to corporate governance, which takes into account the size of the company, its social importance, type of business model, etc. [2].

The introduction of a two-member governance

structure is a corporate legal borrowing from the Anglo-American legal system still unknown to the corporate law system of Ukraine. That is why it needs special attention given that such a bill proposes to amend the basics of corporate governance in Ukraine.

The introduction of a two-member governance structure is a legal transplant from the Anglo-American legal system and was unknown for the corporate governance system of Ukraine. That is why it needs special attention taking into account that such a bill proposes to change the grounds of corporate governance in Ukraine.

Analysis of recent research and publications. The problems of corporate governance have been the subject of research by a number of Ukrainian scientists, among which it is worth to mention A.A. Belyanovich, V.A. Vasilyeva, O.R. Kibenko, I.V. Lukach, A.V. Magkyy, I.V. Spasybo-Fateyeva, V.Scherbyna and others. But in the context of the proposed changes, it is worth analyzing the issues of corporate governance in a comparative way, taking into account the experience of foreign countries.

The aim of the article is to make a comparative analysis of world corporate governance systems in respect to the proposals for introducing a one-tier system of corporate governance in Ukraine.

Presenting the research. It is traditional a division of the corporate governance systems into Anglo-American (one-tier) and German (two-tier). Meanwhile, more detailed differentiation of corporate governance systems is also found in the legal literature. In particular, there are four groups of corporate governance systems among European countries. The countries of the first group are characterized by a two-tier (German) model of construction of company's bodies: general meeting, executive and supervisory bodies (Germany, Austria, Denmark). The countries of the second group have enshrined in the legislation a one-tier (British) model that envisages functioning in the company of a unitary governing body - the board of directors (Great Britain, Ireland, Belgium, Italy, Spain, Greece). An alternative model that enables companies to form a supervisory body in a company is enshrined in the legislation of France, Finland and Portugal [3, p. 143]. In France, shareholders have the opportunity to choose between one- or two-tier systems [4, p. 16]. A mixed model is introduced in the Netherlands and Sweden. It secures the unitary model but provides for the mandatory formation of a supervisory authority under certain conditions, [5, p. 72; 6, p.248-249].

Typical of the American model is that the board of directors performs the both functions of manage-

ment and supervision at the same time [7, p. 175]. Officials, usually headed by the president, are assigned to perform the current tasks. Thus, it is called as a monistic structure [8, p. 13] of the governing bodies in an US corporation [9, p. 251].

The American governance model is not without its disadvantages. The combination of supervisory and management functions at one time led to the bankruptcy of the *Enron* concern (in 2001) and several other companies in the US. Due to the combination of management and supervisory functions within one body, the management of the companies resorted to systematic abuse. These events led to a wide-ranging discussion of board of directors functions and the limitation of its impact in the context of a company supervision function. The result was the adoption of the *Sarbanes-Oxley Act*, which required the US companies to form an independent audit committee outside the board of directors, which was in fact the only governing and supervisory body until that time.

The German AG corporate governance system includes such bodies as the board of directors (*Vorstand*) and the supervisory board (*Aufsichtsrat*). In Germany, the members of the supervisory board are also elected by the general meeting (§ 101 I 1 AktG). The members of the board of directors are elected by the supervisory board (§ 84 I 1 AktG). But a peculiarity of German shareholder law is a clear division of responsibilities between the supervisory board and the board of directors, which distinguishes German AG from American JSC. Managing of current affairs and supervising should not intersect. A member of the supervisory board may not simultaneously be a member of the board of directors (§ 105 AktG), and the latter's powers cannot be delegated to the supervisory board (§ 111 IV 1 AktG). Thus, the board of directors and the supervisory board are separated both in terms of their staff (§ 105 AktG) and in terms of their authority (§ 111 IV 1 AktG). Regarding the structure of governing bodies, it is a three-bodies structure of corporate governance [8, p. 14].

Eastern European countries have opted for one of the two systems mentioned above. For example, Polish corporate governance system is in fact a "duplicate" of the German two-tier corporate governance structure [10, p. 422]. It should be noted that at the stage of drafting of the Polish Commercial Code there was a discussion about the introduction of an alternative: a two-tier or one-tier structure of company management. But in view of the growing demands in the European Economic Community for the principle of codetermination (participation of employees in corporate governance), it was con-

cluded that the “erosion” of the supervisory function would complicate employees’ access to management. Therefore, the idea of borrowing the Anglo-American model was rejected [10, p. 428].

Corporate law of the Russian Federation was formed largely under the influence of the Anglo-American model of corporate governance. In accordance with Part 1 of Art. 64 of the Law of the Russian Federation “On Joint Stock Companies” the board of directors (supervisory board) of the company carries out the general management of the company’s activities, except for resolving the issues referred by this Law to the competence of the general meeting of shareholders. That means, that a single body carries out both supervision and management of the most important spheres of activity of the company, and the definition refers to “general management” and does not mention supervision, although from the analysis of the following provisions follows its function.

From the very beginning, a two-tier structure of corporate governance was introduced in Ukraine: the executive body of the company and the supervisory board. Sometimes it is referred to as a three-member body system with consideration of the highest governing body (general meeting, supervisory board and executive body). The possibility of forming an audit committee was introduced, which does not belong to governing bodies, but performs the functions of audit, audit of financial and economic documentation.

In accordance with Part 1 of Art. 46 of the first wording of the Law of Ukraine “On Business Associations” (currently not effective concerning the joint stock company) a supervisory board may be established in the joint stock company, which oversees the activities of its executive body. Formation of a supervisory board was optional, which quite rightly aroused comments among scientists. I.V.Sasybo-Fateyeva notes some uncertainty and half-heartedness in the perception of american and continental corporate governance models, which is reflected in the fact that many issues of companies’ business activities are concentrated in the hands of executive bodies with insufficient control by supervisory boards or their absence in many companies [11, c. 78].

Thus, at the initial stage of the development of Ukrainian corporate law, the supervisory board was entrusted exclusively with the function of controlling the activity of the executive body, a function that is inherent in the continental system of corporate law. This is explained by the fact that the German model of company law has been significantly influenced by the system of companies, which is the basis of the Law of Ukraine “On Business Associations”.

At the same time, a number of changes have taken place in the structure of organs in the corporate governance system in recent years. With the adoption of the Law of Ukraine “On Joint Stock Companies” the functions of the Supervisory Board have changed. According to Part 1 of Art. 51 of the Law of Ukraine “On Joint Stock Companies” the Supervisory Board of the Joint Stock Company is a collegial body that protects the rights of shareholders of the company and within the competence defined by the articles of association and the Law, manages the joint stock company, as well as controls and regulates the activities of the executive body. That is, along with the main function of controlling the activity of the executive body of the company, the supervisory board is also authorized to manage the joint stock company. The Supervisory Board has obtained even the right to assume the functions of the executive body. Thus, there is no clear division of functional responsibilities between the executive and the supervisory body, which is inherent in the american corporate governance model.

In accordance with the Draft Law No. 2493 [1] it is proposed that the structure of corporate governance in a joint-stock company shall be one-tier and two-tier (Article 4 of the Draft). It is proposed that with a one - tier structure the joint - stock company governing bodies are the general meeting and the board of directors with the combination of functions of control and management over the activities of the company in a single collegiate body - the board of directors.

However, the Draft proposes to leave the possibility of establishing a two-tier corporate governance structure with a clear division of functions from direct management of the current (operational) activities of a joint-stock company, for which the executive body is responsible, as well as the control function exercised by the Supervisory Board (Article 4 of the Project).

Of course, the introduction of a one-tier management system has several advantages:

First, a one-tier management system promotes speed and flexibility in decision-making by the company’s executive body, as both executive and non-executive directors interact within the same body. The decision for its final adoption is considered by a single body. In this case, sometimes the lengthy decision-making process of the executive body is avoided.

Second, non-executive directors are better informed about the activities of the company and, therefore, are more prudent in exercising supervisory functions. It is believed that under such a man-

agement system, non-executive directors are better aware of the responsibility for the supervision role in a company.

Third, it is expected that the introduction of a one-tier system of governance will facilitate the inflow of foreign investment into the economy of Ukraine from those countries for which the one-tier corporate governance system is traditional. The similarity of the principles of company management is generally regarded by investors as an additional factor in favor of investing in a country's economy.

Meanwhile, the introduction of a one-tier management system entails certain risks.

First, the existence of non-executive directors within a single body means for them a risk of the same responsibility as that of executive directors. Therefore, the introduction of an appropriate management system can have the opposite effect when non-executive directors, instead of supervision, actually "cover" the activities of the management body in order to avoid the risk of joint and several liability (in particular, in the event of abuse or other fraudulent actions, in the event of bankruptcy of the company, etc.).

Second, the functioning of non-executive and executive directors within a single body - the board of directors - threatens to some extent the "independence" and objectivity of decision-making by non-executive directors relative to executive directors (for example, in the case of abuse by the latter).

Statistics show that in the countries where both two-tier and one-tier corporate governance systems have been introduced, registration of companies with a single governing body has not gained popularity. In particular, in Denmark, among the hundreds of thousands of registered legal entities, only 409 companies (LLC - 354, JSC - 49, SE - 6) operate with a one-tier corporate governance system. It should be noted that the one-tier system was implemented in 31 of the 140 JSCs listed on the stock exchange [12]. In Germany, the possibility of forming companies with a one-tier system of governance emerged with the adoption of the EU Regulation on the Societas Europaea (SE). As of July 1, 2019, only 36% of European joint-stock companies operate with a one-tier governance system, with the remaining 64% implementing a two-tier management system [13]. Therefore, it seems that a one-tier system of governance has not become widespread in the continental Europe.

Draft Law No. 2493 proposes to impose restrictions: "A one-tier management structure may not

be introduced in joint stock companies that are enterprises of public interest" (Part 5, Article 4 of the Project).

Such entities include securities issuers whose securities are admitted to trading on the stock exchanges or which are publicly offered securities, banks, insurers, non-governmental pension funds, other financial institutions (except for other financial institutions and non-governmental pension funds belonging to micro-enterprises and small enterprises) and enterprises that according to this Law belong to large enterprises (Article 1 of the Law of Ukraine "On Accounting and Financial Reporting in Ukraine").

This careful approach of the authors of the Draft seems to be welcomed. It is proposed to introduce a one-tier system for small and medium-sized enterprises, which is especially important at the stage of testing the model in conditions where the model was not previously known to the national law.

Conclusions. Introduction of a one-tier management system will promote management flexibility and is in demand among foreign investors (primarily from the countries of the Anglo-American system of law), but its operation is fraught with risks related to the oversight of the management of the company. Therefore, the introduction of a one-tier system of governance in the corporate law of Ukraine requires further detailed scientific research.

Erosion of the clear division of functions of supervision and management over the activities of the company threatens the interests and protection of the rights of minority shareholders and carries risks for the joint-stock company as a whole.

List of the Literature

1. Проект Закону України «Про акціонерні товариства» №2493 від 25.11.2019 р. / URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67468
2. Акціонерні товариства будуть функціонувати по-новому: зареєстровано законопроект / URL: <https://news.dtkt.ua/state/laws-and-regulations/59178>
3. Корпоративне управління: Монографія/ І. Спасибо-Фатеєва, О. Кібенко, В. Борисова; За ред. проф. І. Спасибо-Фатеєвої. Харків: Право, 2007. 500 с.
4. Chaput Yv., Levi A., La direction des societes anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisees de gouvernance, Litec, 2009, p. 16.
5. Company Law in Europe: Resent Developments. A survey of recent developments in core principles of companies regulation in selected national systems. – Produced for the Department of Trade and Industry by the Centre for Law and Business, Faculty of Law, University of Manchester. – February 1999. – 72 p.

6. Кібенко О. Р. Сучасний стан та перспективи правового регулювання корпоративних відносин: порівняльно-правовий аналіз права ЄС, Великобританії та України: дис. док. юрид. наук: спец. 12.00.04 / О.Р. Кібенко. -Х.: Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого, 2006. 526 с. (с. 248-249)
7. Hay, US-Amerikanisches Recht, 3. Aufl. 2005, S. 175;
8. Vladimir Primaczenko, *Kapitalgesellschaftsrecht in Russland: Kampf zwischen US-amerikanischem und kontinentaleuropäischem Modell?* (S. 13);
9. Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 251.
10. Stanisław Soltyński, *Reform of Polish Commercial Law*, (p. 419-433), in Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag / hrsg. von Bernhard Großfeld ... Tübingen : Mohr Siebeck, 1998, 1114 p. (p. 422)
11. Спасибо-Фатеєва І. В. Юридична природа права на управління в акціонерному товаристві. Вісник Академії правових наук України. 1999. № 3. С. 76–87. (с. 78).
12. Edwin Liem, Eva Klein Obbink, One-Tier Versus Two-Tier Board Structure / URL: <https://vancampenliem.com/blog/one-tier-versus-two-tier-board-structure/>
13. SE-Datenblatt. Fakten zur Europäische Aktiengesellschaft – Stand: 1.7.2019 / URL: https://www.boeckler.de/pdf/pb_mitbestimmung_se_2019_6.pdf

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
Kovalyshyn Oleksandr Romanovich – PhD in Law, Researcher of Scientific-research Institute of Academician F.H. Burchak Scientific Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of the National Academy of Sciences of Ukraine;
ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА
Ковалишин Олександр Романович – кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України;
koro.if@gmail.com

Drept administrativ

УДК 342.9

ФУНКЦІЇ СУДОВОЇ ГІЛКИ ВЛАДИ, АДМІНІСТРАТИВНИХ СУДІВ ТА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОЦЕСУ (ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА)

Неля ГУТЬ

кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

У статті розкрита специфіка використання в юридичній науці термінів «функції судової гілки влади», «функції адміністративних судів» та «функції адміністративного процесу», а також проводиться порівняльна характеристика змісту цих понять. Зазначається, що в науковій літературі дуже часто ці поняття ототожнюються, що впливає на результати наукових досліджень та спотворює сприйняття правової дійсності. Функції адміністративних судів характеризують цільову спрямованість діяльності місцевих загальних судів, окружних, апеляційних адміністративних судів та Верховного Суду з адміністративних справ. Функції ж адміністративного процесу розкривають цільове призначення такої форми діяльності адміністративних судів як адміністративний процес. Саме тому кількість та найменування функцій, які реалізують адміністративні суди та адміністративний процес, суттєво різняться між собою.

Ключові слова: адміністративний процес, функція як категорія адміністративного права, функції адміністративних судів, функції адміністративного процесу.

ADMINISTRATIVE COURTS FUNCTIONS AND ADMINISTRATIVE PROCESS FUNCTIONS (COMPARATIVE CHARACTERISTICS)

Nelia HUT,

Candidate of Law Sciences, Associate Professor of the Department of Constitutional Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv

The article describes the specificity of the use of the terms «functions of the judiciary», «functions of administrative courts» and «functions of administrative process» in legal science, as well as comparative characterization of the content of these concepts. It is noted that in the scientific literature, these concepts are often identified, which affects the results of scientific research and distorts the perception of legal reality. The functions of the administrative courts characterize the purposeful activity of the local general courts, district, appellate administrative courts and the Supreme Administrative Court. The functions of the administrative process reveal the purpose of such a form of activity of administrative courts as the administrative process. That is why the number and naming of the functions performed by the administrative courts and the administrative process differ significantly.

Keywords: administrative process, function as a category of administrative law, functions of administrative courts, functions of administrative process.

FUNCȚIILE SISTEMULUI JUDICIAR, ALE INSTANȚELOR ADMINISTRATIVE ȘI ALE PROCESULUI ADMINISTRATIV (CARACTERISTICĂ COMPARATIVĂ)

Articolul descrie specificul utilizării termenilor „funcții ale sucursalei judiciare”, „funcții ale instanțelor administrative” și „funcții ale procesului administrativ” în știința juridică, precum și caracterizarea comparativă a conținutului acestor concepte. Se observă că în literatura științifică, aceste concepte sunt adesea identificate, ceea ce afectează rezultatele cercetărilor științifice și denaturează percepția realității juridice. Funcțiile instanțelor administrative caracterizează activitatea cu scop a instanțelor generale locale, a districtelor, a instanțelor administrative de apel și a Curții administrative supreme. Funcțiile procesului administrativ dezvăluie scopul unei astfel de forme de activitate ale instanțelor administrative precum procesul administrativ. De aceea, numărul și denumirea funcțiilor îndeplinite de instanțele administrative și procesul administrativ diferă semnificativ.

Cuvinte-cheie: proces administrativ, funcționează ca o categorie de drept administrativ, funcții ale instanțelor administrative, funcții ale procesului administrativ.

Постановка проблеми. В теорії держави та права, конституційному і адміністративному праві пропонується велика кількість думок щодо функцій судової влади, функцій суду як елементу системи судової гілки влади, а також стосовно функцій юридичного процесу, одним із видів якого є адміністративний процес. Майже всі науковці сходяться в одному – правосуддя є функцією судової гілки влади, а також однією із основних функцій судів. Стосовно ж інших функцій судової гілки влади та судів завжди точиться дискусії та пропонуються суперечливі думки. Це негативно позначається на дослідженнях функцій юридичного процесу та безпосередньо функцій адміністративного процесу. В одних випадках відбувається повне ототожнення функцій судової гілки влади, судів та юридичного процесу, а в інших – наводяться аргументи щодо необхідності розмежування функцій, які реалізує судова гілка влади в цілому, та функцій, які реалізує окремий суд чи юридичний процес.

Загальні підходи до визначення функцій судової гілки влади, судів, юридичного процесу та адміністративного процесу розкриваються у працях В. Б. Авер'янова, В. М. Бевзенка, Ю. П. Битяка, А. С. Васильєва, Т. О. Коломоєць, О. В. Кузьменко, В. О. Лазарєвої, О. М. Миколенко, Е. М. Мурад'ян, І. Л. Петрухіна, Ю. В. Пирожкової, С. А. Шейфера, В. О. Яблокова та інших вчених. Разом з тим, єдина точка зору на критерії класифікації, а також співвідношення функцій адміністративних судів та адміністративного процесу, відсутня в юридичній літературі.

У зв'язку з цим, важливим бачиться аналіз думок науковців, які розглядають функції судової гілки влади, судів та юридичного процесу, особливо в контексті визначення функцій адміністративного процесу. Отже, порівняльна характеристика функцій адміністративних судів та адміністративного процесу буде корисною для розвитку уявлень про функції адміністративного процесу в теорії адміністративного права.

Функції судової гілки влади в науковій літературі.

Визначення системи функцій адміністративного процесу не можливе без аналізу та характеристики функцій адміністративного суду, а іх порівняльна характеристика дасть можливість визначитись із сферами використання цих категорій адміністративного права і процесу.

Як правило, в юридичній літературі кожен вчений пропонує своє бачення функцій, що виконує судова влада. Наприклад, В. О. Лазарєва в одній із своїх праць стверджує, що функція су-

дової влади – це захист прав людини [1, с. 32]. Але з таким підходом важко погодитись. Система адміністративно-юрисдикційних органів, які вправі притягувати порушників до адміністративної відповідальності, складається не тільки з судів, а й з чисельних органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. Всі вони теж реалізують функцію захисту прав людини. Тому очевидним є висновок, що функція захисту прав людини притаманна не тільки судовій гілці влади, вона може реалізовуватись і іншими органами держави та місцевого самоврядування. У іншій праці, яка була написана пізніше, В. О. Лазарєва стверджує: «... єдиною функцією судової влади є вирішення соціально-правових конфліктів, захист і відновлення порушених прав» [2, с.16]. Тобто, думки вченого кардинально змінилися, адже вона суттєво розширила зміст головної функції судової влади. Разом з тим, кожна функція має свою цільову спрямованість, а тому вважаємо, що В. О. Лазарєва виділяє не одну, а три самостійні функції судової влади: 1) вирішення соціально-правових конфліктів; 2) захист прав; 3) відновлення порушених прав.

С. А. Шейфер і В. О. Яблоков обґрунтують необхідність виділення двох видів функцій судової влади: 1) здійснення правосуддя; 2) юрисдикційний контроль [3, с. 198]. І. Л. Петрухін теж наполягає, що судова влада реалізує два види функцій – вирішення соціально-правових конфліктів і встановлення юридичних фактів шляхом здійснення правосуддя в формах судочинства (цивільного, кримінального і ін.) [4, с. 86]. Більш розгорнуту класифікацію функцій судової влади запропонував В. О. Попелюшко. Він пропонує виділяти: 1) правосуддя; 2) конституційний контроль; 3) контрольну функцію; 4) дозвільну функцію; 5) організаційну функцію; 6) кадрову функцію; 7) інформаційно-статистичну функцію; 8) роз'яснювальну функцію; 9) функцію звернення до виконання рішень суду і контролю за їх виконанням та інші функції, що В. О. Попелюшко зв'язав з кримінальним правосуддям [5].

На відміну від попередніх науковців, Е. М. Мурад'ян запропонувала класифікацію не функцій судової гілки влади, а функцій правосуддя. До таких функцій вона відносить: 1) аналітично-дослідницьку; 2) попереджуальну; 3) контрольну (функція судового контролю); 4) функцію узгодження інтересів учасників судової справи; 5) забезпечувальну функцію; 6) конструктивно-дозвільну функцію [6, с. 147-148]. Іноді правосуддя розглядається не як функція судової гілки влади, а як форма її здійснення. Наприклад, В. О.

Ржевський и Н. М. Чепурнова серед форм здійснення судової влади виділяють: 1) правосуддя; 2) нагляд за судовою діяльністю; 3) судове управління; 4) судовий контроль за виконавчою владою; 5) судовий конституційний контроль [7, с. 96-98]. Як бачимо, поняття «функція судової влади» підміняється поняттям «форма здійснення судової влади».

Цікаво, що науковці, пропонуючи свої системи функцій судової гілки влади чи правосуддя, не завжди розкривають зміст виділених функцій та не завжди озвучують критерії за якими класифікація функцій проводилася. Тобто чітко вивірені наукові підходи, як правило, відсутні, а переважають суб'єктивні уявлення про судову владу, правосуддя та юридичний процес.

Ключові питання визначення функцій судової гілки влади.

Яскраво видно, що кожен науковець по-різному розглядає поняття «правосуддя» та «судова влада», а тому пропонує класифікації функцій судової влади, в яких можна виділити наступні ключові позиції.

По-перше, одночасно охоплюються як внутрішньо-організаційні аспекти діяльності суду (наприклад, при виділенні організаційної, кадрової чи інформаційно-статистичної функцій), так і зовнішні прояви судової гілки влади (наприклад, здійснення правосуддя, захист прав особи і ін.). Внутрішньо-організаційні аспекти діяльності суду можна зв'язати лише з функціями суду як елементу системи судів в Україні. Судова гілка влади є однією з трьох класичних гілок влади, а тому її функції повинні, по-перше, відрізнятись від функцій законодавчої та виконавчої гілок влади, по-друге, розкривати специфіку зовнішнього свого прояву у державі та суспільстві. Тому організаційна, кадрова та інформаційно-статистична функції жодним чином не можуть характеризувати судову гілку влади, а саме, її специфіку серед інших гілок державної влади та її зовнішній прояв у державі і суспільстві. Вище перелічені функції характеризують виключно внутрішні взаємозв'язки, які існують в судовій гілці влади як системі судів України. Судам, як елементам системи судової гілки влади, доводиться реалізовувати зовнішні функції (наприклад, функцію правосуддя, функцію захисту прав осіб, тощо), так і внутрішні функції (наприклад, реалізовувати організаційну функцію). З цим погоджується і І. Л. Петрухін. Він теж акцентує увагу на тому, що до функцій судової гілки влади безпідставно віднесені функції, які пов'язані з аналізом статистики, вивченням та узагальненням судової практики. Це, на

думку І. Л. Петрухіна, «передумови ефективного здійснення судової влади (аналітична робота апарату судів), а не сама ця влада» [4, с. 86]. Теж саме зазначає І. Л. Петрухін стосовно кадрової роботи та матеріально-технічного забезпечення судів, вважаючи, що це не функції судової гілки влади, а лише передумови її ефективної реалізації [4, с. 86]. На жаль, науковець не висловив своїх думок щодо можливості розгляду організаційної, кадрової чи інформаційно-статистичної функцій в якості функцій суду як елементу системи судової гілки влади.

По-друге, в наукових публікаціях іноді стверджується, що формулою реалізації судової влади є не тільки правосуддя. Судова влада проявляє себе і у вигляді встановлення судами фактів, що мають правове значення, при відсутності правового спору. Дійсно, якщо звернутися до положень ЦПК України, то Розділ IV цього нормативно-правового акту якраз і регламентує порядок розгляду судами справ про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою, про обмеження цивільної діездатності фізичної особи тощо. Саме тому І. Л. Петрухін і констатує, на що вже зверталась увага, що судова влада реалізує два види функцій – вирішення соціально-правових конфліктів і встановлення юридичних фактів шляхом здійснення правосуддя [4, с. 86]. На жаль, в думках І. Л. Петрухіна зустрічаються суперечності, адже, з одного боку, він заявляє, що правосуддя не єдина форма реалізації судової влади, а, з іншого, стверджує, що встановлення юридичних фактів теж відбувається шляхом здійснення правосуддя. Вважаємо, що правосуддя реалізується в судах України виключно через позовне провадження. Всі інші види провадження, які особливо розповсюджені в цивільному процесі, не є за своєю суттю ані юридичним процесом, ані проявом правосуддя. Це види юридичних процедур, які в сучасних історичних умовах розвитку держави, реалізують суди, а не органи виконавчої, законодавчої влади чи інші державні органи. Тому погоджуємося з І. Л. Петрухіним лише в тому, що судова гілка влади окрім правосуддя реалізує також функцію встановлення юридичних фактів. Разом з тим, зміст положень КАСУ не дає підстав стверджувати, що функція встановлення юридичних фактів може бути реалізована в рамках адміністративного судочинства. Адже ст. 12 КАСУ передбачає, що адміністративне судочинство здійснюється виключно у порядку позовного провадження (загального або спрошеноого).

По-третє, зазначається, що вирішення соціальних конфліктів (тобто здійснення правосуддя) не

завжди пов'язане з відновленням в правах [4, с. 86]. Мова в основному йде про правосуддя, що здійснюється з кримінальних справах. Також правосуддя вважається реалізованим і у випадках, коли адміністративний суд в результаті розгляду справи повністю відмовив у задоволенні позовних вимог. В даному випадку є факт здійснення правосуддя, але відсутній факт відновлення особи в правах, бо суд встановив, що права особи в публічно-правовій сфері не були порушені суб'єктом владних повноважень. Тому робиться висновок, що відновлення особи в правах не є самостійною функцією судової гілки влади, з чим повністю погоджуємося. В даному випадку виникає проблема трактування змісту поняття «правосуддя», адже його зміст можна звузити до судового розгляду (як правило на судовому засіданні) та вирішення справи в порядку і на підставах передбачених процесуальним законодавством. Тоді поряд з функцією правосуддя можна буде окремо виділяти функції захисту прав особи, відновлення прав особи і інші функції судової гілки влади. Якщо ж правосуддя розглядати як судовий розгляд та вирішення справи в порядку і на підставах передбачених процесуальним законодавством для захисту порушеніх прав, відновлення прав, покарання особи, що вчинила протиправне діяння, тощо, то функція правосуддя буде охоплювати собою захисну, відновлювальну і карну спрямованість діяльності судів України. Цікаву думку стосовно цього (на нашу думку, недостатньо обґрунтовану) висловлює В. М. Лаговський. Автор зазначає, що функція правосуддя є стрижнем судової системи України, яка здійснюється виключно у судових засіданнях суддями (в деяких випадках і народними засідателями) шляхом розгляду усіх категорій юридичних справ в судах першої, апеляційної та касаційної інстанцій через здійснення правозастосовчої, нормотворчої, правозахисної та представницької діяльності [¹, с. 20]. Тобто В. М. Лаговський уникнув порівняльної характеристики функції правосуддя з правозастосовною, нормотворчою, правозахисною та представницькою функціями судової гілки влади шляхом ствердження, що правозастосовна, нормотворча, правозахисна та представницька функції можуть бути реалізовані судовою гілкою влади виключно шляхом здійснення правосуддя. Це цікавий спосіб уникнення дискусії, але автор так і не відповів на питання: «Чи реалізує судова гілка влади інші функції окрім правосуддя?».

По-четверте, в науковій літературі зазначається

¹ Лаговський В. М. Правосуддя як основна функція судів // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2014. Вип. 29(2.3). С. 18-21.

ся, що нема ніякого контролю як функції судової гілки влади. Вся діяльність, наприклад, з визнання недійсними правових актів, здійснюється у формі правосуддя [², с. 86]. З таким підходом слід погодитись, адже для вирішення виникаючих в суспільстві спорів, ще багато століть тому, були створені цивільні та кримінальні суди, які питаннями контролю за органами державної влади взагалі не переймалися. Інша справа адміністративні суди та адміністративне судочинство. Про необхідність їх існування заговорили у Європейських країнах саме в аспекті необхідності здійснення контролю за діяльністю суб'єктів владних повноважень. Адміністративний суд був і залишається єдиним органом, який може здійснити такий контроль на засадах законності та незалежності суду. Отже контроль за суб'єктами владних повноважень це функція, яка реалізується не судовою гілкою влади, а адміністративними судами та адміністративним процесом як формуєю діяльності адміністративних судів.

Таким чином, можна зробить висновок, що судова гілка влади реалізує сьогодні лише дві функції – правосуддя та встановлення юридичних фактів. Функція правосуддя притаманна всім без виключення видам юридичного процесу, тоді як функція встановлення юридичних фактів набуває свого прояву лише в деяких з них (наприклад, в цивільному процесі). Постійний розвиток процесуальної форми свідчить про те, що функція встановлення юридичних фактів з часом може бути розповсюджена на всі інші види юридичних процесів, або ж взагалі втратити судовий порядок своєї реалізації. Все залежить як від розвитку суспільних відносин в країні в цілому, так і від розвитку процесуальних правовідносин зокрема.

Функції адміністративного суду та адміністративного процесу.

Адміністративні суди здійснюють правосуддя у справах, які витікають з публічно-правових спорів. Разом з тим, вони реалізують низку функцій, які набувають свого прояву як зовні, так і всередині системою адміністративних судів, а також в межах адміністративного судочинства. Таким чином виникає необхідність класифікації функцій адміністративного суду на три самостійні групи, які дозволяють, в першому випадку, розглядати його як суб'єкт, рішення якого зачіпають інтереси учасників публічних правовідносин, в другому, – як суб'єкт, який наділений процесуальними повноваженнями в межах адміністративного судочинства, а, в третьому, – як орган держави,

² Судебная власть / Под ред. И. Л. Петрухина. М. : ООО «ТК Велби», 2003. 720 с.

який має внутрішню організаційну структуру та реалізує управлінські повноваження. До зовнішніх функцій адміністративного суду можна, наприклад, віднести правосуддя з адміністративних справ, функцію контролю за суб'єктами владних повноважень, функцію попередження порушень законності, тощо. До процесуальних функцій адміністративного суду слід віднести процедурну, консенсуальну, процесуально-забезпечувальну і ін. До управлінських функцій адміністративного суду можна віднести аналітичну, кадрову, матеріально-технічну і ін.

При розгляді функцій адміністративного процесу доводиться користуватися іншими підходами та критеріями. Пояснюється це в першу чергу тим, що адміністративний процес: а) не є системою адміністративних судів, а тому не виконує функцію правосуддя; б) не реалізує в межах адміністративного судочинства процесуальні повноваження, а тому не реалізує консенсуальну функцію; в) ніяк не пов'язаний з матеріально-технічним забезпеченням адміністративного суду, а тому не реалізує матеріально-технічну функцію, тощо. Отже при характеристиці функцій адміністративного процесу слід виходити із цілей його існування. Саме такий підхід дає можливість говорити про існування охоронної, контрольної, захисної та альтернативної функцій як основних функцій адміністративного процесу.

Висновки. Визначення видів функцій адміністративного процесу є сьогодні невирішеним питанням в теорії адміністративного права. Головна проблема, яка виникає при визначенні видів функцій адміністративного процесу, полягає у тому, що в цій сфері постійно відбувається підміна понять та безвідповідальне використання наукової термінології. На жаль, функції адміністративного процесу часто в юридичній літературі ототожнюють з функціями судової гілки влади та функціями адміністративних судів.

Судова гілка влади реалізує сьогодні лише дві функції – правосуддя та встановлення юридичних фактів. Функція правосуддя притаманна всім без виключення видам юридичного процесу, тоді як функція встановлення юридичних фактів набуває свого прояву лише в деяких з них (наприклад, в цивільному процесі). Адміністративні суди реалі-

зують сьогодні три групи функцій: а) зовнішні (наприклад, функція правосуддя, функцію попередження порушень законності і ін.); б) процесуальні (консенсуальна, процесуально-забезпечувальна функції і ін.); в) управлінські (наприклад, кадрова, матеріально-технічна функції і ін.). До основних же функцій адміністративного процесу слід віднести охоронну, контрольну, захисну та альтернативну функції.

Список використаної літератури

1. Лазарева В.А. Судебная власть и ее реализация в уголовном процессе. Самара, 1999. 136 с.
2. Лазарева В.А. Судебная защита в уголовном процессе РФ: проблемы теории и практики: автореф. дис. ...докт. юрид. наук. М., 2000. 32 с.
3. Шейфер С.А., Яблоков В.А. Понятие судебной власти и ее функции // Проблемы судебно-правовой реформы в России. История и современность. Самара, 1993. С. 192-198.
4. Судебная власть / Под ред. И.Л. Петрухина. Москва: ООО «ТК Велби», 2003. 720 с.
5. Попельщук В.О. Правові проблеми організації і функціонування місцевих загальних судів в Україні: дис... канд. юрид. наук: 12.00.09. Національний університет «Острозька академія», 2004. 247 с.
6. Мурадьян Э.М. Судебное право. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. 575 с.
7. Ржевский В.А., Чепурнова Н.М. Судебная власть в Российской Федерации. Конституционные основы организации и деятельности. С. 96-98.
8. Лаговський В. М. Правосуддя як основна функція судів. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія: Право. 2014. Вип. 29 (2.3). С. 18-21.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА
ГУТЬ Неля Юріївна
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
конституційного права Київського національного
університету імені Тараса Шевченка;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
HUT Nelia Yuriivna
Candidate of Law Sciences, Associate Professor
of the Department of Constitutional Law of Taras
Shevchenko National University of Kyiv;

Drept funicular

УДК 349.42

АГРОСФЕРА КАК СИСТЕМООБРАЗУЮЩАЯ КАТЕГОРИЯ АГРАРНОГО ПРАВА

Татьяна КУРМАН

доктор юридических наук, доцент,
доцент кафедры земельного и аграрного права
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

В статье исследуется одна из новел аграрно-правовой доктрины – категория «агросфера». Осуществлен анализ научных подходов к определению понятия агросферы, на основе которого сформулирована его авторская дефиниция как системообразующей аграрно-правовой категории. Автором определены содержание и элементы указанной категории, а также ее соотношение с устойчивым развитием сельскохозяйственного производства. Сделан вывод о необходимости обеспечения устойчивого развития агросферы, что требует системного подхода с использованием комплекса организационно-правовых, экономико-хозяйственных, экологических, информационных, социально-этических и образовательно-воспитательных мер.

Ключевые слова: агросфера, аграрное право, устойчивое развитие, сельскохозяйственное производство.

AGROSPHERE AS A SYSTEM-FORMING CATEGORY OF AGRARIAN LAW

Tetiana KURMAN,

Doctor of Law, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Land and Agricultural Law of Yaroslav Mudryi National Law University

The article examines one of the novelties of the agrarian legal doctrine - the category of «agrosphere». The analysis of scientific approaches to the definition of the concept of the agricultural sphere is carried out, on the basis of which its author's definition is formulated as a system-forming agrarian-legal category. The author defines the content and elements of this category, as well as its relationship with the sustainable development of agricultural production. It is concluded that it is necessary to ensure the sustainable development of the agricultural sector, which requires an ecosystem approach using a range of organizational, legal, economic, environmental, information, socio-ethical and educational measures.

Keywords: agrosphere, agrarian law, sustainable development, agricultural production.

SECTORUL AGRICOL CA O CATEGORIE FORMATOARE DE SISTEM AL DREPTULUI AGRICOL

Articolul explorează unul dintre romanele doctrinei juridice agrare - categoria „sferei agricole”. Analiza abordărilor științifice privind definirea conceptului de sferă agricolă este realizată, pe baza căreia definiția autorului său este formulată ca o categorie agrar-juridică formatoare de sistem. Autorul definește conținutul și elementele acestei categorii, precum și relația acesta cu dezvoltarea durabilă a producției agricole. Se concluzionează că este necesar să se asigure dezvoltarea durabilă a sectorului agricol, care necesită o abordare sistematică folosind o serie de măsuri legale, economice, de mediu, informaționale, socio-etică și educaționale.

Cuvinte-cheie: sector agricol, lege agricolă, dezvoltare durabilă, producție agricolă.

Постановка проблемы. В современной аграрно-правовой доктрине одной из новел аграрно-правовых исследований становится категория «агросфера». Это связано с актуальными тенденциями видоизменения и расширения предмета аграрного права, что, в свою очередь, обуславливается дальнейшим развитием аграрных отношений, необходимостью обеспечения продовольственной безопасности как на национальном, так и на глобальном уровнях, а также устойчивого

развития сельскохозяйственного производства и сельских территорий в целом. Право, в том числе и такая приоритетная его отрасль, как аграрное право, выступая универсальным регулятором общественных отношений, должно адекватно реагировать на изменение аграрных отношений, возникновение новых их разновидностей с целью обеспечения эффективности их регулирования.

Актуальность исследования подтверждается недостаточной раскрытостью темы, ведь катего-

рия «агросфера», несмотря на свое базовое значение для определения предмета аграрного права, не была исследована на диссертационном или монографическом уровне. Недостаточное доктринальное исследование понятия агросферы, явный недостаток четкого законодательного закрепления обуславливают необходимость изучения не только элементов и содержания данной категории, но и формулировки ее дефиниции. Это позволит существенно обогатить науку аграрного права. Как справедливо указывает Н.И. Панов, отрасли юридической науки должны оперировать как атрибутом соответствующим инструментарием познания: развитой системой категорий и понятий – понятийным аппаратом, определяемым предметом данной науки. Его формирование является и важной задачей данной науки, и константой ее существования [1, с. 18]. Кроме того, введение в аграрно-правовую науку категории «агросфера», представляется, будет способствовать дальнейшей экологизации действующего аграрного законодательства, росту роли экологических требований в процессе сельскохозяйственного производства и развитию сельских территорий.

Состояние исследования. Исследованию категории «агросфера» посвящены работы таких представителей экономической науки, как О. Л. Попова [2, с. 73-84], А. А. Созинов [3, с. 7-16], Б. Й. Пасхавер [4, с. 38-44; 5, с. 73-82] и др. Привлекло данное понятие внимание и представителей земельно-правовой науки, в частности П.Ф. Кулинича [6, с. 79-82; 7, с. 43-46]. Однако в аграрно-правовой науке оно пока остается недостаточно исследованным, имеют место лишь отдельные публикации по этой проблематике [8; 9]. При этом представляется, что категория «агросфера» безусловно является системообразующей аграрно-правовой категорией, составляющей основу предмета аграрного права. В то же время, аграрные отношения являются составной частью более широких по объему общественных отношений, связанных с использованием, воспроизведением и охраной агросферы, в частности в процессе сельскохозяйственного производства. Комплексный, междисциплинарный подход к определению понятия «агросфера» обеспечит возможность получения такого научного результата, который даст возможность сформировать научнообоснованную, эффективную государственную аграрную политику, определить первоочередные действенные меры по решению имеющихся проблем функционирования и дальнейшего устойчивого развития как агросферы в целом, так и сельскохозяйственного производства в частности.

Вышеизложенное делает исследование категории «агросфера» крайне актуальным.

Целью и задачей статьи является анализ научных подходов к определению понятия агросфера, а также формулирование на его основе авторской дефиниции данного понятия как системообразующей аграрно-правовой категории, являющейся основой предмета современного аграрного права.

Изложение основного материала. Сегодня агросфера в Украине занимает более 70% территории, является местом проживания и работы значительной части населения. Кроме того, агросфера - это главный источник обеспечения населения государства продовольствием, а промышленности - сырьем растительного и животного происхождения. Изложенное и обуславливает актуальность исследования данной аграрно-правовой категории.

Понятие «агросфера» является сложным, многоаспектным, поскольку выступает и естественной, и социальной, и экономической и, в том числе, правовой категорией. В толковом словаре агросфера определяется как часть биосфера, в которую входят культурные растения, домашние животные, а также почва, обработанная под сельскохозяйственные культуры [10, с. 11].

Детальный анализ подходов к толкованию сущности агросферы со стороны представителей экономической науки сделал возможным выделить следующие точки зрения. Рассмотрим их более подробно.

Так, А. А. Созинов выводит общую дефиницию понятия «агросфера» как совокупности территорий, где вследствие действия антропогенного фактора функционируют преимущественно модифицированные человеком формы живого вещества, специализированные для эффективной трансформации солнечной энергии в необходимую для существования человечества продукцию [11, с. 381].

По мнению О.Л. Поповой, агросфера представляет собой сложную социально-экономическую и одновременно уязвимую агробиологическую систему, которой свойственны диверсифицированные функции - жизнеобеспечения (производство агропродовольствия и сырья для удовлетворения потребностей населения в продуктах питания, одежде, топливе и т.п.), жизнедеятельности (условия и качество жизни сельского населения, место приложения труда и получения доходов), жизнеустройства (освоенность среды, ее качественное состояние и экологическая безопасность) [1, с. 77].

В. Трегобчук и В. Прадун определяют агро-

сферу как часть биосфера, в которой доминируют культурные растения, домашние животные, обработанные почвы и связанные с ними организмы. Также, по мнению авторов, к агросфере принадлежат луга, пастбища, сельские поселения, малые реки, пруды, лесополосы, дубравы, все типы агроландшафтов, агроценозов и агроэкосистем, созданные умом и деятельностью человека [12, с. 5].

Несколько иную трактовку понятия «агросфера» предлагают представители правовой науки. В частности, Е. Н. Савельева рассматривает ее как системообразующую категорию аграрного права, под которой следует понимать сферу возникновения, изменения и прекращения аграрных общественных отношений между субъектами в процессе функционирования аграрного сектора экономики и сельских территорий, агроландшафтов, агроценозов и агроэкосистем, задействованных в сельскохозяйственной и тесно связанной с ней деятельности [9, с. 43-44]. Частично можно согласиться с исследовательницей, в частности, относительно того, что агросфера является системообразующей категорией аграрного права. Однако сомнительным представляется понимание агросферы лишь как сферы возникновения, изменения и прекращения аграрных общественных отношений. Исследуемая категория является гораздо более широкой и ее содержание не ограничивается указанным выше.

В большинстве же словарей и научных источников агросфера трактуется как часть биосфера, привлеченная в сельскохозяйственное использование, то есть занятая агроэкосистемами. К основным ее составляющим относятся: почва, обработанная под сельскохозяйственные культуры, культурные растения, домашние животные. Большинство исследователей также включают в агросферу сельские населенные пункты, дороги, реки, пруды, каналы, пастбища, луга, лесные полосы, рощи, все другие типы агроландшафтов, агроценозов и агроэкосистем, созданные человеком. Таким образом можно сделать вывод о том, что в целом конструкцию агросферы составляют сельскохозяйственное производство, сельское население и сельские территории (агроландшафты, агроэкосистемы). Иначе говоря, агросфера объединяет в себе производственный, социальный и экологический аспекты.

Представляется, что агросфера - это сложная системообразующая аграрно-правовая категория, составляющая основу предмета аграрного права и представляющая собой часть биосфера, пригодную для использования в процессе сельскохозяй-

ственного производства. Она включает следующие элементы: а) объекты аграрных правоотношений (культурные растения, сельскохозяйственные животные, обработанную почву под сельскохозяйственные культуры) б) определенный круг их субъектов - сельское население в лице физических лиц, которые могут работать в сельскохозяйственных предприятиях по трудовому договору, быть членами или участниками таких предприятий или заниматься ведением личного крестьянского хозяйства; в) область реализации аграрных прав и обязанностей, а следовательно и возникновения, изменения и прекращения аграрных правоотношений - сельские территории, агроландшафты, агроэкосистемы, сельскохозяйственное производство и др.

Учитывая изложенное, можно констатировать тесную связь между агросферой и концепцией устойчивого развития сельского хозяйства, которая также включает производственную, социальную и экологическую составляющую. Принятая ООН стратегия устойчивого развития исходит из того, что экономическое и социальное развитие, а также охрана окружающей среды являются взаимосвязанными и взаимодополняющими компонентами такого развития.

Следует согласиться с П. Ф. Кулиничем, что агросфера есть и исторически длительное время будет оставаться источником продовольственного обеспечения общества, а значит будет требовать существования, всестороннего совершенствования и дальнейшего развития аграрных (производственных) отношений с участием субъектов сельскохозяйственного производства [7, с. 45]. Действительно, от состояния агросферы в значительной степени зависят благосостояние и условия жизни нынешнего и будущих поколений. Использование ее в процессе традиционного аграрного производства существующими ныне истощающими способами индустриальной модели приведет лишь к углублению экологического кризиса, к окончательному истощению природного потенциала и другим крайне негативным последствиям, включая угрозу самому существованию человечества. Как отмечается в специальной литературе, сельскохозяйственная деятельность, связанная с трансформацией природных ландшафтов в агроландшафты, неизменно сопровождается снижением биоразнообразия и экологической устойчивости последних. Поэтому решение вопросов обоснования структуры использования земельных угодий в системах агроландшафтного земледелия должно базироваться на использовании социоприродного подхода, позволяющего учиты-

вать изменение состояния основных компонентов ландшафта в результате сельскохозяйственной деятельности [13, с. 219]. Справедливым также представляется тезис Е. Н. Савельевой о том, что для обеспечения устойчивого аграрного производства требуют более совершенного правового регулирования нормами именно аграрного права отношения в сфере внедрения современных экологически безопасных инновационных технологий использования земель сельскохозяйственного назначения в процессе производства продукции животного и растительного происхождения [14, с. 327-328]. Таким образом, в современных условиях особую актуальность приобретает проблема устойчивого развития агросферы, что в свою очередь предполагает и требует устойчивого развития сельскохозяйственного производства и должно быть обеспечено соответствующими правовыми средствами.

Представляется целесообразным обратиться к позитивному опыту зарубежных государств. Например, в США и других странах в свое время была принята система законодательных актов, касающихся охраны земель, экологического регулирования основных видов сельскохозяйственной производственной деятельности и ограничений негативного воздействия на нее промышленности и урбанизированных территорий. Были созданы специальные государственные службы, которые с помощью консультационно-совещательных услуг, различных премий и штрафов, снижения налогов, льготных кредитов, значительных дотаций, целевых государственных инвестиций и т. п. помогают фермерам соблюдать требования агроэкологии [3, с. 8].

Государственное регулирование процессов использования ресурсов агросферы в процессе сельскохозяйственного производства, в частности земель сельскохозяйственного назначения, приобретает особую актуальность в том числе и в связи с тем, что на основной части этих земель в Украине осуществляют производственно-хозяйственную деятельность не собственники, а арендаторы, целью которых является получение прибыли от данной деятельности, а не экологически сбалансированное использование или охрана как земельных участков, не являющихся их собственностью, так и окружающей природной среды. Определенные угрозы в этой сфере могут возникнуть и в результате введения рынка сельскохозяйственных земель в случае отсутствия эффективного и действенного механизма защиты прав населения Украины, в частности крестьян, территориальных громад и государства.

Поэтому в большинстве развитых стран сформировалась государственная политика, направленная на защиту агросферы. Особо позитивными результатами характеризуется стратегия, базирующаяся на парадигме устойчивого развития агросферы. Сегодня в Украине назрела острая потребность в формировании стратегии развития как сельскохозяйственного производства, так и агросферы в целом именно на принципах устойчивого развития, что должно найти закрепление и в действующем законодательстве.

В законодательстве Украины в последние годы предприняты определенные попытки определить пути обеспечения устойчивого развития сельскохозяйственного производства и сельских территорий. Законом Украины от 16 сентября 2014 годаratифицировано Соглашение об ассоциации между Украиной, с одной стороны, и Европейским Союзом, с другой стороны [15]. Статьей 404 данного Соглашения предусмотрено сотрудничество сторон в сфере сельского хозяйства путем стимулирования современного и устойчивого сельскохозяйственного производства, с учетом необходимости защиты окружающей природной среды и животных, в том числе, путем применения методов органического производства.

Приоритетными направлениями достижения стратегических целей согласно Стратегии развития аграрного сектора экономики на период до 2020 года, утвержденной Распоряжением Кабинета Министров Украины от 17 октября 2013 года [16], кроме прочих, были провозглашены: обеспечение качества и безопасности пищевых продуктов; совершенствование системы государственного контроля в сфере земельных отношений; стимулирование рационального и эффективного использования указанных земель, повышение уровня экологизации сельскохозяйственного землепользования; обеспечение стабильной системы государственной поддержки аграрного сектора, установление критериев доступа к прямой бюджетной поддержке с учетом социально-экономической роли хозяйств для сельских громад, соблюдения агроэкологических требований и др.

Обеспечение организационно-правовыми, экономико-хозяйственными, экологическими, информационными, образовательно-воспитательными, официально-этическими мерами устойчивого развития сельскохозяйственного производства позволит увеличить объемы производства продукции растениеводства, животноводства, aquaculture, лесоводства, повысить ее качество и безопасность, а значит, и ее конкурентоспособ-

ность как на внутреннем, так и на международном уровне. Повышение конкурентоспособности продукции национального сельскохозяйственного производства путем преобразования аграрного сектора в высокоеффективный, конкурентоспособный на внутреннем и внешнем рынках сектор экономики, как и обеспечение продовольственной безопасности Украины провозглашено одними из стратегических целей государственной аграрной политики нашего государства (ст. 2 Закона Украины от 18 октября 2005 года «Об основах государственной аграрной политики на период до 2015 года») [17]. Кроме того, аграрный сектор является перспективной сферой инвестирования в экономику Украины, что обусловлено растущими спросом и ценами на продовольствие на мировом рынке и необходимостью обеспечения продовольственной безопасности нашего государства.

Обеспечение устойчивого развития сельскохозяйственного производства включает следующие составляющие: повышение конкурентоспособности аграрного производства; обеспечение экономической эффективности; развитие органического сельскохозяйственного производства и других видов экологического предпринимательства (производство экологически чистых продуктов, средств защиты растений; работы и услуги по рекультивации и восстановлению окружающей природной среды; биотехнологии и т. д.) [18, с. 22–23]; внедрение ресурсосберегающих, безопасных, экологически чистых технологий производства сельскохозяйственной продукции, а также международных стандартов ее безопасности и качества; производство биотоплива и др. Особую актуальность для Украины все это приобретает в условиях евроинтеграции.

При этом, как видится, решение проблемы обеспечения устойчивого развития сельскохозяйственного производства и агросфера в целом требует комплексного, системного подхода, использования совокупности организационно-правовых, экономико-хозяйственных, экологических, информационных, образовательно-воспитательных, социально-этических мер, что должно найти закрепление в Концепции устойчивого развития сельскохозяйственного производства в Украине на период до 2030 года, а также в Законе Украины «Об устойчивом развитии сельских территорий» [19, с. 320]. Прежде всего, в данном нормативно-правовом акте должны найти законодательное закрепление дефиниции основных понятий, таких как агросфера и устойчивое развитие сельскохозяйственного производства. Кроме того, указанным Законом должны быть заложены основы

правового механизма обеспечения устойчивого развития агросферы для удовлетворения потребностей как нынешнего поколения, так и будущих поколений в ее ресурсах.

Выводы. Формулирование дефиниции такой системообразующей аграрно-правовой категории, как «агросфера» позволит не только обогатить аграрно-правовую доктрину и заложить рациональную методологическую основу подходов к пониманию предмета аграрного права, но и будет способствовать повышению эффективности правового регулирования отношений в исследуемой сфере. При условии законодательного обеспечения устойчивого развития сельскохозяйственного производства, агросфера как система, объединяющая производственную, социальную и экологическую составляющие, обеспечит возможность удовлетворять растущие потребности в продовольствии в органичном сочетании с сохранением и приумножением агроресурсного потенциала, а следовательно, будет способствовать достижению стратегических целей государственной аграрной политики Украины.

Список использованной литературы

1. Панов Н. И. Методологические аспекты формирования понятийного аппарата юридической науки. *Правоведение*. 2006. № 4. С. 18–28.
2. Попова О. Агросфера: соціоекономічний зміст і засади сталого розвитку. *Економіка України*. 2012. № 5. С. 73–84.
3. Созінов О. О. Агросфера України у ХХ столітті. *Вісник НАН України*. 2001. № 10. С. 7–16.
4. Пасхавер Б. Сценарії розвитку агросфери. *Економіка України*. 2011. № 11. С. 38–44;
5. Пасхавер Б. Рентабельность агросфери: проблема стабильности. *Економіка України*. 2004. № 2. С. 73–82.
6. Кулинich П. Ф. Правове забезпечення екологічної безпеки агросфери: постановка проблеми. *Актуальні проблеми становлення і розвитку права екологічної безпеки в Україні*: матер. наук.-практ. Круглого столу (28 берез. 2014 р., м. Київ) / ред. кол. М.В. Краснова та ін.; Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Чернівці: Кондратьєв А.В., 2014. С. 79–82.
7. Кулинich П. Ф. До питання про розвиток предмета аграрного (сільського) права. *Аграрне право як галузь права, юридична наука і навчальна дисципліна*: матер. Всеукр. круглого столу (25 трав. 2012 р., м. Київ): зб. наук. пр. / за заг. ред. В.М. Єрмоленка, В.І. Семчика. К.: Видавн. центр НУБіП України, 2012. С. 43–46.
8. Курман Т. В. Агросфера як основа сталого розвитку сільськогосподарського виробництва. *Наук. вісник Нац. університету біоресурсів і природокористування України*: Серія «Право» / ред. кол.: С. М. Ніколаєнко

- (гол.) та ін. К.: Нац. ун-т біоресурсів і природокористування України, 2014. Вип. 197. Ч. 2. С. 48-54.
9. Савельєва О. М. Правове регулювання відносин в агросфері: моногр. / за заг. ред. М. В. Шульги. Х.: Друкарня «Мадрид», 2017. 208 с.
10. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і доповн.) / Уклад. і гол. ред. В. Т. Бусел. К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.
11. Созинов О. О. Агросфера України (минуле, сьогодення, майбутнє). Наук. записки. Т. 9. Спец. вип. К.: «Academia», 1999. С. 381.
12. Третячук В., Прадун В. Аграрна сфера: модель сталого розвитку. *Вісн. НАН України*. 2004. № 9. С. 5–16
13. Мельник Л. В. Еколого-економічне обґрунтування раціонального використання агроландшафтів. *Держава і право: проблеми становлення і стратегія розвитку*: зб. матер. VII Міжнар. Наук.-практ. конф. (17-18 травня 2014 р., м. Суми) / Сумська філія ХНУВС. Суми: Друк. дім «ПАПІРУС», 2014. С. 219-222.
14. Савельєва О. М. Про забезпечення сталого сільськогосподарського виробництва як предмет правового регулювання. *Сучасні науково-практичні проблеми екологічного, земельного та аграрного права*: матер. «круглого столу» (м. Харків, 6 грудня 2013 р.): зб. тез наук. доп. / за заг. ред. А. П. Гетьмана; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». Х.: Право, 2013. С. 326-328.
15. О ратификации Соглашения об ассоциации между Украиной, с одной стороны, и Европейским Союзом, Европейским сообществом по атомной энергии и их государствами-членами, с другой стороны: Закон Украины от 16.09.2014 г. *Ведомости Верховной Рады Украины*. 2014. № 40. Ст. 2021
16. Стратегия развития аграрного сектора экономики на период до 2020 года, утвержд. Распоряжением Кабинета Министров Украины от 17.10.2013 г. *Офіц. вестник України*. 2013. № 83. Стор. 23. Ст. 3088.
17. Об основах государственной аграрной политики на период до 2015 года: Закон Украины от 18.10.2005 г. *Ведомости Верховной Рады Украины*. 2006. № 1. Ст. 17.
18. Бобкова А. Г. Види екологічного підприємництва. *Сучасні науково-практичні проблеми екологічного, земельного та аграрного права*: матер. «круглого столу» (м. Харків, 6 груд. 2013 р.): зб. тез наук. доп. / за заг. ред. А. П. Гетьмана; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». Х.: Право, 2013. С. 22–25.
19. Курман Т. В. Стадий розвиток сільськогосподарського виробництва: проблеми правового забезпечення: моногр. Х.: ЮрАйт, 2018. 376 с.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ
КУРМАН Татьяна Викторовна
 доктор юридических наук, доцент, доцент
 кафедры земельного и аграрного права
 Национального юридического университета
 имени Ярослава Мудрого;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
KURMAN Tetiana Victorivna
 Doctor of Law, Associate Professor, Associate
 Professor of the Department of Land and
 Agricultural Law of Yaroslav Mudryi National Law
 University;
reksik9@gmail.com