

**„JURNALUL JURIDIC NAȚIONAL:
TEORIE ȘI PRACTICĂ” S.R.L.**
Publicație științifico-practică de drept
**„НАЦИОНАЛЬНЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ:
ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА” О.О.О.**
Научно-практическое правовое издание
**„NATIONAL LAW JOURNAL:
THEORY AND PRACTICE” LL.C.**
Scientific and practical Publication in law

Certificat de înregistrare nr. 101360003111 din 30.09.2013
eliberat de Camera Înregistrării de Stat
ISSN 2345-1130

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

Categorie C

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

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

Fondatori:

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

Se editează din martie 2013

Nr. 3(19) 2016

Redactor-șef L. Arsene

Redactor științific O. Bejan, doctor în drept

Colegiul de redacție:

G. Alecu, doctor în drept, prof. univ., (Constanța, România); P. Biriukov, doctor în științe juridice, profesor (Voronej, Federația Rusă); V. Bujor, doctor în drept, prof. univ.; G. Costachi, doctor habilitat în drept, prof. univ.; N. Egorova, doctor în științe juridice, profesor (Volgograd, Federația Rusă); N. Karpov, doctor în științe juridice, profesor (Kiev, Ucraina); M. Corj, doctor în drept, conf. univ.; M. Gheorghită, doctor habilitat în drept, prof. univ.; I. Guceac, doctor habilitat în drept, prof. univ., membru corespondent al AŞM; V. Guțuleac, doctor în drept, prof. univ.; I. Iațenko, doctor în științe juridice, profesor, academician (Moscova, Federația Rusă); E. Haritonov, doctor în științe juridice, profesor, membru corespondent al AŞ din Ucraina (Odessa, Ucraina); V. Ţepitko, 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

Rudovska SVITLANA. Models of public policy-making cycle: role and place of public consultation.....	4
Octavian BEJAN, Valeriu BUJOR. Unele aspecte conceptuale și metodologice ale prevenirii criminalității	11
Andrey LAPKIN. Some problems of prosecutor and preliminary investigation bodies cooperation under the new criminal procedural Code of Ukraine	20
Богдана СТЕЦІК. Спосіб вчинення незаконної лікувальної діяльності	27
Ирина ТИМЧЕНКО. Взаимодействие следователя с оперативными подразделениями при расследовании умышленного выпуска на рынок Украины опасной продукции	32
К. СОЛТАН, И. ТАБАН. Граждано-правовая ответственность за вред, причиненный в результате осуществления правосудия. Некоторые проблемы	37
Б. СОСНА, А. СОСНА. Исполнение обязательств и ответственность за неисполнение обязательств.....	46
Лусине ВАРДАНЯН. Прижизненное донорство: некоторые вопросы правового регулирования.....	55
Светлана КЛЕЙМЕНОВА. Правовая характеристика медицинских услуг	60
Віталій СТАВІЦЬКИЙ. Місце договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном в системі цивільно-правових договорів.....	64
Олег ТКАЧУК. Концепт глобализации гражданского процесса: генезис и современные практики	72
Elena COMARNIȚCAIA, Lucia BEȘLIU. Cauzele și condițiile creșterii/descrescerii stării contravenționalității	79
Інна БОЛОКАН. Особливості прояву різних форм реалізації норм закону України «про звернення громадян»	85
Анна ЖУРАВЛЕВА. Конституционные аспекты принципа равенства между мужчинами и женщинами: Украина и европейский опыт	93
Ярослав КОСТЮЧЕНКО. Вопросы онтологии ассоциации в доктрине Европейского союза	99

Teoria statului și dreptului. Filosofia dreptului

MODELS OF PUBLIC POLICY-MAKING CYCLE: ROLE AND PLACE OF PUBLIC CONSULTATION

Svitlana RUDOVSKA,

post-graduate student

National Academy of Public Administration, office of the President of Ukraine

SUMMARY

The author conducts a comparative analysis of models of policy-making cycle, which were developed from the middle of the 20th century by foreign and Ukrainian scientists, researchers and analysts, specifying which of the models include public consultation as a separate and equally important stage in a public policy making cycle. There is also an estimation of role and place of public consultation in the algorithm of public policy making as the nowadays foundations of democratic transformation. The author also analyses existing tools of interaction with public authorities represented in Ukrainian legislation and presents an improved model of public policy-making cycle, based on such principles of democracy as transparency and openness, as well as working Ukrainian legislation, is iterative in nature, and includes a phase of mandatory public consultation.

Keywords: policy-making cycle, public consultations, cooperation between executive authorities and the public.

* * *

Анотація. У статті автор проводить порівняльний аналіз моделей циклу творення публічної політики, які розроблялися з середини 20 століття зарубіжними та вітчизняними вченими. Також досліджено які з цих моделей включають консультації з громадськістю як окремий та рівнозначно важливий етап вироблення політики. Обґрунтовано місце та роль публічних консультацій у алгоритмі вироблення політики як основи демократичних переворень сучасності. Проаналізовано інструменти взаємодії влади з громадськістю, представлені у законодавстві України. Автором представлена удосконалена модель циклу творення політики, яка базується на таких принципах демократії як прозорості та відкритості, чинному законодавстві України, має ітераційний характер, та включає етап обов'язкового проведення консультацій з громадськістю.

Ключові слова: цикл творення публічної політики, консультації з громадськістю, взаємодія влади та громадськості.

Nowadays as Ukraine is on the path of European integration, the issue whether the process of public policy formation and implementation in Ukraine is based on principles of democracy or not is raised and being discussed. The conditions of making significant political and administrative decisions are becoming more substantial. They are as follows: whether public opinion is taken into account before making important political-administrative decisions; whether decision-making process is transparent and open; whether dialogue between executive authorities and the public is built on mutual cooperation through involvement of citizens in the process of administration of public affairs etc.

This scientific paper is aimed at analyzing existing models of public policy-making cycle developed by Ukrainian and foreign scientists, researchers and analysts since the mid of the 20th century; identifying role and place of public consultation in public policy making process as a separate component and equally important stage; presenting current tools of participation of the public in public policy-making process in Ukraine.

The issues of policy-making cycle models were studied and developed by the following foreign sci-

entists: James E. Anderson, Peter Bridgman, Gary Brewer, Glyn Davis, William N. Dunn, Cosmo Howard, Harold Lasswell, Peter de Leon, Terrence Morrison, Robert T. Nakamura, Lisa Quinn, Eoin Young and others; among Russian scientists they are Leonid Smorgunov, Yuliya Gimazova etc., along with Ukrainian scientists such as Yuriy Kovbasuk, Kostyantyn Vaschenko, Yuriy Surmin and many others. The issues of involvement the public into administration of public affairs were studied by such Ukrainian scientists as Sergiy Teleshun, Svitlana Sytnyk, Igor Reyterovych, Oleksandr Puhkhal, Olena Krutiy, Oleksandr Dem'yanchuk etc.

Today, the scientific community discusses participation of the public as an essential component of public policy making cycle in countries of developed democracy and define it as a strict requirement of efficient public policy formation. However, we suggest stating the scientific research with defining the terms "cycle" and "policy-making cycle" at the very beginning.

The term "cycle" in Greek means "circle"; and according to the Academic explanatory dictionary of the Ukrainian language "cycle" is a set of interrelated phenomena, processes, work that creates a complete range

of actions over the fixed period of time [11]. The term “policy-making cycle” is considered as a tool of policy analysis or “phased approach”, although some scientists claim that it is rather a theoretical model than what it is in reality [4]. The Encyclopedic Dictionary of Public Administration defines the term of policy cycle as follows: “The term policy cycle refers to the recurrent pattern shown by procedures that ultimately lead to the creation of a public policy. The advantage of analyzing these procedures by dividing them into stages (agenda-setting, formation, and implementation) resides in the way it offers explanatory insights into the decision-making process. More precisely, the notion of policy cycle provides a means of thinking about the sectoral realities of public policy processes” [5].

A Russian scientist Yuliya Gimazova believes that a policy cycle is a sequence of actions made by the state institutions of power and administration including Policy Initiating; Policy Development and Legitimization; Implementation and Monitoring of the Policy; Assessment and Correction [7].

According to Ukrainian scientists in public administration, namely Yuriy Kovbasyuk, Kostyantyn Vaschenko, Yuriy Surmin, public policy making is a set of stages, factors, conditions of activities of policy subjects and special interest groups in the process of selecting strategic objectives and their record in the relevant documents (laws, programs, doctrines etc.)[9, p. 23].

Other Ukrainian scientists in public administration Sergiy Teleshun, Svitlana Sytnyk also emphasize the need of involving the public into the formation and implementation of public policy and public decision-making process through various legal forms of participation as much as possible. They also highlight that the reorientation of public administration on providing services to a citizen-taxpayer is a major step in the transformation in the political-legal, political-administrative systems, reflecting a new model of cooperation between the state and citizens [13, p. 6].

Therefore, we believe that the policy-making cycle is a sequence of actions taken by executive authorities to develop, discuss and agree on political-administrative decisions in cooperation with all policy stakeholders, aimed at meeting the needs of the citizen-taxpayer of the current stage of state development.

According to the models of policy formation and implementation cycle, developed and presented in scientific works of Ukrainian and foreign researchers, not all of them included consultations, especially with the public.

The idea of forming a policy cycle model was first developed by the American political scientist Harold Lasswell [3]. This model was quite ordered and demonstrated a certain standard. Firstly, it was criticised on a lot of points, but later successfully used as the basic

structure for future research and was the starting point for many scientific developments applied in the theory of decision making and administration theory. Later this model was used in public political process development by James E. Anderson (1975), Gary Brewer and Peter de Leon (1983) and others [1, p. 315].

Harold Lasswell's model includes 5 stages: 1) Agenda-setting - Recognition of a particular issue as a problem that requires further attention of the government; 2) Policy Formulation which includes an examination of options or available alternative courses of action in order to solve the problem (evaluation, dialogue, formulation and consolidation); 3) Decision-making - Government decides on the final course of action, whether the suggested solution is to be given status quo or to be changed; 4) Implementation - The final decision is to be executed; 5) Evaluation - Policy efficiency evaluation in line with initial intentions and outcomes. Policy actors try to determine whether the course of action is a success or a failure, studying the impact and practical results [3].

As we can see, this model contains no information on consultations, either with scientific and expert community or with the public. It is not deployed, but only indicates the main stages of policy-making process.

Later Peter Bridgman and Glyn Davis (Australia) improved H. Lasswell's public policy cycle model and in 1998 published the first edition of «The Australian Policy Handbook» where Australian public policy cycle model was presented to the scientific and political community. The guidance was designed for public officials to provide assistance in understanding and development of “sound public policy”. This model shows an 8-stage series of logical steps of development and iterative improvement of public policy, namely: Issue identification – a new issue emerges through some mechanism; Policy analysis – research and analysis of the policy problem to establish sufficient information to make decisions about the policy; Policy instrument development – the identification of which instruments of government are appropriate to implement the policy. Could include legislation, programs, regulation, etc.; Consultation (which permeates the entire process) – garnering of external and independent expertise and information to inform the policy development; Coordination – once a policy position is prepared it needs to be coordinated through the mechanisms and machinations of government. This could include engagement with the financial, Cabinet and parliamentary processes; Decision – a decision is made by the appropriate person or body, often a Minister or the Cabinet; Implementation – once approved the policy then needs to be implemented; Evaluation – an important process to measure, monitor and evaluate the policy implementation [2].

Public policy cycle model from Peter Bridgman and Glyn Davis

Figure 1

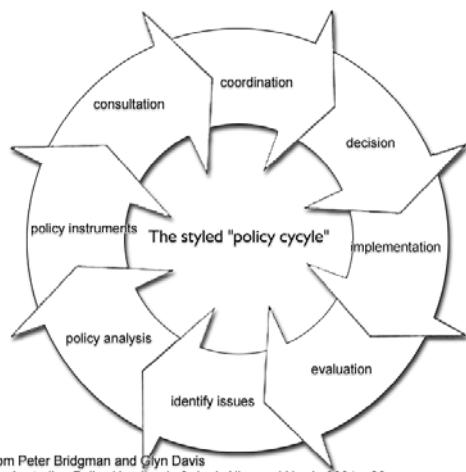
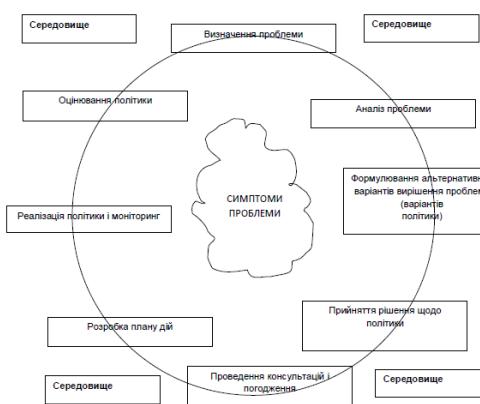


Figure 2



The following two diagrams demonstrate this pattern, the left one (see Figure 1) was placed directly in the Australian Policy Handbook, and the right one (see Figure 2) is translated into Ukrainian and presented in scientific works of some Ukrainian scientists [9, p. 51-52].

However, this model was criticized by Dr. Cosmo Howard, who conducted numerous interviews with senior public servants in Australia and confirmed the fact that in reality formation and implementation of public policy is not as linear and structured. Most of these processes differ from each other, and they deviate from this model. Some stages are not included; some of them are carried on more rapidly than others. Another reason for the criticism of the model C. Howard views in the lack of participation of the public in policy formation and implementation. To his mind the changing role of the public in the 21st century is not captured by the policy cycle model. The proliferation of digital information and communications creates new challenges and opportunities for modern policy makers. They must now compete for influence and attention in an ever expanding and contestable market of experts, perspectives and potential policies.

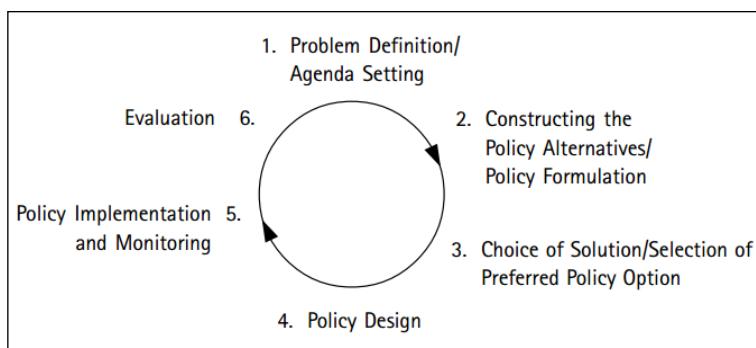
Other scientists comment on Dr. C. Howard's vision as follows "This has moved policy development and influence away from the traditional Machiavellian bureaucratic approach of an internal, specialized, tightly controlled monopoly on advice, towards a more transparent and inclusive though more complex approach to policy making. Although Bridgman and Davis go part of the way to reflecting this post-Machiavellian approach to policy by explicitly including consultation and the role of various

external actors in policy making, they still maintain the Machiavellian role of the public servant at the centre of the policy making process[2].

We agree with Dr C. Howard that consultation with the public is an essential step in public policy formation, because in a democracy, citizens must be treated not only as taxpayers but also as stakeholders and policy customers. What is more, at the time of information society development, growing access to public information and the introduction of a large range of information mechanisms, communication between government and citizens is not only the possibility to provide a dialogue, but also to raise the level of competitiveness, efficiency and expertise of officials as well as to fight for authority and recognition of the public.

The next version of the policy-making cycle model was designed by Eoin Young and Lisa Quinn (see Figure 3) and presented in scientific work "How to write an effective analytical instrument in the field of public policy: a guide for policy advisers in Central and Eastern Europe" (2003).

Figure 3. The Policy Cycle from Eoin Young and Lisa Quinn

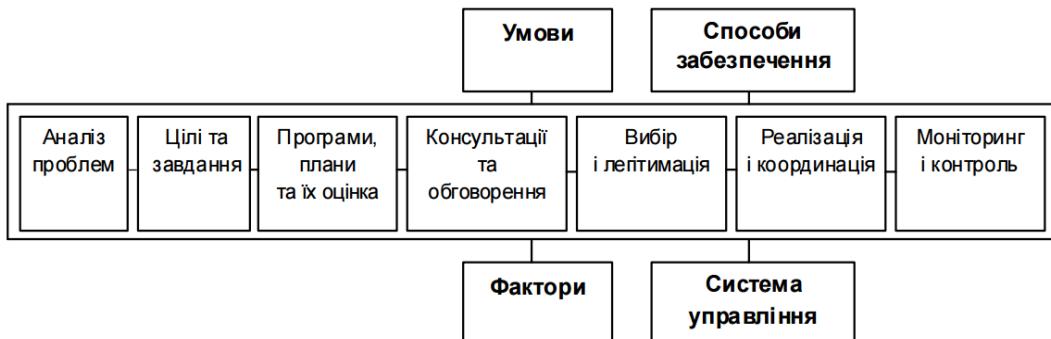


The authors note that the policy cycle is depicted as a circle and is iterative in its nature which means that any of the approaches may be revised at the stage of evaluation: the issue itself, preliminary selected policy option, the policy draft or its implementation procedure. This means that in the process of issue resolving it can be returned back to the agenda or any previous stage of

the process, or the implementation of the policy can be carried out following the previously discussed method, but not selected as the final one [6, p. 16]

Ukrainian scientists in public administration, namely Yu. Kovbasyuk, K. Vaschenko, Yu. Surmin in their scientific work present the following public policy cycle model (see Figure 4).

Figure 4. The General Scheme of Public Policy Development



This model is presented not in the form of a cycle, but in the form of a flowchart entitled "General scheme of public policy development" (2014) and involves the following stages: issue analysis, setting goals and objectives, programs development, plans and assessment, consultations and discussions, selection and legitimization, implementation and coordination, monitoring and control. Moreover, the scheme clearly illustrates that a direct impact on the entire process of public policy making is made under certain conditions, factors and means of provision and administration system [9, p. 51-52].

In this public policy cycle model there is a stage of consultations and discussions, however, the authors do not specify what kind of consultations should be conducted, with scientific and expert community, with other government authorities or with the public. To our mind this fact demonstrates the lack of attention to public consultation and respective advice provision in the process of public policy formation.

In the information brochure devoted to policy analysis, developed by the National Agency of Ukraine on Civil Service, there is also another model of policy-making cycle presented below (see Figure 5):

Figure 5. Policy process from the National Agency of Ukraine on Civil Service



The developers note that, unlike political activities which involve politicians and political parties, a key role of ensuring whether process of policy formation and implementation is effective belongs to public ser-

vants. Professional and unbiased public service, which is a key factor in good governance, must comply not only with consistent and comprehensive implementation of policy in various fields, but also a detailed

analysis of policy, conduction of public and inter-agency consultations in the early stages of decisions development, justification of the optimal option of solution. In addition, they also state that process of policy development and coordination should be simplified in order to be adapted to European standards. The task is to develop and implement policy and laws by sectoral ministries under the conditions of providing essential consultations and regular contacts with the civil society, while the centre should establish coordination and support in the Cabinet of Ministers of Ukraine strategic leadership [8].

This model differs from the above in focusing on consultations at every stage of policy cycle. As the diagram shows consultations are placed in the centre of public policy-making cycle, thus, are considered as a key factor of public policy efficiency. However, the authors emphasize that consultations should be both cross-sectorial and with the public, thus, do not distinguish public consultation as a separate stage of policy formation cycle.

The next model of policy formation and implementation is presented by the Member of Parliament of Ukraine Volodymyr Yaroschuk [14]. He describes two main public policy making components: the first is policy formation based on defining the mission and strategically oriented objectives, taking into account the principles and priorities of their development; and the second is policy implementation along with use of modern mechanisms, including mandatory feedback at the stage of policy monitoring. Mr. Yaroschuk also emphasizes the need of appropriate legal, institutional, financial, informational and staffing provision in order to ensure efficiency of formation and implementation of public policy process.

Therefore, we can see that all proposed models of public policy-making cycles are mainly composed of 4 main stages. The first stage is the stage of policy initiation which requires analysis of the situation and identification of socially important issues to be addressed to the state. The second stage involves policy development which includes working out of alternatives to solve the defined issues and analysis to determine the most optimal and rational one (development and approval of official document, required budget and sources allocation). The third phase is policy implementation, which involves the direct realization of political-administrative decision; and the fourth phase is considered as policy evaluation, this is the process of policy outcomes analysis in correspondence with the objectives identified at the first phase of the policy making.

Analyzing the above models in terms of consultations, we can see that the corresponding stage takes

place in the model of P. Bridgman and G. Davis, but it includes expert advice, not public consultation, for which this model is criticized by other scientists. The flowchart entitled "General scheme of public policy development" (see Figure 4) also includes such a phase of consultation and coordination in a policy development cycle, but it is not specified what kind of consultations should be carried out. The policy cycle model represented by the National Agency of Ukraine on Civil Service (see Figure 5) reveals that consultation also takes place and is positioned in the centre of the diagram. However, the scheme description implies that the consultation should be carried out at each stage and includes consultation with the public along with consultation with relevant experts through the formation of advisory committees, commissions, councils, which usually convolve public servants of a different field and rank, leading experts and experienced practitioners from government establishments and educational institutions.

Thus, none of the above public policy making cycle models presents public consultation as a separate stage which involves public events engaging civil society associations into the process of political-administrative decision making.

Regarding the issue of public consultation as a vital condition of efficient public policy making, the scientists state the following. Russian scientists L. Smorgunov claims that public policy is to be developed by the highest public authorities taking into account a lot of factors and conditions, with participation of other policy actors such as political parties, civil society associations, universities and research centres, influential leaders of business, culture, science and others. Moreover, he believes that in public policy making process the central place must be obtained by the basic interests of society, the strategic needs of the stage of state development, expressed by political leaders and elites in the form of basic principles and strategic objectives with the corresponding public support [12, p. 79].

Ukrainian scientists S. Teleshun and S. Sytnyk also emphasize that the legal mechanism for policy implementation as the process of political and administrative decision making and effective interaction cannot fully operate along with lack of formal procedures. However, public policy must ensure realization of the inalienable principles of law-making, as follows: democracy - which characterizes degree of public participation in this process, level of procedural norms and institutions in society; and transparency - characterized by openness and transparency of law-making process for the public and smoothness of information circulation [13, p. 8].

Today the Ukrainian legislation provides its society

with a number of mechanisms for public participation in public policy formation and implementation process. In order to grant the right of the public to participate in public affairs, providing opportunities for free access to information regarding the activities of the executive authorities, as well as ensuring publicity, openness and transparency of their activities, the government bodies in Ukraine are required to arrange and conduct compulsory public consultation in public policy making process.

According to the Regulation of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On providing participation of the public in the formation and implementation of public policy", public consultation is held on issues relating to socio-economic development, realization and protection of citizens rights and freedoms and satisfaction of their political, economic, social, cultural and other interests. Results of the public consultation are to be accounted by the executive authority at the stage of final decision making or in its future work [10]. A public discussion involves the organization and conduction of public events by the executive authorities such as conferences, forums, public hearings, round-tables, meetings, conventions along with participation of the public; as well as Internet and video conferencing. Additionally, as a part of public discussion there may be held meetings of so called public councils and other consultative-advisory bodies established at the executive authorities of all levels.

Therefore, public consultation is a form of participation of civil society and its associations in public policy making process that allows building a direct and inverse relationship between government and civil society. Through public consultation public authority can hear citizen views on a developing policy, obtain approval from the public on proposed decisions made by the authority, as well as take notice of alternative proposals given from the public if they occur, and then consider whether the proposed options reasonably meet the needs of the citizen and correspond with the top-priority objectives of the state development.

Interaction and mutual cooperation between government and the public are beneficial for all stakeholders, in case executive authority takes into account needs of the public, and implement political and administrative decisions prior approved by the public; meanwhile the public is to refuse being passive but willing to take an active part in public policy making process using existing tools of public impact.

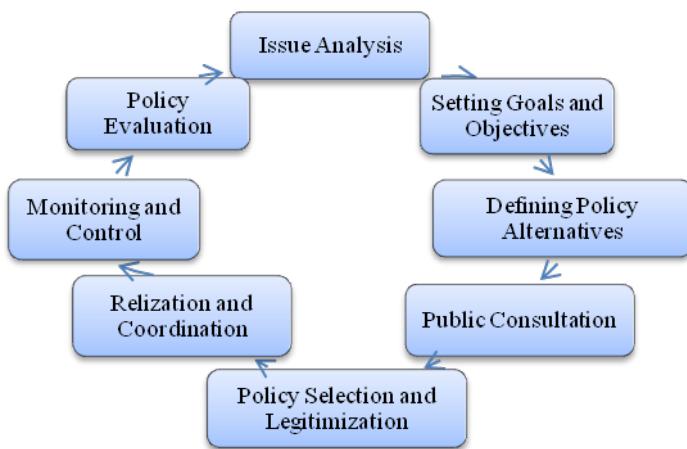
The process of policy-making in Ukraine can be democratic and win-win for all involved stakeholders through effective public consultation as a mandatory component of public policy making cycle in case: all

stakeholders are interested in the cooperation and dialogue, able to present significant policy options and to be heard, aimed at the best policy option formation required by the society and state development stage; the government is flexible regarding adjusting provisionally developed policy option according to the citizens needs after public consultation; the executive authorities demonstrate the ability of accepting the alternative decision presented in time of public consultation developed by the public as a more efficient policy option.

The presented above models of public policy making cycle reveal that the position of public consultation as a separate stage is not clearly defined in any of them, however some scientists state it a prerequisite for public policy aimed at meeting society needs. All analyzed public policy cycles demonstrate the staged process of policy-making divided into two main phases: the phase of policy formation including policy initiation and policy development stages, and the phase of policy implementation which involves political-administrative decision realization and evaluation stages.

The most relevant model of public policy-making process where consultation is figured out as a separate step is illustrated in the flowchart entitled "General scheme of public policy development" (see Figure 4) which we take as a basic one in our model development. With the purpose of this policy-making cycle model enhancement, we believe it must be created in the form of a vicious circle (not a flowchart), i.e. in the form of the cycle, and be iterative in nature. At the phase of policy formation apart from the stages of issue analysis, setting goals and objectives, defining policy alternatives, the stage of consultation and discussion should be changed into public consultation followed by policy selection and legitimization, which is also an essential component, but mentioned not in all cycle models. This is the stage when government makes a decision whether to incorporate any changes into the policy option afterwards consultation with the public. In case the executive authority rejects of the policy option suggested by the public, it has to justify and substantiate the final decision (in accordance with Ukrainian working legislation).

The next phase of the public policy making cycle is the phase of policy implementation, which should include direct policy realization and policy coordination, as well as monitoring and control stages. However, to our mind, it is essential to add policy evaluation phase, as the result of the policy implementation, which brings about new challenges and issues into the political agenda to be resolved in future (see Figure 6).

Figure 6. Public policy-making cycle

Further scientific research will be focused on the study of mechanisms of cooperation enhancement between the executive authorities and the public in the frame of public policy in Ukraine.

References:

1. Chaltseva, O. (2014). *Models of formation of public policy*. Львів: Вісник Львівського університету, 316.
2. Improving the Public Policy Cycle Model. <<http://pipka.org/2014/07/08/essays-improving-the-public-policy-cycle-model>>.
3. Lasswell H. (1948) *Power and Personality*. New York.
4. Nakamura, R. (1987). *The Textbook Policy Process and Implementation Research: Review of Policy Research*. Issue 1, 142–154.
5. Savard, J., Banville R. Policy Cycles. *Encyclopedic Dictionary of Public Administration*. <http://www.dictionnaire.enap.ca/dictionnaire/docs/definitions/definitions_anglais/policy_cycles.pdf> (2012).
6. Young, E. & Quinn, L. (2002). *Writing Effective Public Policy Papers: A Guide to Policy Advisers in Central and Eastern Europe*. Budapest, 16.
7. Гимазова, Ю. В. (2014). *Государственное и муниципальное управление*. Москва: Издательство Юрайт.
8. Ібрагімова, І. М. Аналіз політики. *Головдержслужба України*. <[http://www.center.gov.ua/attachments/article/64/buklet_policy_analysis%20\(2\).pdf](http://www.center.gov.ua/attachments/article/64/buklet_policy_analysis%20(2).pdf)>
9. Ковбасюк, Ю. В., Ващенко, К. О., Сурмін, Ю. П. (2014). *Державна політика*. Київ: НАДУ, 23.
10. Постанова про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики (2010) (Кабінет Міністрів України) <<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/996-2010-%D0%BF>>
11. Словник української мови (1980). Том 11, 211.
12. Сморгунов, Л. В. (2006). *Государственная политика и управление*. Москва: Российская политическая энциклопедия, 79.
13. Телешун С.О., Ситник С.В. (2010) *Правові механізми реалізації публічної політики*. Київ: Державне управління : теорія та практика.
14. Ярощук, В. І. (2012). Формування державної політики розвитку високо урбанізованих територій. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. <<http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=406>>.

Dreptul penal, criminalistica, criminologia

UNELE ASPECTE CONCEPTUALE ȘI METODOLOGICE ALE PREVENIRII CRIMINALITĂȚII

Octavian BEJAN,

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

Valeriu BUJOR,

doctor în drept, profesor universitar, criminolog,

Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

RÉSUMÉ

Le développement de la recherche et la pratique de prévention de la criminalité est considérablement ralenti par l'absence d'une théorie générale de la prévention de la criminalité assez développée. Les résultats présentés dans cet article proviennent des recherches criminologiques qui ont poursuit le but d'éliminer ce vide. Les recherches criminologiques en cause ont été réalisées en appliquant la méthode de construction abstraite, la méthode d'analyse du contenu, la méthode d'observation, la méthode documentaire et la méthode d'entrevue. Au bout des recherches, nous avons constaté que les définitions qu'on retrouve dans les ouvrages nationaux de criminologie dénotent certaines carences, inclusivement essentielles. Nous avons donné une définition de la prévention de la criminalité, l'élaboration de laquelle a pris en compte les déficiences des définitions analysées. De même, nous avons tiré la conclusion que chaque méthode de prévention de la criminalité peut être appliquée par quatre techniques, que nous avons caractérisées. Nous avons proposé une série de nouvelles classifications. Les auteurs considèrent qu'il est nécessaire de continuer les efforts de développer la théorie générale de la prévention de la criminalité.

Mots-clés: criminologie, prévention, criminalité, conceptions, méthode, méthodologie, comportement criminel, conduite criminelle.

REZUMAT

Dezvoltarea cercetării și practicii de prevenire a criminalității este considerabil încetinită de lipsa unei teorii generale a prevenirii criminalității suficient de dezvoltate. Rezultatele prezентate în acest articol provin din cercetări criminologice care au urmărit înlăturarea acestui gol. Cercetările criminologice în cauză au fost realizate aplicând metoda construcției abstrakte, metoda analizei de conținut, metoda observării, metoda documentară și metoda interviului. La capătul cercetărilor, am constatat că definițiile ce se regăsesc în lucrările naționale de criminologie vădesc cureau, inclusiv esențiale. Am dat o definiție a prevenirii criminalității, la a cărei elaborare s-a ținut cont de deficiențele definițiilor analizate. Am propus o delimitare a metodelor de prevenire a criminalității. De asemenea, am tras concluzia că fiecare metodă de prevenire a criminalității poate fi aplicată prin patru tehnici, pe care le-am caracterizat. Am propus un sir de noi clasificări. Autorii consideră că este necesar a continua eforturile de dezvoltare a teoriei generale a prevenirii criminalității.

Cuvinte-cheie: criminologie, prevenire, criminalitate, concepții, metode, metodologie, comportament criminal, conduită criminală

Introducere. Întrucât criminalitatea reprezintă un fenomen socialmente distructiv, societatea desfășoară o activitate anticrimă permanentă. O societate poate exista numai în condițiile respectării unor norme de conduită, prin intermediul cărora este organizată interacțiunea dintre membrii acesteia. Normele sociale adoptate stabilesc un sistem de relații sociale. Cu cât normele sociale sunt mai bine gîndite și individii înțeleg mai profund însemnatatea respectării acestora, cu atît societatea funcționează mai bine și fiecare membru se bucură de condiții mai bune de satisfacere a necesităților sale materiale și spirituale. Dimpotrivă, comportamentele criminale afectează funcționalitatea societății sau, altfel spus, dezorganizează sistemul relațiilor sociale, din care cauză provoacă o reacție de autoapărare a societății.

În ciuda importanței ei deosebite, criminologia a făcut progrese neconvingătoare în direcția dezvoltării unei teorii generale a prevenirii criminalității, suficient de ample, exacte și sistematizate. Există puține lucrări privitoare la aceste probleme criminologice, îndeosebi monografii și manuale, după cum rezultă din studiul nostru bibliografic. Elaborarea unor modalități particulare de prevenire a criminalității și a unor tipuri de criminalitate a avansat cu un ritm superior celui al elaborării unei teorii generale de prevenire a criminalității. Acest fapt denotă că și cunoașterea științifică a problemei prevenirii criminalității se află într-un stadiu inițial. Numai după constituirea unei teorii generale a prevenirii criminalității vom putea vorbi despre o maturitate științifică a cunoașterii criminologice și, în consecință, a activității sociale de

prevenire a criminalității. O teorie generală bine dezvoltată va cataliza și va facilita elaborarea măsurilor de prevenire a criminalității [1].

Prin cercetările criminologice realizate, ale căror rezultate sunt prezентate în acest articol, autorii și-au propus să contribuie la dezvoltarea teoriei generale a prevenirii criminalității, analizând un șir de viziuni exprimate în criminologia națională, delimitând și caracterizând metodele de prevenire, precum și elaborând noi clasificări.

Metode aplicate și materiale utilizate. Rezultatele științifice prezентate în acest articol au fost obținute deopotrivă prin metode teoretice și empirice de cercetare criminologică. Dintre metodele teoretice a fost aplicată cea a construcției abstracte, iar dintre metodele empirice – metoda analizei de conținut, metoda observării, metoda documentară și metoda interviului. Metoda construcției abstrakte a servit la studierea activității de prevenire prin prisma cunoștințelor existente, la cercetarea concepțiilor naționale referitoare la prevenirea criminalității, la formularea unor probleme criminologice, la delimitarea metodelor de prevenire, la distingerea tehniciilor și procedurilor de metode, precum și la elaborarea unor clasificări.

Metoda analizei de conținut a fost aplicată la studierea textului lucrărilor științifice și a actelor normative naționale și ale altor state. Metoda observării a fost aplicată la studierea unor obiecte diverse din univers cu scopul de a releva unele trăsături generale ale acestora, precum și la studierea activității de prevenire a criminalității. Metoda documentară a fost folosită la studierea diverselor documente care se refereau sau includeau referințe la acțiuni de prevenire a criminalității, întreprinse de organele anticrimă naționale și străine. Metoda interviului a fost utilizată la studierea activității de prevenire a criminalității din țară și din străinătate.

Rezultatele obținute și discuții. Până în prezent, au fost publicate șase manuale de criminologie în Republica Moldova [2], de următorii autori: Valeriu Bujor, Octavian Bejan, Sergiu Ilie, Sergiu Casian, Gheorghe Gladchi, Igor Ciobanu, Iurie Larii, Mihail Bîrgău, Igor Zaporojan și Oxana Rotaru. Totul s-a întâmplat în numai 10 ani. Unii autori și-au republicat între timp lucrările (de exemplu, Igor Ciobanu sau Mihail Bîrgău) [3]. Totodată, au fost elaborate trei dicționare criminologice de către Mihail Bîrgău, Ina Bîrgău și Octavian Bejan [4].

În dicționarele publicate de Mihail Bîrgău și Ina Bîrgău găsim o serie de definiții ale prevenirii, deopotrivă general-științifice și criminologice. În viziunea noastră, abordarea de la general la particular a unui fenomen este justificată, deoarece astfel pot fi evidențiate și diferențiate mai ușor trăsăturile generale de

cele particulare. Mai mult decât atât, este arătată legătura dintre fenomene și materii.

Potrivit unei definiții, *prevenirea* reprezintă o „măsură educațională, care conține și unele elemente de avertisment” [5]. Această definiție este viciată de încercarea imposibilă de a reda generalul prin particular. Poate fi preventă nu numai un fenomen social, ci și unul fizic, chimic sau biologic. O măsură educațională nu este însă unică măsură aplicabilă cu scop de prevenire a fenomenelor. De altfel, chiar și fenomene sociale pot fi prevenite prin măsuri needucaționale. Bunăoară, dacă sunt create locuri de muncă bine plătite, atunci descrește exodusul de brațe de muncă în exteriorul țării, aflată în căutare de surse de existență sau pentru o viață mai îndestulată sub aspect material. Nu este clar: de ce oare numai măsurile educaționale, care includ unele elemente de avertisment, sunt capabile a preveni un fenomen? Mai reușită este definiția dintr-o ediție ulterioară, și anume: „*prevenire – ansamblu de măsuri menite să evite apariția unor fenomene periculoase*” [6].

O altă definiție vizează *prevenirea criminalității*, ce constituie „activitatea social-juridică permanentă, care presupune aplicarea unui ansamblu de măsuri cu caracter social, cultural, economic, politic, administrativ și juridic de către organele de stat, organizațiile publice și speciale, destinate să preîntîmpine comiterea faptelor antisociale, prin identificarea, neutralizarea și înlăturarea cauzelor fenomenului infracțional și condițiilor ce favorizează apariția lor” [7]. Principalul cusur al acestei definiții constă în coincidența dintre termenul definit și cel definitoriu. Dacă aplicăm procedeul reducției, atunci ajungem la următoarea formulă: *prevenirea... este... preîntîmpinare*. Or, cuvintele „*prevenire*” și „*preîntîmpinare*” sunt sinonime.

Există o discrepanță între termenul „activitate social-juridică” și conținutul acestuia: „ansamblu de măsuri cu caracter social, cultural, economic, politic, administrativ și juridic”, căci ambele specificații din termen se regăsesc în conținutul acestuia, dar pe lângă o serie de alte specificații. Într-adevăr, calificativul „social” este folosit atât în sens larg, cât și în sens îngust de criminologi, din lipsa unei terminologii suficiente de dezvoltate. Deși procesul de elaborare a acesteia este în desfășurare, fiind propuse unele diferențieri, precum *social* și *societal* [8]. Dimpotrivă, utilizarea calificativului „juridic” deopotrivă în sintagma „activitate social-juridică” și în conținutul acesteia nu își are nicio justificare. Este incompletă sau insuficient de generală enumerarea actorilor acestei activități, căci prevenirea criminalității este realizată și de cetățenii de rînd, și de întreprinderile private etc., pe lîngă organele de stat, organizațiile publice și speciale.

Este de observat că „cauzele fenomenului infrac-

țional” nu pot fi *identificate* (a stabili identitatea), ci relevante, învederate, stabilite etc. [9]. Este discutabilă și ideea unei pluralități de cauze care generează fenomenul infracțional, în opinia noastră existând numai o cauză. Putem, eventual, vorbi despre o pluralitate de cauze numai în plan longitudinal, în sens că cauza criminalității este generată de o altă cauză, care este generată, la rîndul ei, de o altă cauză etc. Considerăm că reflectă mai bine realitatea o altă definiție: „Prevenirea criminalității – complex amplu de acțiuni interdependente, efectuate de stat și societate, în scopul reducerii criminalității și înlăturării cauzelor care o generează” [10]. Am reproșa, în primul rînd, acestei definiții inversarea procesului cauzal, adică mai întîi societatea, inclusiv statul, înlătură cauza care o generează, și apoi rezultă, ca urmare a acestei suprimări, o dispariție a criminalității, din moment ce i-am înlărat sursa de existență. Definiția analizată indică numai suprimarea cauzei, în timp ce este posibilă – ceea ce se întîmplă de cele mai dese ori – o atenuare a acțiunii ei. Mai mult decât atât, criminologii au posibilitatea de a influența nu numai cauza criminalității, ci și condițiile care o favorizează sau o defavorizează. Or, aceste posibilități, folosite pe larg în practica criminologică, nu au fost cuprinse în definiția în cauză.

În lucrările semnate de Mihail și Ina Bîrgău găsim și unele definiții ale *prevenirii infracțiunilor*. Prima definiție: „măsuri luate în scop de dirijare socială, chemate să asigure securitatea valorilor aflate sub protecția juridică, care constă în elaborarea și realizarea unui sistem de măsuri, subordonate unui scop strict determinat de dezvăluire și înlăturare a cauzelor infracțiunilor și condițiilor ce au contribuit la săvârșirea lor, precum și de exercitare a influenței, cu scop de avertizare asupra persoanelor ce manifestă tendințe spre o conduită infracțională” [11]. Această definiție exclude activitatea de prevenire privată sau personală a infracțiunilor. Relevarea cauzelor (particulară – n. n.) ale infracțiunilor ține nu de prevenirea, ci de analiza criminologică, acestea fiind activități criminologice distințe [12]. A fost omisă, iarăși, posibilitatea de a diminua influența cauzei și a condițiilor unor crime concrete. În plus, a fost evocată o modalitate particulară de prevenire a crimelor – cea de „avertizare asupra persoanelor ce manifestă tendințe spre o conduită infracțională”. Formularea echivocă a acestei idei nu ne permite să determinăm exact despre ce este vorba: avertizarea potențialului criminal sau autoavertizarea responsabililor de activitatea anticrimă, inclusiv a criminologilor responsabili de prevenirea individuală a conduitelor criminale? La ce oare folosește numirea unei singure modalități de prevenire individuală a crimelor?

A doua definiție: „Prevenirea infracțiunilor consti-

tuie o metodă umană de menținere a ordinii de drept și de asigurare a integrității bunurilor ocrotite prin lege” [13]. Deși menirea unei definiții constă în enunțarea esenței unui fenomen [14], această definiție este gălită tocmai de evocarea trăsăturii esențiale, autorul înlocuind-o cu o trăsătură care își are locul în noțiunea prevenirii infracțiunilor („prevenirea constituie o metodă...”). După înșușirea respectivă, nu poate fi distinsă prevenirea infracțiunilor de alte fenomene, căci există și alte metode de „menținere a ordinii de drept și de asigurare a integrității bunurilor ocrotite prin lege”, așa cum rezultă din chiar definiția analizată. Cum oare poate fi deosebită această metodă de celelalte? Examinarea atentă a acestei definiții ne conduce la formularea unei probleme metodologice privitoare la construirea definițiilor: Este oare justificată indicarea destinației unui obiect în definiția acestuia? Vom observa, în această privință, că, din rezultatele cercetărilor noastre, care au vizat sute de obiecte de diversă natură, putem trage concluzia că o menire au numai acele fenomene care sănt elemente constitutive ale altor fenomene. Prevenirea criminalității, inclusiv a comportamentelor criminale concrete, reprezintă o componentă a activității sociale generale, ceea ce înseamnă că și ea are o finalitate socială.

A treia definiție: „actualmente, prevenirea infracțiunilor constituie un sistem de reglare socială, cuprindând organele specializate și formațiunile sociale care utilizează rezultatele științei în scopul asigurării respectării legislației în vigoare” [15]. Este de observat că definiția prezentată în rîndurile imediat anterioare este particulară, căci vizează perioada actuală. Deci, ea nu își propune să cuprindă acele trăsături ce caracterizează prevenirea criminologică din toate timpurile, adică care au o maximă generalitate. Ea nu respectă principala regulă metodologică de elaborare a unei definiții științifice, care impune indicarea esenței fenomenului definit. Considerăm că autorul definește printr-o trăsătură particulară fenomenul, în temeiul faptului că reglarea socială constituie doar o modalitate de prevenire a criminalității. Bunăoară, crimele pot fi prevenite prin acțiuni de educație criminologică, care au o influență directă nu asupra relațiilor sociale, ci asupra psihicului uman.

A patra definiție (largă, după cum o apreciază chiar M. Bîrgău): „prevenirea infracțiunilor este asigurată prin totalitatea măsurilor aplicate de organele publice și societății civile, orientate spre perfecționarea relațiilor sociale și îmbunătățirea condițiilor sociale ale populației” [16]. Constatăm că esența prevenirii nu este numită în definiție, fiind menționate numai două înșușiri particulare ale fenomenului. Asupra acestor aspecte noi ne-am expus părerea în rîndurile de sus.

A cincea definiție (îngustă, după cum o califică

însuși M. Bîrgău): „prevenirea infracțiunilor este un proces social-juridic care limitează sau lichidează factorii determinanți ai criminalității” [17]. Această definiție s-a raliat viziunii noastre, pe care o prezentăm la capitolul analizei definițiilor.

Descoperim, printre rânduri, și o definiție a *prevenirii infracționalității*, iată-o: „Prevenirea infracționalității constituie un sistem de acțiuni raportate la fenomenele antisociale și determinantele acestora în scopul reducerii nivelului criminalității și combaterii factorilor criminogeni” [18]. Autorului i-a scăpat din vedere faptul că există încă o modalitate de prevenire, care constă în fortificarea sau amplificarea acțiunii factorilor defavorabili criminalității.

În fine, regăsim și următoarea definiție înrudită în manualul lui M. Bîrgău: „profilaxia criminologică poate fi apreciată drept prevenirea influențelor negative ale factorilor criminogeni (cauze și condiții) în raport cu infracțiunea concretă” [19]. Două aspecte discutabile au ieșit la iveală în lumina cercetării noastre. În primul rând, elaborarea acestei definiții printr-un procedeu tautologic similar celui semnalat anterior, *profilaxia* fiind definită prin *prevenire*, adică cu ajutorul unui cuvânt esențialmente identic. În al doilea rând, reafirmarea ideii că o crimă concretă poate avea o pluralitate de cauze și condiții, opusă viziunii noastre, potrivit căreia orice crimă concretă este determinată de o singură cauză (directă) și de mai multe condiții (directe).

Presupunem că diversitatea mare a definițiilor și a trăsăturilor indicate în acestea se explică sau printr-o necunoaștere a regulilor de elaborare a unei definiții, sau printr-o căutare neîncheiată a esenței prevenirii criminologice.

Gheorghe Gladchi propune următoarea definiție: „Prevenirea criminalității este sistemul de măsuri statale și sociale orientate spre înlăturarea, minimalizarea sau neutralizarea cauzelor și condițiilor criminalității, reținerea de la săvîrșirea infracțiunilor, corecțarea comportamentului persoanelor ce sunt infractori potențiali” [20]. Definiția citată are caracter extensiv, căci indică două situații particulare, pe lîngă esența fenomenului. După părerea noastră, definițiile extensive sunt utile instruirii specialiștilor, de aceea își merită existența. Ele trebuie însă să se supună regulii metodologice de enumerare exhaustivă, în măsura cunoașterii existente la moment a situațiilor particulare, desigur sub o formă tipologizată. Este posibil și o enumerare a celor mai importante situații, dar ele nu vor asigura o instruire completă a specialistului. Gh. Gladchi împărtășește ideea existenței unei pluralități de cauze, pe care noi o respingem [21].

O definiție a *prevenirii criminalității* este dată în manualul lui Iurie Larii, și anume: „Prevenirea cri-

minalității înseamnă, în primul rând, preîntîmpinarea săvîrșirii primare a acelor acțiuni ori inacțiuni umane pe care societatea le consideră dăunătoare pentru valorile sale, din care motiv aceste comportamente au fost sănctionate de legea penală” [22]. Autorul definește „prevenirea” printr-un sinonim, adică prin „preîntîmpinare”. Nu înțelegem de ce Iu. Larii reduce activitatea de prevenire la acțiuni exercitate asupra criminalității primare, omișind acțiunile orientate spre diminuarea criminalității recidivistilor. Or, au fost elaborate și chiar puse în practică numeroase acțiuni de prevenire a recurenței criminale [23].

Igor Ciobanu nu dă o definiție a prevenirii criminalității, deși reflectă această activitate în manualele publicate, posibil din considerentul că „mai puțin contează noțiunile și conceptele utilizate, ceea ce are importanță este rezultatul final” [24]. Noi gîndim puțin altfel. Rezultatul (final) depinde de cunoștințele pe care le avem despre criminalitate, inclusiv despre trăsăturile ei generale. Dacă cunoștințele sunt incomplete, atunci și rezultatul este parțial. Fără cunoștințe generale, criminologia sau oricare altă ramură a științei nu ar putea nici măcar să își delimitizeze obiectul de cercetare.

Nici Igor Zaporojan, nici Oxana Rotaru nu a propus o definiție criminologică a prevenirii [25].

Cercetarea noastră a plecat de la o concepție criminologică care poate fi redată sintetic prin următoarea definiție: *prevenirea criminalității* constituie o activitate socială orientată spre suprimarea, atenuarea sau amplificarea acțiunii unor factori determinanți ai criminalității, inclusiv ai comportamentelor criminale individuale și de grup.

Orice fenomen, inclusiv cele criminale, există datorită altor fenomene care îl generează. Odată suprimate fenomenele generatoare, dispără și fenomenul-efect. Din aceste rațiuni, societatea desfășoară o activitate permanentă de cunoaștere a factorilor care produc criminalitate (cercetare criminologică) și de înlăturare a lor (practică criminologică). Gradul de cunoaștere al factorilor determinanți ai criminalității predetermină succesul activității de prevenire a acestia. Cunoașterea poate fi *științifică* (cercetare criminologică) și *practică* (analiză criminologică). Cercetarea criminologică relevă care fenomene pot genera criminalitate sau conduite criminale, iar analiza criminologică relevă ce fenomene generează criminalitatea sau unele comportamente criminale dintr-un spațiu și dintr-o perioadă concretă.

Potrivit cercetărilor noastre criminologice, există trei **metode de prevenire a criminalității** sau, altfel zis, de acțiune asupra factorilor determinanți ai criminalității: 1) metoda suprimării cauzei criminalității, 2) metoda suprimării sau atenuării acțiunii condițiilor

favorizante ale criminalității și 3) metoda creării unor condiții defavorabile criminalității [26].

Cea mai eficace metodă de prevenire consistă în anihilarea cauzei criminalității, ceea ce ar conduce automat la dispariția fenomenului. Este adevărat că criminalitatea nu este generată de un fenomen unic, ci de o multitudine de fenomene având aceeași proprietate, de aceea lichidarea fenomenului-cauză înseamnă dispariția criminalității numai pentru o perioadă, mai exact, până va apărea, ca urmare a transformărilor neîncetate ale realității, un nou fenomen de aceeași natură, fapt care impune o activitate continuă de prevenire a criminalității.

Cunoștințele criminologice actuale nu oferă o cunoaștere suficientă a cauzei criminalității, astfel încât să fie înlăturate, fie și temporar, manifestările criminale din societate, deși au fost atestate societății în care conduitelor criminale lipseau sau erau rarissime.

Unele succese au fost obținute în cunoașterea condițiilor ce favorizează producerea comportamentelor criminale, fapt care a permis, în general, menținerea sub control a criminalității, adică în limite care fac posibilă existența și dezvoltarea societăților umane. În acest caz, acțiunile de prevenire sunt orientate spre înlăturarea sau atenuarea condițiilor ce favorizează acțiunea cauzei și deci a genezei fenomenelor criminale. De exemplu, înlăturarea condițiilor precare de trai ale unor grupuri sociale defavorizate, stoparea influenței contagioase nefaste a unor indivizi cu orientări antisociale ori modificarea unor reprezentări sociale deformate privitoare la importanța respectării normelor sociale sunt toate acțiuni care vizează suprimarea sau diminuarea acțiunii unor condiții ce înglesnesc producerea conduitelor criminale.

La metoda prevenirii criminalității prin atenuarea sau înlăturarea condițiilor favorizante se adaugă metoda creării unor condiții defavorabile acțiunii cauzei comportamentelor criminale. Principalul instrument social din această categorie este pedeapsa penală. Mijloacele punitive nu suprimă nici acțiunea cauzei, nici cea a condițiilor care o înglesnesc, ci le contrapune o altă cauză, a cărei putere de acțiune este superioară – amenințarea cu prejudicierea sau prejudicierea efectivă a unor interese mai importante ale individului decât interesele realizabile sau realizate prin acțiuni criminale, situație în care individul se simte presat (constrins) de două cauze diferite, care acționează în sens contrar. Cauza cu forță superioară își impune propriul efect în detrimentul celeilalte, determinându-l pe individ fie să recurgă la acțiuni criminale, fie să se abțină de la ele. În situația în care cauza criminogenă este deosebit de puternică, nici măcar pedeapsa cu moartea nu îl poate opri efectul – conduită criminală.

Prin urmare, putem distinge două tipuri de preve-

nire a criminalității: a) prevenire represivă (pedeapsă) și b) prevenire nerepresivă (modificare a condițiilor sociale, educare criminologică etc.).

Prevenirea *represivă* este prima formă de reacție a membrilor societății la crime, adică la transgresări ale normelor sociale instituite de comun acord, care destrămau ordinea stabilită. Ea reprezintă o reacție instinctuală, deci biologică, iar instinctul îi dictă omului să reacționeze prin violență, fizică sau psihică. Această formă de reacție socială la crimă nu putea, în mod obiectiv, să asigure o apărare suficientă a societății de manifestările criminale. Măsurile punitive sunt deocamdată absolut necesare în activitatea anticrimă, dar, în același timp, sunt incapabile de a soluționa problema criminalității. Astfel că, într-un tîrziu, societatea a înțeles nevoia unor mijloace sociale de alt ordin pentru stăvilierea faptelor socialmente destructive, moment în care începe abordarea rațională a situației. Încep să fie aplicate măsuri nerepresive de prevenire a criminalității. În consecință, se formează gîndirea și practica criminologică, bazate pe o abordare rațională.

Despre eficacitatea prevenirii nerepresive ne vorbesc verificările criminologice efectuate în diverse țări. Noi le vom completa cu rezultatele cercetărilor noastre. Un exemplu îl constituie sistemele de alarmă pentru autovehicule. Astfel, această modalitate de prevenire a permis diminuarea cu peste 50% a furtilor din și de pe automobilele rutiere [27].

Potrivit raționamentelor noastre, există trei situații: a) un fenomen criminal poate fi stăvilit exclusiv prin represiune penală; b) un fenomen criminal poate fi stăvilit numai prin prevenire nerepresivă; c) un fenomen criminal poate fi stăvilit numai combinind prevenirea represivă cu cea nerepresivă. Soluționarea problemei criminalității este condiționată de capacitatea criminologului de a determina care situație există și dec, care strategie antricrimă trebuie să fie aplicată într-un caz concret. Soluționarea problemei criminalității poate însemna dispariția, diminuarea sau menținerea la același nivel a unui fenomen criminal, în funcție de resursele disponibile sau alocate, de dorința deținătorilor puterii sau a membrilor societății etc. [28].

Prevenirea represivă reprezintă ultima soluție în activitatea anticrimă, ca și intervenția chirurgicală în medicină.

Toate cele trei metode de prevenire a criminalității pot fi aplicate prin patru **tehnici**, și anume: 1) tehnica prevenirii psihice, 2) tehnica prevenirii fizice, 3) tehnica prevenirii sociale și 4) tehnica prevenirii medicale.

Tehnica prevenirii psihice presupune o influență asupra psihicului individului. Ea este, de exemplu, fo-

losită în cazul instituirii normelor penale, supunerii la o terapie psihologică a persoanelor, purtării unei discuții cu individul care manifestă unele tendințe negative în comportament, avertizării despre posibilitatea tragerii la răspundere penală sau educării criminologice a populației.

Educația criminologică include astfel de procedee: a) explicare, b) informare, c) sensibilizare sau d) cultivare a necesităților morale.

Educarea criminologică constituie o componentă a socializării individului. Ea continuă și după formarea unei personalități, adică după atingerea majoratului de către un individ.

Prin *explicare*, criminologul înțelege să îl facă pe individ să înțeleagă caracterul distructiv al modalităților criminale de realizare a intereselor și al riscului la care se supune individul în cazul săvârșirii unei crime. Prin *informare*, criminologul trebuie să îl țină la curent cu schimbările care se produc în criminalitate, cum ar fi noi forme de crimă, noi modalități de operare folosite de criminali sau zonele în care criminalii sunt deosebit de activi. Prin *sensibilizare*, criminologul se străduiește să influențeze emoțiile individului, astfel încât acestea să constituie o frîñă pentru conduitele criminale. Prin *cultivare a necesităților morale*, criminologul sădește în spiritul individului necesitatea de a fi onest.

Potrivit cercetărilor noastre criminologice, o modalitate importantă a educării criminologice constă în oferirea unor modele de conduită pozitive. Altfel zis, este recomandabil ca criminologul să comunice membrilor societății cum să procedeză în diverse situații problematice. Practica actuală constă preponderent în a comunica ce este interzis. Este o modalitate mai puțin eficace, deoarece îl pune pe individ să caute soluții de sine stătător.

Tehnica prevenirii fizice presupune o limitare sau, dimpotrivă, o favorizare a acțiunilor fizice ale individelor. Aceasta este utilizată, bunăoară, în situația în care criminalul este izolat de societate într-un penitenciar, este instalată o încuietoare la ușă, este îngăduit un teritoriu, sunt iluminate străzile sau este instalat un parapet care împiedică pietonii să treacă drumul într-un loc problematic.

Tehnica prevenirii sociale presupune o schimbare a condițiilor sociale de existență a individului, în sensul creării condițiilor de realizare facilă și prin modalități socialmente acceptate a intereselor de către individ. Ea este, de exemplu, folosită în cazul în care este constituită activitatea anticrimă, este efectuată expertizarea criminologică a proiectelor de acte normative, este amenajat în mod atrăgător un teritoriu, este redus şomajul, este organizat timpul liber al tinerilor, sunt create condiții de reintegrare facilă a con-

damnaților la închisoare în societate după executarea pedepsei sau, în genere, este ridicat nivelul de viață al individului.

Prevenirea socială poate fi efectuată prin procedee economice, legislative, administrative, organizaționale etc. Iată un exemplu concret. Pentru a preveni evaziunea fiscală care ține de veniturile provenite din tranzacțiile de vînzare–cumpărare a autovehiculelor sau a imobilelor și care survine în majoritatea covîrșitoare a cazurilor, impozitele pot fi percepute direct de notar, conform unei metodologii aprobată oficial, care ține cont nu de suma convenită de către părți (și, de regulă, ascunsă de acestea, fiind declarată o sumă considerabil diminuată, vădit ireală), ci de alte criterii (prețul mediu pe piață etc.), ceea ce constituie o măsură socială cu caracter legislativ.

Tehnica prevenirii medicale (biologice) presupune o influență asupra organismului uman. Ea este, de exemplu, aplicată în situația în care sunt administrate medicamente sau sunt efectuate operații medicale (extirpare a unor organe sau a unor părți ale acestora).

Sistematizarea metodologică cu care am operat este bazată pe sistemul propus de sociologul român Septimiu Chelcea. Potrivit acestuia, metodele sunt aplicate prin diverse tehnici, tehniciile pot fi aplicate prin diverse procedee, în timp ce procedeele presupun folosirea diverselor instrumente. [29]

O problemă criminologică care ține de prevenirea criminalității o constituie natura ambivalentă a unor măsuri de prevenire. Bunăoară, anticiparea unor comportamente criminale care nu s-au manifestat anterior le oferă organelor anticrimă, agenților de securitate criminologică privată, membrilor societății etc. posibilitatea de a pregăti o protecție din timp. Ea dă însă idei unor persoane care manifestă sau vor manifesta o orientare criminală. O modalitate de a evita acest efect negativ a constat în secretizarea unor astfel de cunoștințe criminologice. Ea este, din păcate, inaplicabilă în condițiile politicii actuale de transparență.

Complexitatea deosebită a comportamentului criminal, care reunește toate formele de existență ale materiei (fizică, chimică, biologică, psihică, socială, informațională etc.), dictează cooptarea specialiștilor din diverse domenii la înfăptuirea activității de prevenire a criminalității. Bunăoară, criminologul va apela la cunoștințele economistului, pentru a concepe și a pune în aplicare măsuri de reducere a sărăciei, a şomajului sau a altor fenomene de natură economică, dar care influențează starea criminalității. Intervențiile medicale sunt efectuate de medici. Lacătele, camerele video, sistemele de alarmă etc. nu pot fi concepute fără participarea inginerilor. Pedagogii își dau obolul la socializarea membrilor societății. Polițiștii

și juriștii participă la relevarea, cercetarea, judecarea și aplicarea pedepselor penale. Criminologului îi revine rolul de coordonator. Totodată, el contribuie la elaborarea și aplicarea acestor măsuri sub diverse aspecte. Criminologul le prezintă specialiștilor din alte domenii problema (ce se întâmplă, cum se întâmplă, de ce se întâmplă așa etc.), le indică finalitatea la care trebuie să ajungă, le furnizează informația necesară despre fenomenul criminal în cauză (de exemplu, o caracterizare criminologică a criminalilor sau a victimelor actelor criminale), verifică eficacitatea și eficiența măsurilor concepute etc. Bineînțeles, un sir de măsuri de prevenire a criminalității sînt elaborate de sine stătător de către criminolog.

Măsurile de prevenire sînt eficace în măsura în care permit diminuarea criminalității și eficiente – în măsura în care necesită mai puține resurse sociale.

Privită în complexitatea ei, activitatea de prevenire a criminalității este alcătuită din următoarele componente: 1) relevarea și studierea detaliată a factorilor determinanți, 2) elaborarea măsurilor de prevenire, 3) evaluarea posibilelor efecte sociale secundare și 4) implementarea măsurilor de prevenire elaborate.

Activitatea de prevenire a criminalității este desfășurată în următoarele direcții: 1) mediul, 2) potențialul criminal și 3) potențiala victimă.

Activitatea de prevenire a criminalității se desfășoară pe multiple planuri, în funcție de specificul factorilor determinanți asupra cărora se influențează și de metodele utilizate.

În funcție de momentul efectuării prevenirii în raport cu comportamentul criminal, distingem:

a) prevenire pînă în momentul constituirii unei situații care favorizează puternic săvîrșirea crimei (de exemplu, individul X nici nu se gîndește la săvîrșirea unui furt, dar reține faptul că această faptă este pedepsită într-un mod inacceptabil pentru el – închisoare);

b) prevenire în momentul existenței unei situații care favorizează puternic săvîrșirea crimei (de exemplu, individul X se află într-o situație financiară complicată, dar se decide să își găsească un loc de muncă, în loc să accepte propunerea unui cunoscut de a săvîrși un furt, grație unei știri televizate la care au fost prezentați niște tineri reținuți de poliție în timpul săvîrșirii unui furt dintr-un magazin);

c) prevenire în momentul în care persoana este hotărâtă să își realizeze interesele în mod criminal, dar nu manifestă deocamdată un comportament criminal (de exemplu, individul X s-a hotărît să accepte propunerea de a face rost de bani printr-un furt, care i-a fost făcută de un cunoscut, dar nu i-a comunicat decizia să și nici nu o va comunica, deoarece l-a întîlnit pe inspectorul de sector, care l-a îndemnat să nu recurgă la metode criminale de soluționare a problemei, aflînd

că el duce lipsă de bani, și i-a oferit ajutorul său în căutarea unui loc de muncă);

d) prevenire în momentul manifestării comportamentului criminal (de exemplu, individul X a fost reținut de agenții de securitate sau de polițiști în incinta magazinului din care încerca să sustragă bani, grație sistemului de alarmă care s-a declanșat). În toate aceste etape, pot fi aplicate deopotrivă măsuri generale și măsuri individuale de prevenire.

Considerăm că clasificarea noastră este mai adecvată decît cea propusă de criminologul R. Gassin, care propune următoarea clasificare: prevenire la nivel de formare a personalității indivizilor, prevenire la nivel de formare a situațiilor pre-criminale și prevenire la nivel de dezvoltare a proceselor de trecere la act. [30] Iată două observații critice asupra clasificării în discuție. Prevenirea poate fi realizată după formarea personalității omului, dar pînă la formarea unei situații pre-criminale. Prin curmarea comportamentelor criminale, sunt prevenite un sir de efecte negative ale acestora, de aceea ea este importantă.

În planul desfășurării comportamentului criminal, poate fi efectuată o clasificare mai generală, și anume: 1) prevenire care precede comportamentul criminal și 2) prevenire care succede comportamentul criminal.

Direcționată teritorial (anvergura teritorială), există: (a) prevenire desfășurată pe întreg teritoriul unei societăți, (b) prevenire efectuată într-o zonă, (c) prevenire desfășurată într-o localitate și (d) prevenire exercitată într-un perimetru limitat dintr-o localitate.

În cazul în care este orientată spre membrii societății (numărul indivizilor vizitați), pot fi distinse următoarele tipuri de prevenire: a) prevenire ce vizează toți reprezentanții unei societăți, b) prevenire care se referă la un anumit grup social (de exemplu, funcționarii publici) și c) prevenire orientată asupra unor indivizi concreți (izolați sau reuniți în microgrupuri).

Dacă este concentrată asupra sfierelor de activitate socială, atunci poate fi realizată: a) prevenire la nivel de domeniu de activitate socială (de exemplu, în domeniul învățămîntului), b) prevenire la nivel de sector de activitate (de exemplu, în învățămîntul universitar) și c) prevenire la nivel de entitate organizatorică (în exemplul dat, instituție de învățămînt superior: universitate sau institut concret).

Procesele intense de integrare internațională și globalizare au făcut posibile și acțiuni de prevenire înfăptuite la nivel transnațional, cum ar fi cele din cadrul Uniunii Europene.

În funcție de situarea factorilor criminogeni, poate fi înfăptuită (a) o prevenire orientată spre factorii criminogeni externi (condiții de viață, mediul natural etc.) și (b) o prevenire orientată spre factorii criminogeni interni (însușirile biologice, psihologice și intelectuale).

Măsurile de prevenire trebuie să țină cont și de caracterul fenomenului criminal, deoarece există două tipuri: *fenomene criminale independente*, care capătă autonomie după apariție (de exemplu, corupția), și *fenomene criminale dependente*, care nu pot exista în afara acțiunii permanente a cauzei și a condițiilor (de exemplu, crima organizată, care nu poate exista în afara unei cereri la produse și servicii inaccesibile pe cale legală).

În cazul fenomenelor independente, cauza își înțează influența imediat după constituirea efectului, ca și condițiile declanșatoare, din care motiv este inutile să acționăm asupra lor, fiind necesară o suprimare a efectului însuși (de exemplu, izolarea pe termen lung a recidivistilor inveterați în locuri de recluziune). Dimpotrivă, fenomenele dependente dispar de îndată ce cauza își încheie acțiunea, ceea ce înseamnă că acțiunile anticrimă urmează să lovească anume în cauza și în condițiile care le generează continuu.

Activitatea de prevenire poate ținti diverse laturi ale criminalității, precum numărul crimelor, numărul criminalilor, numărul victimelor, gravitatea crimelor, vîrsta și sexul victimelor, mărimea daunelor materiale, numărul victimelor umane, impactul negativ asupra mediului natural, tipul de criminalitate sau tipul de crime. Toate aceste laturi se caracterizează, la rîndul lor, printr-o diversitate de aspecte, care pot constitui obiectul unor acțiuni de prevenire, cum ar fi, în cazul gravitatii crimelor, folosirea armelor la săvîrșirea crimelor, săvîrșirea crimelor în grup sau în stare de ebrietate.

Prioritățile activității de prevenire a criminalității sunt dictate de evidența faptelor sau sunt relevante cu ajutorul analizelor criminologice de către criminologi, practicieni sau cercetători științifici.

După momentul impactului preventiv, prevenirea este realizată prin *măsuri de anticipare* – elimină cauza ori condițiile pînă la producerea crimei sau a criminalității (*ante factum*) și *măsuri de intervenție* – neutralizează cauza ori condițiile în cursul generării crimei sau criminalității (*post factum*). Aplicarea măsurilor de anticipare în prevenirea criminalității presupune o capacitate înaltă de prognozare și de analiză criminologică a unei situații sociale concrete.

Prevenirea criminalității constituie o activitate socială la care participă deopotrivă actori publici (autoritățile publice centrale și locale sau instituții și organizații publice), actori obștești (organizații ne-guvernamentale, instituții mass-media etc.) și actori individuali (membri întîmplători ai societății sau cei care formează anturajul). Partajarea rolului actorilor activității de prevenire diferă de la o societate la alta, în funcție de modul de organizare a societății, nivelul de dezvoltare a criminologiei, nivelul de educație cri-

minologică al cetățenilor, politicienilor și funcționarilor sau alti factori.

Reușita activității de prevenire a criminalității depinde de măsurarea rezultatelor obținute. Criminologul are sarcina de a evalua permanent efectul pe care îl au acțiunile de prevenire a criminalității asupra realității. Planificarea acțiunilor de prevenire ulterioare este efectuată luînd în considerare rezultatele măsurărilor realizate.

Concluzii. Definițiile prevenirii criminalității care se regăsesc în lucrările naționale de criminologie vădesc curențe, inclusiv esențiale. Este necesar a continua căutările unei definiții perfecte.

Există trei metode de prevenire a criminalității: metoda suprimării cauzei criminalității, metoda su-primării sau atenuării acțiunii condițiilor favorizante ale criminalității și metoda creării unor condiții de-favorabile criminalității. Fiecare metodă de prevenire a criminalității poate fi aplicată prin patru tehnici: tehnica prevenirii psihice, tehnica prevenirii sociale, tehnica prevenirii fizice și tehnica prevenirii medicale (biologice).

Procesul de prevenire a criminalității include patru etape: relevarea și studierea detaliată a factorilor determinanți, elaborarea măsurilor de prevenire, evaluarea posibilelor efecte sociale secundare și implementarea măsurilor de prevenire elaborate.

Prevenirea criminalității poate fi clasificată în funcție de anvergura teritorială, numărul indivizilor pe care îi vizează, nivelul unui domeniu de activitate socială, situarea factorilor criminogeni, proporția criminalității supuse acțiunii preventive, subiecții activi și momentul realizării măsurilor preventive.

Note și referințe bibliografice

1. Vezi în acest sens: Thomas S. Kuhn. Structura revoluțiilor științifice. București: Editura „Humanitas”, 1999.
2. Valeriu Bujor, Octavian Bejan, Sergiu Ilie, Sergiu Casian. Elemente de criminologie. Chișinău: Editura „Știință”, 1997 (Academia de Poliție „Ştefan cel Mare” a Ministerului Afacerilor Interne al Republicii Moldova); Gheorghe Gladchi. Criminologie generală. Chișinău: Editura „Museum”, 2001 (Universitatea de Stat din Moldova); Igor A. Ciobanu. Criminologie, vol. I. Chișinău: Editura „Museum”, 2003, vol. II, Chișinău, 2004; vol. III, Chișinău, 2006 (Universitatea de Stat din Moldova); Iurie Larii. Criminologie, vol. I. Chișinău, 2004; Mihail Bîrgău. Criminologie, vol. I, Chișinău, 2005 (Academia „Ştefan cel Mare” a Ministerului Afacerilor Interne al Republicii Moldova); Чобану И. А., Запорожан И., Криминология. Chișinău, 2005; Oxana Rotaru. Criminologie. Chișinău, 2011 (Universitatea Liberă Internațională din Moldova).
3. Igor A. Ciobanu. Criminologie, 2007, sau: Criminologie, Chișinău, 2011, sau: Criminologie, Chișinău, 2013; Mihail Bîrgău. Criminologie, ediția a II-a, Chișinău, 2010.

4. M. Bîrgău, I. Bîrgău. *Mic dicționar de termeni criminologici*, Chișinău, 2002; M. Bîrgău, I. Bîrgău. *Dicționar de criminologie*, Chișinău, 2002; Octavian Bejan. *Dicționar de criminologie*, Chișinău, 2009.
5. M. Bîrgău, I. Bîrgău. *Mic dicționar de termeni criminologici*, Chișinău, 2002, p. 32.
6. Bîrgău M., Bîrgău I. *Dicționar de criminologie*, Chișinău, 2002, p. 41.
7. *Ibidem*, p. 42.
8. Краткий словарь по социологии. Москва: Издательство политической литературы, 1988, артикул «Социетальный».
9. Dicționar enciclopedic ilustrat. Chișinău: Editura „Cartier”, 1999; Lazar Șâineanu. *Dicționar universal al limbii române*. Chișinău: Editura „Litera”, 1998; Dicționar explicativ al limbii române, ediția a II-a. București: Editura „Univers enciclopedic”, 1996; Vasile Breban. *Dicționar general al limbii române*. Editura enciclopedică, Editura „R.A.I.”, 1991; Dicționarul explicativ al limbii române. București: Editura Academiei Republicii Socialiste România, 1984; Dicționar explicativ al limbii moldovenesci. Chișinău: Editura „Cartea Moldovenească”, 1977; Dicționarul limbii române moderne. București: Editura Academiei Republicii Populare Române, 1958.
10. M. Bîrgău, I. Bîrgău. *Mic dicționar de termeni criminologici*. Chișinău, 2002, p. 32.
11. M. Bîrgău, I. Bîrgău. *Ibidem*, p. 33.
12. Vezi mai mult în această privință în lucrările: Octavian Bejan. *Dicționar de criminologie*. Centrul de Prevenire și Asistență Criminologică, Chișinău, 2009; Octavian Bejan. Activitatea criminologică practică în organele anticrimă din Canada. Centrul de Prevenire și Asistență Criminologică, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată, Chișinău, 2013.
13. Mihail Bîrgău. *Criminologie*, ediția a II-a, Chișinău, 2010, p. 180.
14. Eugen S. Cucerzan. Elemente de logică. Cluj-Napoca: Editura „Cordial-Lex”, 1995, p. 35; Efim Moșoreau. Introducere în logică: manual pentru facultățile umanistice. Chișinău: Editura „Arc”, 2003, p. 82; Gheorghe Enescu. Tratat de logică. București: Editura „Lider”, 1996, p. 57; Н. О. Лосский. Логика. Петроград: изд-во «Обелиск», 1923, р. 116; В. Ф. Асмус. Логика. Москва: Госполитиздат (ОГИЗ), 1947, р. 52; Логика, под ред. Д. П. Горского и П. В. Таванца. Москва: Государственное издательство политической литературы, 1956, р. 56; Н. И. Кондаков. Введение в логику. Москва: изд-во «Наука», 1967, р. 78.
15. Mihail Bîrgău. *Criminologie*, ediția a II-a. Chișinău, 2010, p. 179.
16. *Ibidem*, p. 181.
17. *Ibidem*, p. 181.
18. *Ibidem*, p. 181.
19. *Ibidem*, p. 180.
20. Gheorghe Gladchi. *Criminologie generală*. Chișinău: Editura „Museum”, 2001, p. 14.
21. Vezi, de exemplu, lucrările: В. Бужор. О сущности преступности. Chișinău: Editura „Lyceum”, 1998; O. Bejan, V. Bujor. Interes și crimă. Chișinău: Institutul de Filozofie, Sociologie și Drept la Academiei de Științe a Moldovei, 2004.
22. Larii I. *Criminologie*, vol. I. S. n., Chișinău, 2004, p. 104.
23. Vezi, bunăoară, lucrările: V. Bujor și O. Bejan. *Criminalitatea recidivștilor*, Chișinău: Editura „Lyceum”, 1998; П. Михайленко, И. Гельфанд. Рецидивная преступность и ее предупреждение органами внутренних дел. Киев, 1970; Б.В. Коробейников. Проблемы предупреждения рецидивной преступности. În: Вопросы борьбы с преступностью, вып. 34. Москва: издательство «Юридическая литература», 1981; М.П. Журавлев. Исправление и перевоспитание особо опасных рецидивистов. Проблемы и организационные вопросы. Москва, 1975; В.Н. Брызгалов. Некоторые вопросы предотвращения рецидива преступлений. În: Труды КВШ МВД СССР, т. 1, Киев, 1968.
24. Igor A. Ciobanu. *Criminologie*. Chișinău, 2006, p. 118.
25. Чобану И. А., Запорожан И. Криминология, Chișinău, 2005; Oxana Rotaru. *Criminologie*. Chișinău: ULIM, 2011.
26. Vezi o caracterizare criminologică a determinismului în monografia: Octavian Bejan. *Explicație criminologică a comportamentului criminal*. Chișinău, 2009, cap. I „Principiile determinismului criminogen”.
27. Am efectuat (O. Bejan) acest studiu criminologic în anul 2011 în mun. Gatineau (provincia Quebec din Canada). Ea a inclus o comparare a situației de pînă la și de după folosirea pe scară largă a sistemelor de alarmă pentru autovehiculele rutiere, a căror instalare era în creștere. Este de subliniat că nu toate automobilele rutiere dispună de sisteme de alarmă în acel moment. Pentru a exclude influența altor factori determinanți, dinamica acestor tipuri de comportamente criminale a fost comparată cu dinamica celorlalte manifestări criminale. Datele statistice sunt oficiale și provin de la Serviciul de Poliție al mun. Gatineau. Analiza noastră criminologică a vizat perioada 2002–2009. Populația municipiului era de aproximativ 250 de mii de locuitori, ceea ce înseamnă o mulțime suficient de mare pentru validitatea rezultatelor. Datele statistice sunt pertinente, deoarece numărul cazurilor de neînregistrare a infracțiunilor era, potrivit verificărilor noastre, nesemnificativ în raport cu obiectul acestui studiu criminologic.
28. Vezi mai multe în acest sens în lucrările: В. Бужор. О сущности преступности. Chișinău: Editura „Lyceum”, 1998; O. Bejan, V. Bujor. Interes și crimă. Chișinău: Institutul de Filozofie, Sociologie și Drept la Academiei de Științe a Moldovei, 2004.
29. Chelcea Septimiu. Metodologia cercetării sociologice. Metode cantitative și calitative. București: Editura Economică, 2001, p. 48-50.
30. Gassin R. *Criminologie*, ediția a 5-a. Paris: Editura „Dalloz”, 2003, citat după Opadou Koudou. *Insécurité urbaine, analyse criminologique et prévention situationnelle intégrée*. În: Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza, vol. III, nr. 2, Maggio-Agosto, 2009, p. 69.

SOME PROBLEMS OF PROSECUTOR AND PRELIMINARY INVESTIGATION BODIES COOPERATION UNDER THE NEW CRIMINAL PROCEDURAL CODE OF UKRAINE

Andrey LAPKIN,

candidate of jurisprudence, assistant at the chair of judicial and law enforcement bodies organization of Yaroslav Mudryi National Law University (Ukraine)

SUMMARY

In the scientific article topical issues of prosecutor and preliminary investigation bodies cooperation under the new Criminal procedural code of Ukraine on the basis of research of statistical data are considered. Nature of such cooperation is studied, as well as its main forms and ways. Problems in this sphere come to light, ways of their solving are offered. The conclusion about the need of further expansion of powers of the prosecutor for pre-judicial investigation is given reason.

Keywords: prosecutor, preliminary investigation bodies, investigator, instructions of the prosecutor, procedural management, criminal proceedings.

РЕЗЮМЕ

В научной статье на основании исследования статистических данных рассмотрены актуальные вопросы взаимодействия прокурора и органов досудебного расследования по новому Уголовному процессуальному кодексу Украины. Исследуется характер такого взаимодействия и его основные формы и способы. Выявляются проблемы в данной сфере, предлагаются пути их устранения. Аргументируется вывод о необходимости дальнейшего расширения полномочий прокурора в досудебном расследовании.

Ключевые слова: прокурор, органы досудебного расследования, следователь, указание прокурора, процессуальное руководство, уголовное производство.

Introduction. Due to the current Criminal procedural code of Ukraine the mechanism of pre-judicial investigation was reformed. In this mechanism the key role belongs to preliminary investigation bodies and the prosecutor. Thereof, the problem of cooperation between these subjects needs studying. This research will be useful for scientists and practicing lawyers of not only Ukraine, but also other states.

These matters directly or indirectly were a subject of scientific research of many scientists, in particular O. Ya. Bayev, P. M. Karkach, O. A. Kozhevnikov, M. V. Kosyuta, V. F. Kryukov, V. A. Lazareva, N. V. Marchuk, A. A. Tushev, V. M. Yurchishin, etc. However, not all aspects of this issue found sufficient lighting in their works. Therefore, there is a need of further scientific research of the problem mentioned above.

The purpose of the scientific article is solving of the most problematic questions of prosecutors and preliminary investigation bodies cooperation in criminal proceedings by providing scientifically reasonable propositions about improvement of the legislation and law-enforcement practice.

Statement of the main material. Acceptance of the new Criminal Procedure Code of Ukraine on April 13, 2012 was a result of long-term discussions and searches of optimum model of a criminal proceeding which corresponds to international legal standards of

human rights protection in this sphere. Its provisions were based on ideas of the Concept of reforming of criminal justice in Ukraine from April 8, 2008 which provided that pre-judicial investigation should be carried out without excessive formalization and duplication of functions. The prosecutor should estimate and direct a course of investigation [14]. In this context legislator provided that the procedural management of investigation will be carried out by the prosecutor who is allocated with the right to give instructions to investigators and will accept or coordinate key procedural decisions (the message to the person about suspicion, the address with the petition to the investigatory judge, drawing up of the indictment, etc.) [13].

The abovementioned concept was fixed in p. 2 Art. 36 of the Criminal Procedure Code of Ukraine which formalized wide reference of the prosecutor on laws enforcement in the form of the procedural management during carrying out pre-judicial investigation. The term «procedural management» is not defined in the law. On the basis of theoretical works [12, c. 19] and subject matter of the abovementioned article, it is possible to make a conclusion that it is understood as imperious and administrative influence of the prosecutor on bodies of inquiry and preliminary investigation for the purpose of the direction and coordination of pre-judicial investigation process. In our opinion, this term is imperfect for specifying the prosecutor's

function in pre-judicial investigation. At the same time, it correctly designates nature of cooperation between the prosecutor and preliminary investigation bodies. Thus the prosecutor acts as a superior body in relation to preliminary investigation bodies.

As objects of the procedural management act preliminary investigation bodies which are investigatory divisions of law-enforcement bodies, security services of Ukraine, the body which is carrying out control on observance of the tax legislation, the State bureau of investigations, and also divisions of detectives and division of internal control of National anti-corruption bureau of Ukraine are, their officials - investigators, and also heads of preliminary investigation bodies. Also the prosecutor carries out the procedural management upon operative divisions of law-enforcement bodies, security service, National anti-corruption bureau of Ukraine, the State bureau of investigations, the bodies, carrying out control of observance of the tax and customs legislation, bodies of the Public penitentiary service of Ukraine, bodies of the Public border service of Ukraine. It occurs during carrying out of investigatory (search) public and private actions in criminal proceedings by the above-mentioned bodies.

The abovementioned objects of the procedural management can be divided into the main and facultative. The main objects are preliminary investigation bodies and facultative are operative divisions because they carry out investigatory (search) public and private actions in criminal proceedings not according to «the general rule», but only on the basis of a written order of the investigator, the prosecutor. Thus, operative divisions play a supporting role in the mechanism of pre-judicial investigation, although they perform the main work on finding of crimes traces and persons who committed them.

If earlier the prosecutor acted as an impartial guarantor of the rule of law compliance and human rights protection in the sphere of criminal proceedings [2, c. 185], according to the new model he is an active participant of criminal trial. Activity of the prosecutor is a mover of criminal proceedings which directs them. As both the prosecutor and the investigator are the charge party according to the law, the goal of their activity in criminal proceedings is formation, promotion and asserting of a statement about commission the act, which provides criminal liability under the law, by a certain person. On the basis thereof, prosecutor's supervision on legal order in the investigator's activity is carried out not for abstract «respecting the rule of law». Its aim is to supervise that the investigator without breaking the law accused the guilty person of commission the crime. Violation of law by the inves-

tigator during formation of evidential base involves prosecutor's impossibility to prosecute an indictment in court [10, c. 69]. For this reason, the prosecutor is interested in lawful acting of the investigator, as well as in justness of all his procedural decisions. Only while meeting this condition the prosecutor's evidential base for pressing the charge in court would be due, eligible and full.

Thus the investigator is procedurally subordinated to the prosecutor as to the procedural head of pre-judicial investigation. Level of his procedural independence is considerably narrowed. On the one hand, p. 5 Art. 40 of the Criminal Procedure Code of Ukraine forbids intervention in investigator's activity of the persons, who do not have statutory powers for it. It is understood as "external" procedural independence of the investigator: from extraneous persons as well as other participants of process - the suspected of committing a crime, the defender, the victim and others. At the same time, the investigator is not procedurally independent in relation to the prosecutor. The prosecutor has not only the right, but also a duty to intervene into procedural activity of the investigator in the cases as provided for in the law. Moreover, the majority of prosecutors consider the investigator as the technical figure whose activity is aimed at collecting and registration of evidences under the prosecutor's control. The prosecutor points the general direction and judicial prospect of pre-judicial investigation. Thus, the prosecutor is responsible for result of pre-judicial investigation. It is possible to present this model like this: «the prosecutor thinks, and the investigator works».

In many respects such changes are caused by the fact that the prosecutor is really empowered with essential leverage over the investigator, namely: the right to give the investigator instructions and assignments obligatory for execution; right to abrogate illegal or unreasonable decisions of the investigator. Besides, there is a need of receiving by the investigator the prosecutor's approval on certain procedural actions, etc. In other words, the prosecutor influences the investigator towards: supervising his actions; directing these actions; coordinating investigator's decisions.

Thus powers of the prosecutor are partially duplicated with powers of the head of preliminary investigation body. In practice it leads to the conflict between the prosecutor and the head of preliminary investigation body. Thus the prosecutor has more procedural powers, the head of preliminary investigation body is closer to the investigator, being his direct head. Such "dualism" of the management is undesirable and should be legislatively settled in favor of one of these subjects. In our opinion, the priority should

be given to the prosecutor and so his powers should be expanded and powers of the head of preliminary investigation body narrowed.

The difference between their powers is that the prosecutor carries out the procedural management of pre-judicial investigation, and the head of preliminary investigation body organizes pre-judicial investigation. The head of preliminary investigation body is given special powers which the prosecutor earlier possessed: to discharge the investigator of carrying out pre-judicial investigation through the motivated resolution, and also to carry out pre-judicial investigation, using thus powers of the investigator. As well as the prosecutor, the head of preliminary investigation body has the right to study materials of pre-judicial investigation and to give written instructions to the investigator. However, these instructions cannot contradict with decisions and instructions of the prosecutor. In his turn, the prosecutor can give his written instructions directly to the head of preliminary investigation body. Thus, the prosecutor is procedurally higher in relation to the head of preliminary investigation body.

V. M. Yurchishin argues that the head of preliminary investigation body is deprived of powers on procedural response to the violations of law by his subordinate investigators, revealed by him. So he has no right to abrogate the decisions of investigators on his sole discretion. In case of detection of the illegal or unreasonable decision of the investigator, the head of preliminary investigation body is obliged to address to the prosecutor a request for its abrogation [16, c. 210]. In our opinion, this statement is only partially correct. According to clause 4 p. 2 Art. 39 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, the head of preliminary investigation body should take measures to eliminate violations of law in case of their commission by the investigator. The law does not concretize in which way the head of preliminary investigation body should take such measures. It is possible to assume that besides organizational levers on the investigator (for example, by attracting him to disciplinary responsibility), the head of preliminary investigation body can also abrogate his illegal decisions by way of departmental control. Thus, this question should be concretized in the legislation.

In case of detection of illegal or unreasonable decisions of the investigator the prosecutor has the right to abrogate them. As the majority of procedural decisions of the investigator are made out in the form of resolutions, the prosecutor reacts by the way of issuing a decree on abrogation of the investigator's resolution. Most often prosecutors abrogate illegal resolutions of investigators on the termination of criminal

proceedings. So, during the year 2015 prosecutors took out 37 918 resolutions on abrogation of resolutions on the termination of criminal proceedings [8]. After pronouncement of such a prosecutor's resolution the pre-judicial investigation renews.

At carrying out by the prosecutor of the procedural management of pre-judicial investigation one of the most effective powers is the right of the prosecutor to instruct the investigator and preliminary investigation body to perform in the set term investigatory (search) public and private actions, other procedural actions or to instruct concerning their carrying out (point 4 p. 2 Art. 36 of the Criminal Procedure Code of Ukraine). Thus the comparative analysis shows that in the conditions of action of the new Criminal Procedure Code of Ukraine activity of the prosecutor considerably increased in this direction. So, according to statistical data of the Prosecutor's General Office of Ukraine in 2011 by prosecutors were given 92 110, for 2012 – 103 306, for 2013 – 234 420, for 2014 – 196 509, for 2015 – 174 450 written instructions [3-8]. Thus, during implementation of the procedural management prosecutors give investigators instructions approximately 2 times more often than at implementation of supervision of pre-judicial investigation. However, in these latter days' activity of prosecutors in a giving directions to investigators decreased a little. It is connected with both reduction of quantity of criminal proceedings, as well as with reduction of number of prosecutors, which occurred recently. Besides, indirectly such a tendency shows improvement of investigators' overall effectiveness and their independence in carrying out investigation. That is, the less violations in the work of the investigator occur, the less grounds are for prosecutors to give them instructions and so investigators become more independent.

The law does not establish the list of procedural actions on which prosecutors can instruct, so the scope of the aforementioned power of the prosecutor is practically not limited. An exception is the fact that issues, which instructions and assignments concern, cannot fall outside the limits of the criminal procedural law and also procedural competence of the body or the person to whom they are given [11, c. 117]. That is, the prosecutor cannot give the investigator an instruction on the criminal proceeding which the investigator does not investigate. The prosecutor cannot also give the instruction on carrying out procedural action which can be carried out only on permission of the investigating judge. Also direction of illegitimate instructions to the investigator is not allowed (for example, on use of force to a suspect). If the prosecutor fell outside the limits of powers, it leads to his responsibility provided by the law. The

most severe responsibility in this sphere is criminal liability of the prosecutor (for example, on the basis of article 365 Criminal code of Ukraine «Excess of the power or office powers»).

The law demands registration of instructions of the prosecutor in writing, but it does not exclude providing oral instructions and instructions which are rather widespread on practice. However it is necessary to consider that absence of written form complicates implementation of the subsequent control of the prosecutor behind implementation of such instructions. Also there is a threat of the wrong perception of oral instructions by persons to whom they are given. Therefore, at departmental level accurate requirements to these documents should be fixed.

It is necessary to emphasize, that according to p. 3 Art. 39, p. 4 Art. 40 of the Criminal Procedure Code of Ukraine and Art. 25 of the Law of Ukraine «On prosecutor's office» preliminary investigation bodies are obliged to follow written instructions of the prosecutor. Nonfulfillment by these persons of lawful instructions of the prosecutor, which have been taken out in an order, the provided Criminal Procedure Code of Ukraine, involves responsibility provided by the law. First of all, it is disciplinary responsibility under the relevant disciplinary statutes of preliminary investigation bodies. Administrative responsibility is also provided. So, according to Art. 185-8 of the Code of Ukraine on administrative offenses, responsibility for nonfulfillment of legal requirements of the prosecutor in the form of is a fine from 20 to 40 tax-free minima of the income of citizens. In 2012-2014 criminal liability for deliberate systematic nonfulfillment of lawful instructions of the prosecutor by the investigator at implementation of criminal proceedings was provided (Art. 381-1 of the Criminal code of Ukraine). But now the given norm is excluded from the legislation and investigators are not subjects to criminal liability for nonfulfillment of prosecutor's instructions anymore.

There are certain problems in prosecutors' response to illegal actions of investigators, including the facts of nonfulfillment by them instructions of prosecutors. It is connected with the fact that current Law of Ukraine «On prosecutor's office» does not provide acts of reaction of the prosecutor on such violations. For example, in the Law «On prosecutor's office» of the year 1991 such acts were provided: resolution, representation. In the new Law «On prosecutor's office» such acts are not mentioned at all [9, c. 213]. In case of discovery by the prosecutor in actions of the investigator features of the administrative offence provided by Art. 185-8 the Code of Ukraine on administrative offenses «Nonfulfillment of legal

requirements of the prosecutor», the prosecutor is authorized to make the protocol on an administrative offense (item 11 of Art. 255 the Code of Ukraine on administrative offenses). In the conditions of force of the norm considering criminal liability of the investigator for nonfulfillment of prosecutor's instructions, prosecutor reacted to it by initiation of pre-judicial investigation.

However, the question of initiation by the prosecutor bringing the investigator to a disciplinary responsibility legislatively is not solved. In practice in case of discovery by the prosecutor the violation the functions by the investigator, prosecutors address to the head of the investigator, to bring them to a disciplinary responsibility, with the corresponding instruction, representation or the letter. In them the violations of the investigator are mentioned, and the attention to the question of initiation of disciplinary production concerning the investigator is brought. However, in certain cases to prosecutors receive refuse on consideration of such documents as their form legislatively is not defined. Therefore, the abovementioned gap in the legislation should be corrected.

According to statistical data, for the year 2015 prosecutors introduced 5 751 acts of reaction concerning the staff of law-enforcement bodies, 153 - concerning the staff of the Public fiscal service and 33 - concerning the staff of Security service of Ukraine. 7 883 employees of law-enforcement bodies, 269 staff of the Public fiscal service and 54 employees of Security service of Ukraine are brought to a disciplinary responsibility on the basis of documents of the prosecutor. 364 employees of law-enforcement bodies and 48 staff of the Public fiscal service received notices of suspicion in commission of criminal offenses [8]. Thus, prosecutors actively react on committed violations of the law by the staff of preliminary investigation bodies, even despite problems in legislative regulation which were mentioned above.

Existence of responsibility of the investigator for nonfulfillment of instructions of the prosecutor is proved by important procedural value of such instructions and need of their exact and unconditional execution by investigators. Thus, it is completely justifiable. However, the majority of investigators consider so severe sanctions as means of pressure or coercion from the prosecutor. This situation is also aggravated with the fact, that the law does not demand validity or motivation of instructions of the prosecutor. Thereof considerable part of them is formal, inconcrete, leaning on estimated concepts. Such concepts of understanding of the investigator and the prosecutor can be interpreted differently (for example, «to take effective measures», «to increase quality of pre-judicial

investigation», «not to be limited to these instructions» etc). Some instructions of the prosecutor may be inexecutable at all or in the limited terms set by the prosecutor (for example, the prosecutor instructs to interrogate several witnesses living in the different cities in 3-day term). The negative tendency arising in practical activities in this regard, is the formalistic approach of prosecutors to making directions (which sometimes reach the point where investigators write themselves instructions instead of the prosecutor, who is inactive). Or abuse by prosecutors of such a right which can essentially complicate work of the investigator (when prosecutors give petty instructions on minor, little significant questions and demand their performance in a short time, distracting the investigator from real investigation of a crime).

The law provides guarantees from such negative situations. For example, the right of the investigator to appeal against any decisions, actions or divergence of the prosecutor, accepted or made in the corresponding pre-judicial production (Art. 311 of the Criminal Procedure Code of Ukraine). Such complaint should be fixed in writing in prosecutor's office of the highest level concerning prosecutor's office in which the prosecutor holds a position, the decision, action or which divergence will be appealed. Complaints are considered in three days and by results of their consideration the following decisions can be made: 1) to uphold the decision, to recognize actions or a divergence as lawful; 2) to change the decision in a part; 3) to abrogate the decision and to make the new decision, to recognize actions or a divergence as illegal and to oblige to make new action (the Art. of Art. 312-313 of the Criminal Procedure Code of Ukraine).

It is necessary to consider that the investigator's appeal of the decisions, actions or divergences of the prosecutor is the abnormal situation that shows an existence of the conflict between them. Modeling a legal construction of this conflict permission, the Ukrainian legislator took a side of the prosecutor as, firstly, the appeal by the investigator of decisions, actions or a divergence of the prosecutor does not stop their execution (p. 3 Art. 312 of the Criminal Procedure Code of Ukraine). Thus, the investigator is obliged to execute such an instruction given to him even if is not agree with it and tries to appeal against it. Secondly, the right to resolve the conflict is provided to the official of prosecutor's office of the highest level, whose decision is final and is not a subject to the appeal in court (p. 4 Art. 313 of the Criminal Procedure Code of Ukraine). It is obvious that in this case on the party of the prosecutor, whose actions will be appealed, also corporate solidarity acts.

If the decision, actions or a divergence of the pros-

ecutor are recognized illegal, such prosecutor may be replaced with another from among officials of bodies of prosecutor's office of that level (p. 3 Art. 313 of the Criminal Procedure Code of Ukraine). However, it is the right, instead of a duty of the official of prosecutor's office of the highest level, and in practice meets extremely seldom. Cases of abrogation of decisions of the prosecutor by the prosecutor of the highest level are also exclusively rare.

Other option of investigator's influence on a procedural position of the prosecutor is the address to the head of preliminary investigation body. Differently from the appeal of actions of the prosecutor, such option is special. It is allowed only in cases of refusal of the prosecutor to coordinate the petition of the investigator to the investigatory judge about application of measures on providing criminal proceedings, carrying out investigatory (search) actions or private investigatory (search) actions. In such cases the investigator has the right to address to the head of preliminary investigation body who after studying the petition if necessary initiates consideration of the questions stated in it before the prosecutor of the highest level. Such prosecutor in a term of three days coordinates the corresponding petition or refuses its coordination (p. 3 Art. 40 of the Criminal Procedure Code of Ukraine).

Thus, the abovementioned order is applied only in cases of refusal of the prosecutor in coordination of the petition submitted by the investigator. However, it does not consider cases when the prosecutor does not accept any actions according to the petition declared by the investigator. In such cases the divergence of the prosecutor takes place, however it, according to the law, is not the ground for investigator's addressing to the head of preliminary investigation body. However, the divergence of prosecutors which appears in temporizing with consideration of the petition, is most widespread on practice. For example, concerning choosing to the suspect a measure of restraint when delay with the solution of this question can lead to that the suspect will disappear from preliminary investigation body.

The solution of this problem, in our opinion, is the following. Firstly, it is necessary to establish accurate terms for coordination by the prosecutor of petitions of the investigator. For today, concerning terms of criminal proceedings such terms are not defined. If the prosecutor did not coordinate the petition in the term established by the law, it is considered to be refused. Secondly, the investigator shall also have the right to address to the head of preliminary investigation body in case of divergence of the prosecutor.

In case the abovementioned problems occurred,

investigators, as a rule, do not exercise the right to appeal the decisions or actions (divergence) of the prosecutor, or to address to the head of preliminary investigation body. However, it does not proof absence of conflicts between them. So, the force the Criminal Procedure Code of Ukraine of the year 1960, 37,6 % of investigators had divergences with the prosecutor, in favor of the prosecutor were solved - 68,9 % of them, in favor of the investigator - 31,1 %. Thus it is noted, that in some cases, receding before authority of the prosecutor and his powers, investigators do not decide to direct the objections to the higher prosecutors. As a result, serious harm to investigation is done. To witness objections of the investigator on instructions of the prosecutor is almost impossible. The reasons are totally different (for example, authority of the prosecutor, unwillingness of deterioration of business relations with the prosecutor, the decision through the prosecutor of various household questions etc). As a result, researchers come to a conclusion that the mechanism of regulation of controversial questions' regulation between the investigator and the prosecutor does not always work. One of the reasons of this is inadequate ensuring of procedural independence of the investigator [15, c. 101-102]. However, it is impossible to agree with the previous conclusion, because, as it was specified before, discussion does not go about procedural independence of the investigator in relation to the prosecutor.

In the conditions of the new Criminal Procedure Code of Ukraine, where public prosecutor's supervision in the form of the procedural management on pre-judicial investigation gained systematic and even total character, and possibilities of influence on the prosecutor by investigators considerably increased, this mechanism still gives big failures. So, by results of the rerquisition of 120 investigators of law-enforcement bodies and Security service of Ukraine, more than 70 % faced unreasonable or illegal actions, more often - a divergence of prosecutors. At the same time, nobody of them appealed against such actions or decisions, and only 10 % of respondents allow such possibility at all. As the result, negative attitude of investigators to prosecutors is observed. In their opinion, prosecutors carry out supervision inefficiently and this is one of the factors which generates legal nihilism of investigators and leads to procedural mistakes and violations [1, c. 21].

Preconditions for formation of such an opinion are obvious: the investigator bears responsibility for results of pre-judicial investigation, but these results depend on him only partially. A number of key procedural decisions are accepted only by the prosecutor. The prosecutor should direct the investigator, but in

most cases he does this formally, without penetrating into the main point and without rendering the investigator necessary help. The investigator cannot influence the prosecutor. At the same time, responsibility for results of pre-judicial investigation is assigned completely on the investigator.

Such model is half and half, inefficient. Therefore, it is necessary to bring an attention to the question of expediency of giving the right to the appeal of actions and decisions of the prosecutor to the investigator which in practice remains unrealized. The prosecutor as the procedural head, directs a course and defines prospects of pre-judicial investigation. Therefore, the investigator has no right to estimate his instructions, furthermore to react to divergence of the prosecutor in criminal proceedings. But thus it is the prosecutor, instead of the investigator, who should bear responsibility for completeness, timeliness and legality of pre-judicial investigation and its results. Thus, the need of investigator's appeal of actions or decisions of the prosecutor disappears, except cases when they are obviously illegal.

Such an approach leads to forming of the model «public prosecutor's inquiry», when the investigator is considered as an auxiliary figure behind the prosecutor. Thus the tasks of investigator become simpler and are shorten to collecting and appropriate registration of proofs whereas their legal assessment is given by the prosecutor. The initiative of the investigator is limited to carrying out necessary investigatory actions, and key procedural decisions in criminal proceedings are accepted by the prosecutor. So, the responsibility for results of pre-judicial investigation should lay down completely on the prosecutor. The investigator is responsible for them only within his competence and also in the volume of the instructions, provided by the prosecutor. Such model will certainly eliminate existing contradictions between investigators and prosecutors and will give the chance to increase efficiency of pre-judicial investigation.

Conclusions. As a result, it should be noted, that the majority of problems in the sphere of interaction of the prosecutor and preliminary investigation bodies in Ukrainian criminal proceedings results not only from shortcomings of the new Criminal Procedure Code of Ukraine, but from insufficient experience of its practical application. Slow shifts in sense of justice of investigators and prosecutors are also a problem. In some cases, they continue to be guided by the conceptual ideas of the former legislation which have lost urgency. These problems can be resolved without intervention of the legislator, but by accumulation of law-enforcement practice and positive experience.

At the same time, the main problem of coopera-

tion between prosecutors' and preliminary investigation bodies' in criminal proceedings is considered to be half and half nature of pre-judicial investigation reform. Prosecutors received expanded powers, however all the responsibility for the results of pre-judicial investigation is not put on them. Formally, investigators are considered independent and bear responsibility for quality of investigation, but actually they obey to prosecutors and heads of preliminary investigation bodies. So, further improvement of the legislation and law-enforcement practice in this sphere should move in the direction of expansion of both powers and responsibility of prosecutors in preliminary investigation system.

Literature

1. Волынская О. В. Правовой нигилизм следователя (к вопросу о детерминантах уголовно-процессуальных ошибок и нарушений) / О. В. Волынская // Российский следователь. – 2006. – № 5. – С. 18-22.
2. Давиденко Л. М. Прокурор – охоронець законності, захисник прав та законних інтересів учасників протидії злочинності / Л. М. Давиденко, П. М. Каркач // Вісник Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна: Серія «Право». – 2009. – Вип. 6. – С. 182-188.
3. Звіт про роботу прокурора за 12 місяців 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html>. – Заголовок з екрана.
4. Звіт про роботу прокурора за 11 місяців 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html>. – Заголовок з екрана.
5. Звіт про роботу прокурора за грудень 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html>. – Заголовок з екрана.
6. Звіт про роботу прокурора за 12 місяців 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html>. – Заголовок з екрана.

7. Звіт про роботу прокурора за 12 місяців 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html>. – Заголовок з екрана.

8. Звіт про роботу прокурора за 12 місяців 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html>. – Заголовок з екрана.

9. Лапкін А. В. Закон України «Про прокуратуру». Науково-практичний коментар / А. В. Лапкін. – Х. : Право, 2015. – 680 с.

10. Ломакін А. Напрями кримінально-процесуальної діяльності прокурора району в досудовому провадженні / А. Ломакін // Вісник прокуратури. – 2009. – № 3. – С. 66-72.

11. Марчук Н. В. Організаційно-правові основи діяльності прокурора у досудовому кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / Н. В. Марчук. – Х., 2012. – 244 с.

12. Образцов А. В. Формирование понятия процессуального руководства предварительным расследованием в системе уголовно-процессуального права / А. В. Образцов // Российский следователь. – 2013. – № 21. – С. 17-19.

13. Пояснювальна записка до проекту Кримінального процесуального кодексу України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42312. – Заголовок з екрана.

14. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів» [Електронний ресурс] : Указ Президента України від 08 квітня 2008 року № 311/2008. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>. – Заголовок з екрана.

15. Смоков С. М. Внутрішнє переконання слідчого і його роль при прийнятті процесуальних рішень: дис. ... канд.. юрид. наук: 12.00.09 / С. М. Смоков. – К. 2002. – 179 с.

16. Юрчишин В. М. Місце і роль прокурора у досудовому розслідуванні та їх відображення в теорії, законодавстві і практиці: монографія. – Чернівці: Вид. дім «Родовід», 2012. – 287 с.

СПОСІБ ВЧИНЕННЯ НЕЗАКОННОЇ ЛІКУВАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Богдана СТЕЦІК,
здобувач кафедри криміналістики, судової медицини та психіатрії
Львівського державного університету внутрішніх справ

SUMMARY

The article is devoted to the characterization of criminal illegal methods of taking illegal drug activity. On basis of the dispositions of article 138 of the Criminal Code of Ukraine and the practice of its use by law enforcement agencies during the operation of the Criminal Procedure Code of Ukraine, the author offers criteria for determining illegal drug activity, clarified typical ways of committing crimes of this type.

Keywords: criminal offenses, criminological characteristics, the way the crime, medical activity, doctor, illicit drug activities.

АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена характеристиці способів учинення кримінально противравної незаконної лікувальної діяльності. На підставі аналізу диспозиції ст. 138 Кримінального кодексу України, а також практики її застосування правоохоронними органами за час дії чинного Кримінального процесуального кодексу України, автором пропонуються критерії визначення незаконної лікувальної діяльності, з'ясовані типові способи вчинення злочинів цього виду.

Ключові слова: кримінальні правопорушення, криміналістична характеристика, спосіб вчинення злочину, медична діяльність, лікар, незаконна лікувальна діяльність.

Постановка проблеми. Конституція України у ст. 49 закріплює право громадян на охорону здоров'я, медичну допомогу й медичне страхування. Особливі вимоги у зв'язку з цим висуваються до медичних працівників, діяльність яких безпосередньо пов'язана з реалізацією цього права [1]. Гарантією належної якості медичної допомоги виступає сукупність організаційно-роздорядчих і кваліфікаційних вимог, найважливішими з яких є здійснення такої діяльності: тільки особами, що мають належну медичну освіту, відповідно до стандартів медичної допомоги [2]; лікарськими засобами, що відповідають вимогам якості, безпечності та ефективності [3].

Кримінально-правовим засобом захисту громадян від незаконної лікувальної діяльності є ст. 138 Кримінального кодексу України (далі – КК України), що передбачає кримінальну відповідальність за ведення незаконної лікувальної діяльності. Проте, при постійному розвитку методів діагностики та лікування захворювань і травм, органи досудового розслідування стикаються із проблемою недосконалості процесуального та організаційно-тактичного забезпечення розслідування відповідної категорії кримінальних проваджень. Через недоліки у методіці розслідування професійних злочинів медичних працівників, що зумовлює складність їх розслідування, до кримінальної відповідальності за незаконну лікувальну діяльність, притягаються лише одиниці.

Якісне забезпечення процесу здійснення провадження досудового розслідування цього виду кримінальних правопорушень є криміналістична характеристика, зокрема способу вчинення злочи-

ну. Описання в криміналістичній характеристиці типових результатів застосування того чи іншого способу, тобто залишених слідів його застосування та місць, де сліди ймовірно можуть бути виявлені, є базою для визначення сукупності доказових фактів як засобу перевірки загальних та окремих версій відповідно про характер по-дії та пов'язаних з нею окремих обставин і, як наслідок, базою для формування предмета доказування загалом[4, с.219].

Аналіз останніх досліджень. Спосіб вчинення злочинів досліджували як криміналісти, кримінологи, так і представники науки кримінального права: З.Фрейд, В.Н. Кудрявцев, В.О. Навроцький, М.І. Панов, Н.П. Пономарьова, Р.Д. Шарапов, І.Н. Данилін, О.М. Ігнатов, Л.В. Сердюк, Н.І. Загородников.

Питання методики розслідування злочинів досліджували вчені-криміналісти: Ю.П. Аленін, В.П. Бахін, Р.С. Белкін, А.І. Вінберг, А.Ф. Волобуєв, В.К. Гавло, В.І. Гасенко, Г.А. Густов, А.В. Дулов, В.А. Журавель, Г.Г. Зуйков, О.Н. Колесніченко, В.О. Коновалова, А.М. Кустов, В.В. Лисенко, А.Ф. Лубін, І.М. Лузгін, В.Г. Лукашевич, Г.А. Матусовський, В.О. Образцов, М.В. Салтевський, В.Г. Танасевич, В.В. Тіщенко, С.Н. Чурілов, В.Ю. Шепітько, Б.В. Щур, М.П. Яблоков.

Проблемі розслідування злочинів, вчинених при наданні медичної допомоги, присвячено роботи І.М. Авдеєвої, Ф.Ю. Бердичевського та В.К. Кудряшова, Л.Г. Дунаєвської.

Окремого наукового дослідження методики розслідування незаконної лікувальної діяльності загалом, криміналістичної характеристики цього виду злочинів зокрема не здійснювалось.

Мета статті – на основі існуючих наукових положень криміналістики, конкретизувати способи вчинення злочинів, передбачених ст. 138 КК України.

Виклад основного матеріалу. Інститут кримінальної відповідальності за вчинення злочинів у медичній сфері, а також окремі юридичні аспекти даних злочинів, досліджувався багатьма вченими з різних галузей права, серед яких адміністративне, цивільне, кримінальне та інших наук, про що свідчать численні монографічні праці українських та зарубіжних вчених. Щодо методики розслідування професійних злочинів медичних працівників загалом, то вченими вони є достатньо опрацьованими. Проте встановлено, що методики розслідування незаконної лікувальної діяльності, розроблено не було, що засвідчує актуальність та важливість ТА значення для розвитку криміналістичної науки.

Для криміналістичної характеристики незаконної лікувальної діяльності спосіб вчинення злочину є одним з центральних елементів. Його значення визначається факторами кримінально-правового, процесуального та криміналістичного характеру. Будучи прямо передбаченим у законі, спосіб злочину – заняття лікувальною діяльністю без спеціального дозволу, здійснюване особою, яка не має належної медичної освіти, якщо це спричинило тяжкі наслідки для хворого (ч. 1 ст. 138 КК України) – виступає обов’язковим елементом складу злочину і його встановлення є обов’язковим для правильної кваліфікації діяння.

У теорії кримінального права під способом учинення злочину розуміється відповідний порядок, послідовність рухів і прийомів, застосуваних особою, які утворюють дії з підготовки до злочину (підшукання, пристосування засобів, знарядь, створення умов тощо), його вчинення (дії, безпосередньо пов’язані із зазіханням на об’єкт), а також ті дії з приховування, що відбуваються до моменту закінчення злочину. Однак істотними в криміналістичному відношенні є також дії злочинців, що не належать до складу злочину, але мають важоме значення для встановлення обставин кримінального правопорушення. Маються на увазі дії з приховування злочину, які виконуються після його вчинення і не містять ознак злочину. Спосіб злочину може бути зумовлений і іншими чинниками, що знаходяться всередині його. Йдеться про спосіб підготовки до злочину і спосіб безпосередньо вчинення [5, с. 6-9].

З іншого боку, він входить в перелік обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні (ч. 1 ст. 91 КПК України). Для кримі-

налістики він цікавий, перш за все, як засіб відображення у навколошньому середовищі події злочину. При цьому сліди певного способу вчинення злочину містять найбільший обсяг інформації про злочин в цілому та його окремі обставини, коло осіб, серед яких слід шукати винного і т. ін.

Значний обсяг інформації про злочин міститься в способі його вчинення. Не випадково ряд криміналістів вважають його головним елементом криміналістичної характеристики злочину, тому що він визначає основні шляхи і напрямки розслідування [6, с. 57-75]. Зокрема, В.М. Кудрявцев визначає спосіб вчинення злочину як певний порядок, метод, послідовність рухів і прийомів, застосованих особою для вчинення злочину [7, с. 32].

Українські криміналісти під способом вчинення злочину розуміють сукупність дій, спрямованих на досягнення злочинного результату або спосіб дій злочинця, що виражається в певній системі операцій і прийомів [8, с. 191]. Його змістовну структуру становлять етапи приготування, вчинення та приховування слідів злочину. В результаті дій цілої низки причин способи злочинів повторюються, а це дозволяє проводити їх систематизацію та використовувати отримані дані для розробки криміналістичних рекомендацій загального призначення, застосування яких не обмежується завданнями розслідування конкретного кримінального провадження [9, с. 60].

У криміналістичному розумінні у способі незаконної лікувальної діяльності на перший план виходять ті його інформаційні сторони, які стають результатом прояву зовні законної діяльності, проте у результаті, складаючись в єдину картину, надають інформацію про злочин. Як наслідок, спосіб вчинення діяння відображається у слідах злочину, що вказують на те, яким чином злочинець вчинив такі дії: знайшов співучасників (партнерів, найманіх осіб), організував злочин: обрав необхідну схему його вчинення, яка, на його погляд, надавала можливість найбільш ефективно його організувати з тим, щоб, з одного боку, отримувати прибутки, а з іншого - створити видимість законної лікарської діяльності. Саме ці сліди, що проявляються зовні, дають змогу створити основу для найбільш швидкого розпізнавання первинних інформаційних даних у кримінальному провадженні, виявлення ознак застосування характерного способу вчинення злочину, передбаченого ст. 138 КК України. Це, відповідно, допомагає точніше визначити напрями й методи виявлення інших відсутніх інформаційних даних про передбачуваний спосіб вчинення цього злочину.

Доцільно наголосити на взаємозв’язку спо-

собу вчинення незаконної лікувальної діяльності з особою злочинця. Згідно із законодавством про охорону здоров'я, лікувальною діяльністю можуть займатись особи, які мають відповідну спеціальну освіту і відповідають єдиним кваліфікаційним вимогам. Отже, особами, які мають належну медичну освіту, відповідно до ст. 138 КК України є особи, які отримали у встановленому порядку один із належних документів: а) диплом про медичну освіту, виданий державними вищими навчальними закладами різного рівня акредитації або такими, що до них прирівняні; б) свідоцтво (довідку) про підвищення кваліфікації за останні 5 років, видане державними вищими навчальними закладами різного рівня акредитації, науковими закладами, закладами підвищення кваліфікації І перепідготовки кадрів або такими, що до них прирівняні; в) свідоцтво про присвоєння (підвищення) відповідної кваліфікаційної категорії; г) сертифікат про присвоєння звання лікаря-спеціаліста; д) атестаційно-експертний висновок Української асоціації народної медицини. Особи, які пройшли медичну або фармацевтичну підготовку в навчальних закладах іноземних країн, допускаються до професійної діяльності, у т. ч. на підприємницьких засадах, після перевірки їх кваліфікації.

У теорії криміналістики прийнято розрізняти дії по підготовці, вчиненню і приховуванню злочину. Деякі криміналісти поєднують ці три дії в одну і відносять їх до способу вчинення злочину. Але більшість учених вважає дане твердження помилковим. Наприклад, В. П. Колмаков, досліджуючи проблеми розкриття злочинів проти життя, розрізняв спосіб вчинення злочину і спосіб його приховування, де останнє він розглядав як дії злочинця, спрямовані на маскування факту злочину і ліквідацію його [10, с. 193-201].

Висловлена точка зору одержала підтримку в працях харківських криміналістів. Так, О. Н. Колесниченко запропонував розрізняти в методиці розслідування спосіб підготовки до вчинення злочину, спосіб самого вчинення злочину і спосіб його приховування. Науковець мотивував це тим, що зазначені дії можуть бути сконцентровані в різний час, різними особами й мати різне кримінально-правове значення [11, с. 9-11]. За визнанням самостійного існування способу приховування злочину, на відміну від способу його вчинення, висловився Й. Б. М. Коврижних, але запропонував і той і інший розглядати як елементи інтегрального поняття “способ злочину”, до якого він включив ще й дії по підготовці до злочину [12].

Підготовлюючись до здійснення незаконної

лікувальної діяльності особа злочинця підшукує місце її здійснення, знаряддя та засоби, серед яких можуть бути медичне обладнання, фармацевтична продукція для прикладу, оренда або облаштування місця для здійснення лікувальної діяльності, призначення до вживання ліків), підбір співвиконавців та технічний розподіл функцій (підшукування пособників, іншого допоміжного персоналу - водіїв, бухгалтерів тощо). Також типовим для злочинця, що готується до вчинення незаконної лікувальної діяльності є факт підробки документ про освіту чи дозволу на заняття лікувальною діяльністю, з метою їх подальшого використання.

Прикладом таких підготовчих дій є вирок Сихівського районного суду м. Львова від 14.02.2016 року, яким засуджено гр. П., котрий використовуючи завідомо неправдиві документи про освіту, а саме: дублікат диплому Російського Державного медичного університету Федерального агентства з охорони здоров'я та соціального розвитку РФ, про закінчення ним в 1991 році навчання у 2-му Московському орденна Леніна Державному медичному інституті імені М.І.Пирогова з неправдивими відомостями про здобуття ним вищої освіти та присвоєння йому кваліфікації лікар за спеціальністю «Лікарська справа»; диплом кандидата медичних наук Московської медичної академії імені І.М. Сеченова, з неправдивими відомостями про присудження йому наукового ступеню кандидата медичних наук; диплом доктора медичних наук, виданий Вишою атестаційною комісією РФ, з неправдивими відомостями про присудження йому наукового ступеню доктора медичних наук, займався незаконним лікарюванням, що спричинило тяжкі наслідки для хворих, а саме проводив операції хворим, в результаті яких настало смерть, загалом згубив не одне людське життя[□].

Стадії безпосереднього вчинення злочину характеризуються найактивнішою діяльністю і різноманітністю способів досягнення злочинної мети зокрема отримання прибутку шляхом заняття незаконною лікарською діяльністю.

Заняття лікувальною діяльністю означає сукупність окремих актів, дій, прийомів чи операцій, які виконуються в межах стандартів, протоколів, правила, звичаї та інші нормативно-правові акти щодо надання медичної допомоги. Доцільно виділити наступні способи: проведення невідкладних заходів медичної допомоги; обстеження хвого, збір анамнезу, виконання спеціальних діагностичних досліджень; постановлення діагнозу; обрання заходів профілактики захворювання; рішення про госпіталізацію; призначення медичних маніпуляцій або лікарських засобів; підготовка хвого

до операції та виконання оперативного втручання; усунення несприятливих наслідків лікувальних заходів; медичний догляду після оперативного втручання.

При вчиненні злочину, як указує Р.С. Белкін, його приховування може бути, але не обов'язково повинно бути умовою або елементом здійснення способу вчинення злочину, однак у всіх випадках це діяльність по приховуванню злочину. Поняття способу приховування злочину кожен учений бачить по-своєму. Б.Б. Рибников його вбачає як діяльність особи, спрямовану на утаювання відомих її фактів та обставин скісного злочину [13, с. 67]. Однак приховування, як вбачається, не є єдиним способом утаювання інформації і тому наведене формулювання не можна визнати вичерпним.

Г.М. Мудьюгин називає спосіб приховування комплексом дій злочинця, які той виконує з метою ухилення від відповідальності за вчинене. Ці дії можуть бути спрямовані на утаювання самої події злочину, його злочинного характеру, участі у ньому самого злочинця [14].

На наш погляд, найбільш правильним і повним є визначення, запропоноване Р.С. Белкіним, який вбачає у спосіб приховування злочину діяльність (要素 злочинної діяльності), спрямовану на перешкоджання розслідуванню шляхом утаювання, знищення, маскування і фальсифікації слідів злочину і злочинця. Під способом приховування злочину в криміналістиці прийнято розуміти діяльність (要素 злочинної діяльності), спрямовану на перешкоджання розслідуванню шляхом утаювання, знищення, маскування або фальсифікації слідів злочину і злочинця і їхніх носіїв [16, с. 217].

Важливим фактором є те, що спосіб вчинення незаконної лікувальної діяльності повинен спричинити тяжкі наслідки для хворого. Під тяжкими наслідками слід розуміти спричинення смерті, заподіяння тяжкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження. При цьому під хворим розуміється не тільки особа, яка насправді має певне захворювання, а й будь-яка інша особа, яка звернулась до винного тому, що сама вважала себе хворою або її вважали хворою батьки, опікуни тощо. Для інкримінування особі ст. 138 КК України необхідно довести, що вказані суспільне небезпечні наслідки перебувають у причинному зв'язку з незаконним лікарюванням. Заяняття медичною практикою особою, яка не має належної медичної освіти, без отримання ліцензії на такий вид підприємництва, що не мало своїм наслідком тяжких наслідків для потерпілого, тягне за собою адміністративну відповідальність за ст. 164 КУпАП.

Таким чином, приховування факту вчинення не-

законної лікувальної діяльності матиме місце у разі настання тяжких наслідків.

Способами приховування досліджуваної групи злочинів, за позицією М.В. Даньшин, є: умисне переміщення пацієнта (потерпілого), який одержав певне дефектне медичне лікування з одного медичного закладу в інший (при цьому неповідомлення про це) з метою зміни місця виявлення ятрогенії; не оголошення, умовчування перед пацієнтом (потерпілим) фактів ятрогенії або обов'язкового (можливого) виникнення латентних ятрогенічних наслідків лікування в майбутньому та їх не занесення і не описування в історії хвороби пацієнта (потерпілого); фальсифікація історії хвороби пацієнта (потерпілого) даними про не проведені обов'язкові чи додаткові аналізи, маніпуляції тощо або із зазначенням вигідних результатів проведених досліджень; заздалегідь підготовлене неправдиве алібі медичного або фармацевтичного працівника; знищення безпосередніми винними особами речової та (або) документальної бази лікування, консультацій, наданих медичних або фармацевтичних послуг тощо (чеків, медичних карток, аналізів і т. д.) з метою приховування самого факту послуг, що надаються; тимчасове приховування симптомів ятрогенії в пацієнта (потерпілого) шляхом уведення додаткових ліків, речовин з метою приховування дійсних часу та місця злочину; інсценування злочину під некримінальну подію, природну смерть, форс-мажорні обставини, що сталися, тощо; створення видимості нібито побічних ефектів використаних при лікуванні не перевірених, але дозволених до використання фармацевтичних препаратів; підроблення підпису пацієнта (потерпілого) на документах, що свідчать про нібито давання ним згоди на експериментальне використання нових фармацевтичних ліків, препаратів, речовин; залікування, підкуп або інший вплив на пацієнтів (потерпіліх); вчинення іншого злочину з метою приховування ятрогенії; активне використання службового становища керівництвом лікувально-медичного закладу, тиск або будь-який вплив, продиктований «корпоративною етикою», та ін. [16, с. 261-262].

Змістом способу приховування незаконної лікувальної діяльності є сукупність (система) дій, які виконуються із метою утруднення виявлення злочину і його слідів, а також прагнення уникнути відповідальності.

Дії, що спрямовані на приховування злочину, виконуються в різноманітних формах і різноманітними суб'єктами. Проте їхня спрямованість визначена самим змістом виконуваної злочинної діяльності.

Способом самого факту приховування незакон-

ної лікувальної діяльності можуть бути: приховання місця лікування (часта зміна місця здійснення медичних маніпуляцій з хворими, зміна назви установи здійснення незаконної лікувальної діяльності), знищенння знарядь та засобів підроблення документів про освіту чи документів про дозвіл на ведення лікувальної діяльності.

Способом приховання наслідків незаконної лікувальної діяльності є:

Таким чином, на основі вказаного виділимо найбільш поширені способи приховання злочинів, пов'язаних з неналежним виконанням професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником, а саме: неповідомлення (невчасне повідомлення) про настанні негативних наслідків незаконної лікувальної діяльності, проведення лікування для усунення негативних наслідків чи вжиття заходів для зміни клініки протікання захворювання для неможливості виявлення факту порушення процедури діагностики та (чи) лікування, зміна місця діагностики (лікування), фальсифікація інформації про діагностику та процедуру лікування хворого та знарядь засобів їх проведення, підкуп пацієнта чи інший вплив на нього, інсценування знищення місця проведення процедури діагностики чи (та) лікування під стихійне лихо.

Висновки. Визначення характеристики найбільш поширених способів підготовки, вчинення та приховання фактів незаконної лікувальної діяльності має суттєве практичне значення у процесі провадження досудового розслідування, а також теоретичне – для розробки окремої криміналістичної методики. Це пов'язано з детермінацією способу вчинення злочину і властивих йому двох ознак, що мають особливе криміналістичне значення: відносна стійкість і повторюваність.

Спосіб підготовки, вчинення та приховання незаконної лікувальної діяльності, слід розглядати як складне явище дійсності на основі пізнання закономірностей його формування, причин і форм його повторюваності для розробки прийомів і методів виявлення, збирання та дослідження доказів у таких кримінальних провадженнях.

Аналізуючи способи вчинення злочину, передбаченого ст. 138 КК України, доходимо висновку, що незаконна лікувальна діяльність – це вплив на людину шляхом заборонених медичних засобів і методів, або хоч і дозволеними засобами і методами, але що здійснюється особою, яка не має на це права (наприклад, проведення медичною сестрою операцій або маніпуляцій, право на здійснення яких надано лише лікареві певної спеціальності, або лікування захворювання внутрішніх органів лікарем-стоматологом).

Список використаної літератури:

1. Конституція України від 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.zakon.rada.gov.ua/go/254k/96-vr.
2. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19.11.1992 р. № 2801- XI // ВВР. - 1993. - № 4. - Ст. 19.
3. Про лікарські засоби: Закон України від 04. 04. 1996 р. № 123/96-ВР // ВВР. - 1996. - № 22. - Ст. 86.
4. Щур Б.В. Предмет розслідування та його структурні елементи в методіці розслідування окремих видів злочину// Б.В. Щур.- Право і суспільство.- №4/2010.- С.216-220.
5. Белкин Р.С. Курс советской криминалистики : в 3-х т. / Р.С. Белкин. – М.: Академия МВД СССР, 1977. – Т. 1. Общая теория советской криминалистики. – 340 с.
6. Зуйков Г.Г. Криминалистическое учение о способе совершения преступления / Г.Г. Зуйков, Р.С. Белкин, И.М. Лузгин // Криминалистика. – М., 1978. – Т. 1. – С. 57–75.
7. Кудрявцев В. Н. Объективная сторона преступления / В. Н. Кудрявцев. - М., 1960. - 171 с.
8. Панов М.І. Настільна книга слідчого: наук.-практ. видання для слідчих і дізнатавачів / М.І. Панов, В.Ю. Шепітько, В.О. Коновалова та ін. – К.: Видавничий Дім Ін Юре, 2003. – 720 с.
9. Овечкин В.А. Расследование преступлений, скрытых инсценировками : учеб. пособие / В.А. Овечкин. – Х. : Юрид. ин-т, 1979. – 63 с.
10. Колмаков В.П. Значение для расследования точного установления способов совершения и сокрытия преступлений против жизни // Тр. Харьк. гос. мед. ин-та. – 1956. – № 5. – С. 193-201.
11. Колесниченко А.Н. Общие положения методики расследования отдельных видов преступлений. Текст лекции. – Харьков: Харьк. юрид. ин-т. 1976. – С. 9-11.
12. Коврижных Б.Н. Деятельность органов прокуратуры по делам о нераскрытых убийствах: Автoref. дис... канд. юрид. наук. – Харьков: 1969. – 24 с.
13. Рыбников Б.Б. Проблема сокрытия преступлений и ее место в советской криминалистике // Криминалистический сборник. – Рига, 1972. – С. 67.
14. Васильев А.Н., Мудьюгин Г.Н., Якубович Н.А. Планирование расследования преступлений. – М.: Госюризdat, 1957. – 199 с.
15. Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. От теории – к практике. – М.: Юрид.лит., 1988. – 304с.
16. Даньшин М. В. Способи приховання злочинів ятрогенного характеру / М.В. Даньшин // Від громадянського суспільства до правової держави : III міжнародна науково-практична конференція, 24 квітня 2008 року : тези доповіді. — Харків : ХНУ імені Каразіна, 2008. - С. 260 – 263.

ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ СЛЕДОВАТЕЛЯ С ОПЕРАТИВНЫМИ ПОДРАЗДЕЛЕНИЯМИ ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ УМЫШЛЕННОГО ВЫПУСКА НА РЫНОК УКРАИНЫ ОПАСНОЙ ПРОДУКЦИИ

Ирина ТИМЧЕНКО,

соискатель кафедры криминального права и процесса Института права и психологии Национального университета «Львовская политехника»

SUMMARY

The article analyzed the forms of interaction between an investigator and operational units during investigation deliberate introduction dangerous products at the Ukrainian market. Analysis research studies has show that the interactional between an investigator and operational units implemented organizational and procedural ways. The main difference of these forms is that procedural forms of interactional based on the norms of the Criminal procedure code of Ukraine and organizational are a way of communication between the investigator and operational units. Stands out joint activities of the investigator and operational units at the stage of registration of information about crime in the Unified register of pre-trial investigations, inspection the scene of action, other investigative actions.

Keywords: dangerous products, interactional, crime, investigator, operational unit, criminal proceedings.

АННОТАЦИЯ

В статье анализируются формы взаимодействия между следователем и оперативными подразделениями при расследовании выпуска на рынок Украины опасной продукции. Анализ научных исследований показал, что взаимодействие между следователем и оперативными подразделениями реализуется процессуальными и организационными (непроцессуальными) путями. Основным отличием указанных форм является то, что процессуальные формы взаимодействия основаны на нормах Криминального процессуального кодекса Украины, а организационные являются способом связи между следователем и работниками оперативных подразделений. Выделяется совместная деятельность следователя и оперативных подразделений на стадии внесения сведений о преступлении в Единый реестр досудебных расследований, во время осмотра места происшествия и проведения других следственных действий.

Ключевые слова: взаимодействие, опасная продукция, оперативное подразделение, преступление, следователь, уголовное производство.

Постановка проблемы. Как показывает следственная практика, быстрое и полное расследование многих преступлений невозможно без согласованных и совместных действий следователя с сотрудниками оперативных подразделений, а также другими участниками этого процесса (службами правоохранительных органов, специалистами и экспертами, контрольно-ревизионными органами, средствами массовой информации и т.п.). Такая совместная деятельность получила название «взаимодействие». Взаимодействие следователя и сотрудника оперативного подразделения обусловлено, прежде всего, тем, что они имеют специфические, только им присущие средства для расследования преступлений, определяются их процессуальным статусом. С принятием в Украине в 2012 году Криминального процессуального кодекса взаимодействие претерпело некоторых изменения, на которые следует обратить внимание, поскольку они существенно влияют на процесс расследования всех без исключения преступлений, в том числе связанных с выпуском на рынок Украины опасной продукции.

Состояние исследования. Вопросы взаимодей-

ствия следственных и оперативных подразделений органов внутренних дел при расследовании различных видов преступлений рассматривали в своих трудах А.Ф. Волобуев, В.В. Драган, С.А. Книженко, В.В. Пивоваров, В.Д. Пчолкин, Л.П. Скалоуб, С.В. Обшалов, И.А. Скуляк, В.М. Федченко, Л.И. Щербина и другие.

В последние годы эту проблематику исследовали Н.В. Багрий, В.С. Бородин, Н.В. Гуменна, В.С. Деркач, А.А. Дружук, О.Ю. Заблоцкая, О.В. Керевич, М.П. Клычук, Д.Й. Никифорчук, А.С. Омельяненко, О.А. Проценко, В.В. Топчий, Т.А. Часовая. Однако, вопрос особенностей взаимодействия следователя и оперативных подразделений при расследовании умышленного выпуска на рынок Украины опасной продукции пока не получил должного внимания в работах ученых, работающих в сфере криминалистики.

Целью и задачей статьи является выделение и характеристика на основе анализа действующего законодательства, следственной практики и мнений ученых наиболее распространенных форм и способов взаимодействия следователя с сотрудниками оперативных подразделений органов вну-

тренних дел при расследовании вышеуказанного вида преступления.

Изложение основного материала. С философской точки зрения взаимодействие рассматривается как категория, отражающая процессы воздействия различных объектов друг на друга, их взаимную обусловленность, изменение состояния, взаимопереход, а также порождение одним объектом другого [1, с. 81]. Оно тесно связано с понятием организации, которая в теории системного подхода позиционируется с достижением структурированности, внутренней упорядоченности, согласованности и взаимодействия частей системного объекта. Сама же организация имеет два значения – как система и как процесс [2, с. 21–22]. В.С. Бородин указывает, что с учетом требований к любой системе, организация взаимодействия не должна быть совокупностью бессистемно проведенных процессуальных и розыскных действий. Она должна представлять собой единое целое, в котором все действия следователя и органов дознания образуют логически обоснованную систему. Основополагающими факторами существования такой системы является взаимосвязь, совокупность следственных и оперативно-розыскных действий, а также цели (задачи) расследования [3, с. 239].

Организация, которую изучает криминалистика, пишет И.В. Возгрин, в своей основе связана не с исполнительно-распорядительной деятельностью, не с управлеченческими функциями, а с творческим процессом лица, осуществляющего расследование преступлений. В этом процессе главным является не подчинение объекта субъекту управления, а определение для лица, их осуществляющего, наиболее правильной линии поведения с целью установления истины по уголовному делу [4, с. 114–115]. Поэтому сам процесс творческого мышления по созданию системы взаимодействия и будет его организацией. Сущность организационного процесса в рамках взаимодействия В.С. Бородин видит в создании структуры совместной деятельности, которая состоит из таких взаимосвязанных компонентов: 1) согласованное планирование; 2) распределение обязанностей между субъектами; 3) постановка перед субъектами четких и конкретных задач; 4) своевременный обмен информацией; 5) контроль [3, с. 243–244]. Именно их, по нашему мнению, целесообразно положить в основу характеристики взаимодействия следователя с оперативными подразделениями при расследовании умышленного выпуска на рынок Украины опасной продукции.

Как справедливо отмечает Г.А. Матусовский, в криминалистике проблему взаимодействия рассма-

тривают в разрезе поставленных перед этой наукой задач: каким образом построить взаимодействие субъектов расследования с целью обеспечения наиболее быстрого, полного и эффективного выявления и использования в расследовании следов преступления [5, с. 156]. Анализируя мнения различных авторов о сущности взаимодействия, Н.В. Багрий выделяет несколько подходов к проблеме его определения. Одни авторы рассматривают взаимодействие как правильное (или рациональное) сочетание и эффективное использование полномочий, методов и форм деятельности следователя и оперативных подразделений (Г.А. Душейко). Другие ученые считают, что суть взаимодействия следователя и оперативных работников заключается в их совместной деятельности (П.Т. Скорченко). Третий видят сущность взаимодействия в деловом сотрудничестве следователя и оперативника (С.М. Вологин). Сам автор считает правильным четвертый подход, при котором взаимодействие рассматривается как согласованная по целям, месту и времени деятельность следователя и оперативного подразделения [6, с. 316–317]. Вполне справедливое мнение по этому поводу высказывает В.П. Корж. Она убеждена, что в одних ситуациях взаимодействие – это согласованная деятельность (следователя и оперативных работников других служб ОВД, СБУ и др.), в других – это деловое сотрудничество (следователя и служебных лиц государственных контрольно-надзорных служб), в третьих – это деловой контакт (следователя и представителей СМИ, трудовых коллективов, отдельных граждан) [7, с. 60].

В.Д. Пчолкин рассматривает взаимодействие как основанную на общности целей и задач, согласованную по времени, месту и содержанию, определенную законодательством деятельность компетентных субъектов по рациональному применению имеющихся сил, средств и методов для своевременного выявления, раскрытия и расследования преступлений. Исходными положениями принципов взаимодействия ученый называет: четкое представление участниками взаимодействия о целях и задачах; процессуальная самостоятельность следователя и лица, проводящего следственные действия, невмешательство в их процессуальную деятельность должностных лиц и органов, не осуществляющих уголовный процесс или оперативно-розыскную деятельность; самостоятельность следователя, оперативных работников и специалиста в избрании средств и тактических приемов осуществления совместных мероприятий; четкое соблюдение компетенции участниками взаимодействия; комплексное использование сил,

средств и методов, которые есть в распоряжении взаимодействующих сотрудников ОВД; неразглашение участниками взаимодействия данных, которые используются в процессе взаимодействия; согласованное планирование действий; непрерывный обмен информацией; прокурорский надзор, процессуальный и ведомственный контроль за взаимодействием; наступательность в работе во время расследования [8, с. 99–100]. С.В. Слинько считает, что взаимодействие – это основанная на законе и ведомственных нормативных актах деятельность независимых друг от друга в административном отношении органов, которая направляется следователем и осуществляется путем комплексного сочетания и эффективного использования полномочий, методов и форм, присущих каждому из них, с целью раскрытия преступления и установления обстоятельств, входящих в предмет доказывания по уголовному делу [9, с. 11].

Если говорить о законах и ведомственных нормативных актах, которые лежат в основе взаимодействия следователя и оперативных подразделений, то тут в первую очередь следует назвать Криминальный процессуальный кодекс Украины [10], Законы Украины «Об оперативно-розыскной деятельности» [11] и «Об организационно-правовых основах борьбы с организованной преступностью» (Раздел 5) [12], приказах Министерства внутренних дел Украины «Об утверждении Инструкции по организации деятельности органов досудебного расследования МВД Украины» [13] и «Об организации взаимодействия органов досудебного расследования с другими органами и подразделениями ОВД по предупреждению, выявлению и расследованию криминальных правонарушений» [14].

К примеру, в Инструкции по организации деятельности органов досудебного расследования МВД Украины указано, что на начальников территориальных подразделений органов МВД Украины возлагается: 1) обязанность обеспечивать надлежащее взаимодействие работников оперативных и других подразделений со следователем при предупреждении, выявлении и расследовании уголовных правонарушений; 2) контроль за своевременным и качественным выполнением оперативными подразделениями письменных поручений следователя, данных в уголовном производстве [13]. В Инструкции по организации взаимодействия органов досудебного расследования... отмечается, что основными задачами такого взаимодействия являются: 1) предупреждение, выявление и расследование уголовных правонарушений; 2) привлечение к ответственности лиц, их совершивших; 3) возмещение причиненного уголовным правона-

рушением вреда; 4) восстановление нарушенных прав и интересов граждан и юридических лиц. Ответственность за надлежащую организацию взаимодействия возлагается не только на начальников территориальных ОВД, но и начальников органов досудебного расследования [14]. В указанной Инструкции регламентируется взаимодействие следователя с оперативными подразделениями во время выезда на место происшествия, реализации материалов оперативно-розыскных дел (далее – ОРД), при досудебном расследовании и его остановке, а также при организации расследования разных видов преступлений.

Сущность взаимодействия следователя и оперативного работника, пишет А.О. Ляш, заключается в том, что это: 1) активная и целенаправленная деятельность субъектов; 2) каждый субъект этой деятельности принимает конкретные меры в пределах своих полномочий; 3) совместные действия субъектов согласованы местом, временем и целью; 4) в совместных планах предусматривается комплекс действий в таком порядке, чтобы их проведение было неожиданным для лиц, действия которых проверяются, и их соучастников; 5) в процессе проведения оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий необходимо строго соблюдать нормы Конституции Украины, действующего законодательства, принципов уголовного судопроизводства [15, с. 126].

Субъектов взаимодействия при расследовании преступлений С.А. Книженко квалифицирует на две группы: специализированные и неспециализированные. К специализированным она относит тех субъектов, для которых выявление, расследование и предупреждение преступлений является главной задачей (оперативные подразделения, экспертные учреждения, контрольно-надзорные органы). К неспециализированным отнесены государственные и негосударственные структуры, для которых противодействие преступности не является их главной задачей (предприятия, учреждения, организации, СМИ, общественность) [16, с. 96].

На сегодня формы взаимодействия следователя и сотрудников оперативных подразделений можно разделить на нормативно-правовые (процессуальные) и организационно-тактические (непроцессуальные). Первая форма взаимодействия касается следующих вопросов: передачи следователю материалов о выявленных во время проведения оперативно-розыскных мероприятий признаков уголовного преступления; проведения следователем процессуальных действий одновременно с осуществлением оперативными подразделениями оперативно-розыскных мероприятий в делах, где

не установлено лицо, совершившее преступление; выполнение письменных поручений следователя о проведении следственных (розыскных) и негласных следственных (розыскных) действий; осуществление мероприятий по установлению личности подозреваемого (его розыска) после остановки досудебного расследования; привод подозреваемого, свидетеля. Вторая форма взаимодействия заключается в непосредственной реализации функциональных обязанностей следователя и оперативных работников в процессе расследования преступлений. Она не имеет процессуального характера и в основном регламентируется ведомственными нормативными актами, которые предусматривают организационные и тактические меры, направленные на обеспечение согласованной и целенаправленной деятельности сотрудников в пределах уголовного судопроизводства. Среди организационно-тактических форм взаимодействия выделяют: создание следственно-оперативной группы; использование следователем результатов оперативно-розыскной деятельности в процессе построения версий в уголовном производстве; совместное планирование работы; инструктаж оперативных работников, непосредственно задействованных в проведении следственных (розыскных) действий, тактических комбинациях и операциях; обмен информацией [6, с. 318, 319]. Стоит также согласиться с тезисом о том, что организация взаимодействия обусловлена целями (задачами), возникающими на конкретном этапе расследования преступления.

Анализ материалов практики показывает, что при расследовании умышленного выпуска на рынок Украины опасной продукции взаимодействие на начальном этапе может возникать при: 1) сборе материалов уполномоченными оперативными подразделениями; 2) поступлении в ОВД материалов проверки контролирующих органов; 3) поступлении в ОВД сообщения от граждан, должностных лиц.

В первом случае будет характерным реализация материалов ОРД. В «Инструкции об организации взаимодействия...» сказано, что при ведении оперативными подразделениями ОРД в отношении лиц, подозреваемых в подготовке к совершению преступления, подследственного ОВД, начальник оперативного подразделения обращается к начальнику следственного подразделения с просьбой о закреплении за этим ОРД следователя для обеспечения методического сопровождения его реализации и оказания помощи оперативному подразделению. Этому следователю начальник оперативного подразделения с соблюдением режима секретности предоставляет для ознакомления необходимые

материалы ОРД. В дальнейшем эти материалы рассматриваются на оперативном совещании для установления их полноты и наличия обстоятельств для регистрации в Едином реестре досудебных расследований [14]. Следует отметить, что при ознакомлении с материалами, которые собраны оперативными подразделениями относительно совершения уголовных правонарушений в сфере хозяйственной деятельности, следователь должен обратить внимание на наличие в них информации о проведенной работе по обеспечению возмещения причиненного вреда, в том числе принятым мерам по розыску имущества и средств, на которые можно наложить арест, и об их местонахождении.

Л.В. Борисова совместное планирование называет наиболее важной формой взаимодействия следователя с оперативным подразделением. Следователь при расследовании преступления в соответствии с кругом неустановленных обстоятельств выдвигает версии, определяет пути и средства их проверки, после чего составляет план расследования. Оперативные подразделения также планируют подготовку и осуществление мероприятий, которые целесообразны для раскрытия преступления. В случаях установления взаимодействия характер такого планирования существенно меняется. Также для обеспечения координации при совместном планировании обязательным является обмен информацией [17, с. 123].

Поскольку рассматриваемый нами вид преступления не относится к особо тяжким или тяжким, для его расследования следственно-оперативная группа не создается. В связи с этим, сотрудник оперативного подразделения, взаимодействуя со следователем во время досудебного расследования, обязан информировать следователя о намерениях подозреваемого лица, которому избрана мера пресечения, скрыться, незаконно влиять на других участников уголовного процесса, совершить другое преступление или продолжать совершать уголовное преступление, в котором оно подозревается.

Во втором и третьем случаях планируется выезд на место происшествия для проведения осмотра. На месте происшествия следователь управляет действиями членов следственно-оперативной группы и несет персональную ответственность за качество проведения осмотра. Сотрудник оперативного подразделения во время осмотра места происшествия неотложно информирует следователя о полученных данных относительно обстоятельств совершения преступления и причастных к нему лиц. Как видим, в этом случае при взаимодействии используются такие способы как распределение обязан-

ностей и обмен информацией. Стоит отметить, что вопрос о формах обмена информацией законодателем в определенной степени регламентирован. В данном случае речь идет о мотивированном рапорте, который подается следователю сотрудником оперативного подразделения. Однако это не запрещает субъектам взаимодействия часть информации передавать устно. Также следует помнить, что обмен информацией при расследовании должен быть двухсторонний.

В п. 3 ч. 2 ст. 40 УПК Украины определено, что следователь уполномочен поручать проведение следственных (розыскных) и негласных следственных (розыскных) действий соответствующим оперативным подразделениям. Такие поручения он предоставляет в письменной форме, а во время их выполнения сотрудники оперативных подразделений пользуются полномочиями следователя [10]. Это свидетельствует о том, что в ходе расследования преступлений, связанных с умышленным выпуском на рынок Украины опасной продукции, следователь становится субъектом управления, а сотрудник оперативного подразделения – объектом управления. Следователь должен помнить, что письменные поручения следователя должны быть четкими и конкретными. За основу следователь должен взять правило, что в поручении следует указать, что именно должен установить оперативное подразделение в интересах уголовного производства, и предоставить для этого необходимую ориентировочную информацию.

Выводы. Взаимодействие следователя с оперативными подразделениями при расследовании умышленного выпуска на рынок Украины опасной продукции происходит в двух формах – процессуальной и непроцессуальной (организационно-тактической). Анализ норм УПК Украины дает основания утверждать, что хотя следователь и может сейчас сочетать процессуальные и розыскные функции, на практике это достаточно сложно реализовать. В решении задач расследования им могут помочь сотрудники оперативных подразделений. Их совместная деятельность должна основываться на результатах совместной оценки следственных и оперативно-розыскных ситуаций, постоянном обмене информацией. В настоящее время вся инициатива в ходе расследования преступления, кроме начального этапа, принадлежит следователю. Само же взаимодействие сводится к тому, что в подавляющем большинстве случаев следователь дает письменные указания, а сотрудники оперативного подразделения их выполняют.

Список использованной литературы:

1. Философский энциклопедический словарь / За ред. Ильчева Л.Ф., Федосеева П.Н. Ковалева С.М., Панова В.Г. – М.: Советская энциклопедия, 1983. – 840 с.
2. Иванова Т.Ю. Теория организации: учебник / Т.Ю. Иванова, В.И. Приходько. – М.: Кнорус, 2006. – 384 с.
3. Бородин В.С. Системный подход к организации взаимодействия органов досудебного следствия и дознания / В.С. Бородин // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия «Юридические науки». – 2011. – Том 24 (63). – № 2. – С. 237–245.
4. Возгрин И.В. Криминалистическая методика расследования преступлений / И.В. Возгрин. – Минск: Высшая школа, 1983. – 386 с.
5. Матусовский Г.А. Экономические преступления: криминалистический анализ: монография / Г.А. Матусовский. – Х.: Консум, 1999. – 480 с.
6. Багрій М.В. Взаємодія слідчого з працівниками підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність / М.В. Багрій // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2013. – Вип. 57. – С. 315–321.
7. Корж В.П. Деякі проблеми взаємодії слідчого з учасниками розкриття та розслідування економічних організованих злочинів / В.П. Корж // Вісник прокуратури. – 2002. – № 1 (13). – С. 60–65.
8. Пчолкін В.Д. Взаємодія слідчих та працівників оперативних підрозділів у ході розслідування злочинів / В.Д. Пчолкін // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. – Х.: Право, 2009. – Вип. 9. – С. 99–103.
9. Слинько С.В. Сущность формы и правовые основы взаимодействия следователя с органами дознания: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / С.В. Слинько. – Х., 1991. – 18 с.
10. Криминальный процессуальный кодекс Украины от 13.04.2012 р. (с изменениями и дополнениями) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon.rada.gov.ua>.
11. Об оперативно-розыскной деятельности: Закон Украины от 18.02.1992 р. (с изменениями и дополнениями) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon.rada.gov.ua>.
12. Об организационно-правовой основе борьбы с организованной преступностью: Закон Украины от 30.06.1993 р. (с изменениями и дополнениями) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon.rada.gov.ua>.
13. Об утверждении Инструкции по организации деятельности органов досудебного расследования МВД Украины: Приказ МВД Украины от 09.08.2012 р. № 686 (с изменениями и дополнениями) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon.rada.gov.ua>.
14. Об организации взаимодействия органов досудебного расследования с другими органами и подразделениями ОВД по предупреждению, выявлению и расследованию криминальных правонарушений: Приказ МВД Украины от 14.08.2012 р. № 700 (с изменениями и дополнениями) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon.rada.gov.ua>.
15. Ляш А.О. Проблеми взаємодії слідчого з оперативними підрозділами органів внутрішніх справ у сучасних умовах: матеріали наук.-практ. конф. «Використання сучасних досягнень науки і практики у підвищенні ефективності боротьби зі злочинністю» / А.О. Ляш. – К.: НАВС, 2000. – С. 123–127.
16. Книженко С.О. Субъекты взаимодействия при расследовании преступлений против правосудия / С.О. Книженко // Legia si Viata. – 2014. – Martie. – Р. 94–97.
17. Борисова Л.В. Щодо взаємодії слідчих і оперативних підрозділів при розслідуванні наркозлочинів в умовах подолання протидії / Л.В. Борисова // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 121–125.

Dreptul civil și procedura

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА ВРЕД, ПРИЧИНЕННЫЙ В РЕЗУЛЬТАТЕ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ. НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ

К. СОЛТАН,

докторант Европейского университета Молдовы

И. ТАБАН,

докторант Европейского университета Молдовы

SUMMARY

The authors of the submission considering topical issues of civil liability for damage caused as a result of the administration of justice.

The important thing is that the study of the theoretical and practical aspects of this topic are identified conflicts and contradictions in the current legislation.

Particular importance attaches to the proposals and additions which are expressed by the authors.

Keywords: civil liability, material damage, moral damage, recourse, action, inaction.

* * *

В представленном материале авторы рассматривают актуальные вопросы гражданско-правовой ответственности за вред, причиненный в результате осуществления правосудия.

Важным является то, что при исследовании теоретических и практических аспектов указанной темы выявляются коллизии и противоречия в действующем законодательстве.

Особую значимость приобретают те предложения и дополнения, которые высказываются авторами.

Ключевые слова: гражданско-правовая ответственность, материальный вред, моральный вред, регрессный иск, действие, бездействие.

Актуальность темы заключается в том, что нередко при осуществлении правосудия грубо нарушаются императивные нормы законодательства, защищающие права и свободы человека.

Причиненный этими нарушениями материальный и моральный вред взыскивается с государства в пользу физических и юридических лиц решениями национальных судебных инстанций и решениями (постановлениями) Европейского Суда по правам человека.

Однако материальный вред, причиненный государству незаконными судебными решениями, определениями, постановлениями в порядке регресса с виновных в причинении ущерба судей не взыскивается, что создает условия, способствующие дальнейшим аналогичным нарушениям.

Основной причиной этих нарушений, причиняющих вред государству, является отсутствие закона о материальной ответственности судей, подробно регламентирующего основания, пределы, сроки и порядок применения материальной ответственности.

Отсутствие материальной ответственности судей за вред, причиненный государству их действия-

ми, является одним из препятствий построения правового государства и устранения и предупреждения коррупции в сфере правосудия.

Актуальность темы обусловлена настоятельной необходимостью изменения законов, регулирующих ответственность за вред, причиненный физическим и юридическим лицам незаконными действиями (бездействиями) судей при осуществлении правосудия. Также актуальность темы обусловлена отсутствием комплексного исследования законов, регулирующих гражданско-правовую ответственность за вред, причиненный в результате осуществления правосудия.

Многие представители гражданского общества и отдельные парламентские фракции требуют отмены закона РМ «Об обеспечении равенства» № 121 от 25 мая 2012 года.

Целью статьи является комплексное исследование законов РМ «О порядке возмещения ущерба, причиненного незаконными действиями органов уголовного преследования, прокуратуры и судебных инстанций» № 1545-XIV от 25.02.1998 года и закона РМ «О возмещении государством вреда, причиненного нарушением права на судопроизводство в разумный срок или права на ис-

полнение судебного решения в разумный срок» № 87 от 21.04.2011 года.

Авторы предпринимают попытку обратить внимание на существенные недостатки этих законов и внести предложения по их изменению и дополнению, чтобы уменьшить вред, причиненный государству незаконными действиями (бездействиями) судей при осуществлении правосудия.

Изложение основного материала. Гражданско-правовая ответственность государства за вред, причиненный государству незаконными действиями (бездействиями) судей при осуществлении правосудия, как институт гражданского права представляет собой совокупность правовых норм, регулирующих имущественную ответственность государства за незаконные деяния судей.

В этот институт гражданского права входят в частности:

1. закон РМ № 1545 от 25.02.1998 года «О порядке возмещения ущерба, причиненного незаконными действиями органов уголовного преследования, прокуратуры и судебных инстанций» [1];

2. закон РМ № 87 от 21.04.2011 года «О возмещении государством вреда, причиненного нарушением права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного решения в разумный срок» [2];

3. закон РМ № 121 от 25 мая 2012 года «Об обеспечении равенства» [3].

Закон РМ № 1545 от 25.02.1998 года «О порядке возмещения ущерба, причиненного незаконными действиями органов уголовного преследования, прокуратуры и судебных инстанций», довольно подробно определяет основания, условия, порядок и сроки возмещения материального и морального ущерба, причиненного физическим и юридическим лицам незаконными действиями органов уголовного преследования, прокуратуры и судебных инстанций.

Согласно части (1) ст. 3 закона РМ «О порядке возмещения ущерба, причиненного незаконными действиями органов уголовного преследования, прокуратуры и судебных инстанций» в соответствии с настоящим законом подлежит возмещению материальный и моральный ущерб, причиненный физическому или юридическому лицу вследствие:

а) незаконного задержания, незаконного применения меры пресечения в виде предварительного заключения под стражу или подписки о невыезде из местности или из страны, незаконного привлечения к уголовной ответственности;

б) незаконного осуждения, незаконной конфискации имущества, незаконного принуждения к неоплачиваемому труду в пользу общества;

с) незаконного проведения во время уголовного преследования или рассмотрения судом уголовного дела обыска, изъятия, незаконного наложения ареста на имущество, незаконного освобождения или отстранения от работы (должности), а также других процессуальных действий, ограничивающих права физических или юридических лиц;

д) незаконного ареста за правонарушение или незаконного задержания за правонарушение либо незаконного наложения штрафа за правонарушение судебной инстанцией; е) проведения специальных розыскных мероприятий с нарушением законодательства; f) незаконного изъятия бухгалтерских и других документов, денег, печатей, а также замораживания банковских счетов.

Часть (1) ст. 3 этого закона устанавливает ответственность за ущерб, причиненный незаконными действиями судебных инстанций, совершенными во время процесса о правонарушении.

Согласно части (1) ст. 38 Кодекса Республики Молдова о правонарушениях № 218-XVI от 24.10.2008 года (далее – КоП РМ) арест за правонарушение является исключительным наказанием за правонарушение, состоящим в лишении свободы на срок, установленный судебным решением, подлежащим исполнению в порядке, предусмотренным Исполнительным кодексом [4].

Согласно части (2) ст. 38 КоП РМ арест за правонарушение применяется, как правило, за совершение деяния, которое угрожает или создает реальную угрозу здоровью или телесной целостности лица.

Согласно части (3) ст. 38 КоП РМ арест за правонарушение может применяться и в случае умышленного неисполнения другого наказания за правонарушение.

Согласно части (4) ст. 38 КоП РМ продолжительность ареста за правонарушение составляет от 3 до 15 дней. В случае совокупности правонарушений или совокупности решений о назначении наказания за совершение правонарушений, за которые в соответствии с законом в качестве наказания предусмотрен арест за правонарушение, судебная инстанция может применить такое наказание на срок до 30 дней.

Согласно части (5) ст. 38 КоП РМ срок задержания за правонарушение включается в срок ареста за правонарушение.

Штрафом является денежное взыскание, применяемое в случаях и в пределах, предусмотренных настоящим кодексом. Штраф устанавливается в условных единицах. Одна условная единица равняется 20 леям.

Штрафы за правонарушения налагаются не только судами первой инстанции, но и должностными лицами внесудебных органов.

Поэтому следовало бы дополнить пункт д) части 3 закона РМ № 1545 от 25.02.1998 года словами «или должностными лицами несудебных органов».

КоП РМ предусматривает также следующие виды административных наказаний, применяемых судами первой инстанции:

- 1) неоплачиваемый труд в пользу общества;
- 2) лишение права осуществлять определенную деятельность;
- 3) лишение права занимать определенные должности.

Согласно части (1) ст. 37 КоП РМ неоплачиваемый труд в пользу общества состоит в привлечении правонарушителя – физического лица в свободное от основной работы или учебы время к работам, определенным органом местного публичного управления.

Незаконное применение судами таких административных наказаний, как лишение права осуществлять определенную деятельность, лишение права занимать определенные должности и неоплачиваемый труд в пользу общества, причиняют существенный материальный и моральный ущерб. Поэтому в часть (1) ст. 3 закона РМ № 1545 от 25.02.1998 года следовало бы внести соответствующие дополнения, установив, что возмещению подлежат также моральный и материальный ущерб, причиненный незаконным применением судами административных наказаний, предусмотренных ст. 37 и 38 КоП РМ.

Согласно части (2) ст. 3 закона РМ № 1545 от 25.02.1998 года причиненный ущерб возмещается в полном объеме независимо от вины должностных лиц органов уголовного преследования, прокуратуры и судебных инстанций.

Это означает, что гражданско-правовая ответственность применяется независимо от вины должностных лиц органов уголовного преследования, прокуратуры и судей, незаконными действиями (бездействиями) которых причинен ущерб.

Согласно пункту 1 ст. 4 закона РМ № 1545 от 25.02.1998 года ущерб, причиненный незаконными действиями, указанными в настоящем законе, не возмещается государством в случае заключения подозреваемым, обвиняемым или подсудимым соглашения с потерпевшей стороной, а также в случае, когда в процессе уголовного преследования или судебного разбирательства лицо, явившись с повинной, препятствовало установлению истины.

Согласно части (1) ст.5 этого закона дела о возмещении материального и морального ущерба рассматриваются в соответствии с нормами действующего гражданского процессуального законодательства. Органом, представляющим государство в судебной инстанции по данной категории дел, является Министерство юстиции.

Данные дела рассматриваются в порядке искового производства в соответствии со ст. 183-335 Гражданского процессуального кодекса (далее – ГПК РМ) № 225-XV от 30.05.2003 года [5].

Часть (2) ст. 5 закона РМ № 1545 от 25.02.1998 года устанавливает 3-летний срок исковой давности, который начинает течь со дня возникновения права на возмещение ущерба.

Согласно ст. 6 этого закона право на возмещение ущерба в порядке и в размерах, установленных настоящим законом, возникает в случаях:

- а) вступления в законную силу оправдательного приговора, не подлежащего обжалованию;
- б) выведения лица из-под уголовного преследования или прекращения уголовного преследования на основании реабилитации;
- в) принятия судебной инстанцией решения об отмене ареста за правонарушение в связи с реабилитацией физического лица;
- г) вынесения судьей по уголовному преследованию согласно части (5) статьи 313 Уголовно-процессуального кодекса в отношении оправданного лица или лица, выведенного из-под уголовного преследования, определения о признании недействительными актов или действий органа уголовного преследования или органа, осуществляющего специальную розыскную деятельность.

Согласно ст. 7 закона в случаях, предусмотренных частью (1) статьи 3, физическому или юридическому лицу возмещаются или возвращаются:

- а) заработка и другие трудовые доходы, являющиеся основным источником его существования, которых оно лишилось в результате незаконных действий;
- б) пенсия или пособие, выплата которых была приостановлена в связи с незаконным арестом и содержанием под стражей;
- в) имущество (в том числе денежные вклады и проценты по ним, облигации государственных займов и выпавшие на них выигрыши), конфискованное, или обращенное в доход государства судебной инстанцией, или изъятое органом уголовного преследования, а также имущество, на которое наложен арест;
- г) штрафы, взысканные во исполнение приговора суда, судебные издержки, оплаченные физическим лицом в связи с незаконными действиями;

е) суммы, выплаченные им за оказание юридической помощи;

ф) расходы на лечение физического лица в связи с применением к нему незаконных мер (жесткого обращения);

г) расходы, понесенные в связи с вызовами в орган уголовного преследования, орган прокуратуры или судебную инстанцию.

В статье 7 не указаны штрафы на взысканные решением суда по делу о правонарушении, что противоречит пункту д) ст. 3 закона.

Согласно части (1) ст. 8 закона размер подлежащих возмещению сумм, указанных в пункте а) статьи 7, исчисляется исходя из среднего месячного заработка физического лица на момент причинения ущерба, с учетом коэффициента инфляции.

Согласно части (2) ст. 8 закона размер ущерба, причиненного физическому лицу, отбывшему наказание в виде неоплачиваемого труда в пользу общества, исчисляется в пределах двух условных единиц за каждый час работ, выполненных незаконно в пользу общества.

Юридическому лицу согласно ст. 9 закона возмещается реально причиненный имущественный ущерб и неполученный доход (упущенная выгода) в результате незаконных действий. Согласно ст. 10 закона право физического лица на возмещение морального ущерба в размере и порядке, установленных настоящим законом, возникает в случаях, предусмотренных ст. 6.

Согласно части (1) ст. 11 закона размер компенсации морального ущерба устанавливается судебной инстанцией в порядке, предусмотренном настоящим законом. Конкретный размер компенсации устанавливается с учетом:

а) тяжести преступления, в совершении которого обвинялось соответствующее лицо;

б) характера и тяжести процессуальных нарушений, допущенных во время уголовного преследования и судебного разбирательства уголовного дела;

с) резонанса, который получила в обществе информация об обвинении лица;

д) продолжительности уголовного преследования и судебного разбирательства;

е) природы нарушенного личного права и его места в системе ценностей личности;

ф) физических страданий, характера и тяжести психических страданий;

г) меры, в которой денежная компенсация смягчает причиненные физические и психические страдания;

х) продолжительности незаконного лишения свободы лица.

Согласно части (2) ст. 11 закона судебная инстанция устанавливает размер компенсации и с учетом положений части (4) ст. 219 Уголовно-процессуального кодекса Республики Молдова (далее – УПК РМ).

Согласно части (4) ст. 219 УПК РМ при определении размера материального возмещения причиненного морального ущерба судебная инстанция учитывает физические страдания пострадавшего, ущерб в области получения удовольствий и в области эстетических чувств, утрату веры в жизнь, поругание чести, боль от утраты близких родственников и т.п. Полагаем, что размер компенсации морального ущерба не должен зависеть только от субъективного усмотрения судей. Следовало бы установить презумпцию причинения морального ущерба, а также его минимальные и максимальные пределы.

В соответствии с частью (1) ст. 13 закона возмещение ущерба, указанного в пунктах а), с) - г) статьи 7 и главе III, производится за счет средств государственного бюджета, а если ущерб причинен органом уголовного преследования, финансируемым из местного бюджета, - за счет средств этого бюджета. Материальный и моральный ущерб, причиненный вследствие незаконного применения административного штрафа иными органами, нежели судебная инстанция, возмещается этими органами.

Исполнение судебных решений о возмещении ущерба производится в особом порядке, установленном ст. 13¹ закона.

Судебное решение о возмещении ущерба, причиненного незаконными действиями органов уголовного преследования, прокуратуры и судебных инстанций, исполняется в установленном действующим законодательством порядке после его вступления в законную силу.

Судебная инстанция по своей инициативе предъявляет к исполнению Министерству юстиции исполнительный лист, выданный на основании вступившего в законную силу судебного решения, и уведомляет об этом стороны. По требованию Министерства юстиции кредитор в пятидневный срок представляет банковские реквизиты, необходимые для исполнения исполнительного листа. Исполнительный лист, выданный на основании вступившего в законную силу решения, может быть предъявлен к исполнению Министерству юстиции также кредитором, с приложением необходимых банковских реквизитов для осуществления перевода.

В десятидневный срок со дня получения исполнительного листа, выданного на основании

вступившего в законную силу судебного решения, Министерство юстиции направляет его Министерству финансов вместе с судебными решениями по соответствующему делу и банковскими реквизитами кредитора.

Исполнительный лист исполняется Министерством финансов в соответствии с процедурой и в сроки, установленные Законом о бюджетной системе и бюджетном процессе № 847-ХIII от 24 мая 1996 года.

Согласно части (1) ст. 20 закона Министерство юстиции или, по обстоятельствам, органы местного публичного управления после возмещения из соответствующего бюджета ущерба, причиненного незаконными действиями органов уголовного преследования, прокуратуры или судебных инстанций, обращаются в Генеральную прокуратуру в целях установления, могут ли действия или бездействие должностного или иного лица (лиц), причинившего материальный и моральный ущерб, быть квалифицированы как преступления. Суммы, полученные в результате регрессного иска, вносятся в государственный бюджет или, по обстоятельствам, в бюджет соответствующего органа местного публичного управления.

Статья 20 закона дает право на предъявление регрессного иска только в случае возбуждения уголовного дела против должностного лица органа уголовного преследования, прокурора или судьи.

Полагаем, что ст. 20 закона следует изменить, предусмотрев, что Министерство юстиции РМ обязано предъявлять регрессные иски к должностным лицам уголовного преследования, прокурорам и судьям, а последние несут ответственность в пределах не свыше одной среднемесячной заработной платы, если в их действиях нет состава преступления.

Гражданко-правовая ответственность за вред, причиненный в результате осуществления правосудия только судебными инстанциями, установлена законом РМ № 87 от 21 апреля 2011 года «О возмещении государством вреда, причиненного нарушением права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного решения в разумный срок».

Часть (1) ст. 2 этого закона дает право любому физическому или юридическому лицу, полагающему нарушенным его право на судопроизводство в разумный срок или право на исполнение судебного решения в разумный срок, обратиться в порядке, установленном настоящим законом и гражданским процессуальным законодательством, в

судебную инстанцию с исковым заявлением об установлении нарушения и о возмещении вреда, причиненного таким нарушением.

Вывод. Таким образом, порядок обращения в суд с исковым заявлением об установлении нарушения права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного решения в разумный срок и о возмещении вреда, причиненного таким нарушением, установлен специальным законом – законом № 87 от 21 апреля 2011 года, и общим законом, т.е. ГПК РМ.

Отдельные нормы ГПК РМ, регулирующие порядок обращения в суд и порядок рассмотрения исковых заявлений, противоречат нормам закона № 87 от 21 апреля 2011 года.

Так, согласно части (2) ст. 166 ГПК РМ Исковое заявление должно содержать:

а) наименование судебной инстанции, в которую подается заявление;

б) имя или наименование истца, его место жительства или место нахождения, а если истцом является юридическое лицо – его банковские реквизиты, фискальный код; имя представителя и его адрес, если заявление подается представителем;

б¹) номер телефона, факса, адрес электронной почты или другие контактные данные истца;

с) имя или наименование ответчика, его место жительства или место нахождения;

с¹) номер телефона, факса, адрес электронной почты или другие контактные данные ответчика, если истец располагает такой информацией;

с²) фамилию, имя, адрес, номер телефона, факса, адрес электронной почты или другие контактные данные представителя истца;

д) в чем заключается нарушение или угроза нарушения прав, свобод или законных интересов истца и его требование;

е) фактические и правовые обстоятельства, на которых истец основывает свое требование, и доказательства, которыми располагает истец на момент подачи заявления;

ф) требование истца к ответчику;

г) цену иска, если иск подлежит оценке;

х) сведения о соблюдении досудебного порядка разрешения спора, если таковой установлен законом для такого рода споров или предусмотрен договором сторон;

и) перечень прилагаемых к заявлению документов.

Пункт е) части (2) ст. 166 ГПК РМ требует от истца указать доказательства, на которых он основывает свои исковые требования.

Пункт а) части (1) ст. 167 ГПК РМ требует, чтобы истец приложил к исковому заявлению ко-

пии письменных доказательств, удостоверенные в установленном порядке, а пункт с) части (1) ст. 167 ГПК РМ требует, чтобы истец приложил к исковому заявлению документы, подтверждающие обстоятельства, на которых истец основывает свое требование, и копии этих документов для ответчиков.

Данные общие нормы применяются только к исковым заявлениям, порядок предъявления и рассмотрения которых не урегулирован специальными законами. При рассмотрении таких исковых заявлений суды руководствуются частью (1) ст. 118 ГПК РМ, согласно которой каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений, если законом не установлено иное.

Статья 4 закона РМ № 87 от 21 апреля 2011 года устанавливает презумпцию виновности ответчика – государство, которое представляет Министерство юстиции РМ, и обязывает его представить доказательства, опровергающие эту презумпцию. Согласно части (1) ст. 4 закона РМ № 87 от 21 апреля 2011 года обязанность по доказыванию отсутствия нарушения права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного решения в разумный срок и отсутствия морального вреда возлагается на Министерство юстиции, а обязанность по доказыванию материального вреда, причиненного таким нарушением, и понесенных судебных издержек и расходов возлагается на заявителя.

Согласно части (2) ст. 4 закона судебная инстанция, рассматривающая дело по существу, орган уголовного преследования, орган, участвующий в производстве, либо, по обстоятельствам, судебный исполнитель или орган, ответственный за исполнение судебного решения, представляет Министерству юстиции обоснованный доклад о соблюдении разумного срока и при необходимости дело или копию дела.

Вывод. Статья 4 данного закона противоречит пункту с) части (2) ст. 166 и пунктам а) и с) части (1) ст. 167 ГПК РМ.

Порядок разрешения противоречий между нормами различных законодательных актов установлен законом РМ «О законодательных актах» № 780-XV от 27.12.2001 года.

В соответствии с частью (3) ст. 6 закона РМ «О законодательных актах» в случае противоречия между нормой общего законодательного акта и нормой специального законодательного акта, имеющих равную юридическую силу, применяется норма специального законодательного акта [6].

Специальный законодательный акт регулирует

некоторые виды общественных отношений или категории субъектов. Поэтому нормы общего законодательного акта неприменимы к отношениям, которые регулируются специальным законодательным актом. Иначе говоря, нормы общего законодательного акта, противоречащие нормам специального законодательного акта, не подлежат применению, т.к. общий закон распространяется на отношения, урегулированные специальным законом.

В соответствии с частью (7) ст. 6 закона РМ «О законодательных актах» в случае возникновения между двумя законодательными актами, имеющими равную юридическую силу, противоречия норм, содержащих различные решения по одному и тому же объекту регулирования, применяются положения последнего по времени принятия акта.

Согласно части (2) ст. 2 закона возмещение вреда, причиненного нарушением права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного решения в разумный срок, осуществляется лишь в случае, если нарушение имело место по причинам, не зависящим исключительно от лица, обратившегося с заявлением о возмещении вреда (далее – заявитель).

Согласно части (6) ст. 2 закона размер возмещения за вред, причиненный нарушением права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного решения в разумный срок, определяется судебной инстанцией в каждом конкретном случае с учетом обстоятельств дела, по которому было допущено нарушение, исходя из требований заявителя, сложности дела, поведения заявителя, поведения органа уголовного преследования, судебной инстанции и соответствующих органов власти, продолжительности нарушения и значимости процесса для заявителя.

Одним из обстоятельств, от которых зависит размер возмещения вреда, является продолжительность нарушения, т.е. длительность судебного разбирательства или процесса исполнения судебного решения. При этом следует учитывать, что специальными законодательными актами установлены сокращенные сроки рассмотрения отдельных категорий дел (индивидуальных трудовых споров, исков, вытекающих из административных отношений, дел о правонарушениях).

Часть (6) ст. 2 закона содержит ряд критериев общего характера, на основании которых судебные инстанции определяют размер вреда, подлежащего возмещению. При этом нижний и верхний пределы морального вреда, подлежащего возмещению, законом не установлены, что препятствует его единообразному применению.

Предложение. Полагаем необходимым дополнить ст. 3 закона частью (6¹), согласно которой моральный ущерб взыскивается судебной инстанцией в пределах от 5 000 до 150 000 лей.

Согласно части (1) ст. 5 закона, установив нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного решения в разумный срок, судебная инстанция присуждает выплату справедливой компенсации за счет средств государственного бюджета в возмещение морального, материального вреда, а также судебных издержек и расходов.

Согласно части (2) ст. 5 закона при установлении нарушения права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного решения в разумный срок судебная инстанция вправе решить, что само установление нарушения права является справедливой компенсацией морального вреда.

Часть (2) ст. 5 закона позволяет суду отказать в возмещении морального вреда без приведения каких-либо аргументов.

Предложение. Считаем необходимым отменить часть (2) ст. 5 закона.

Вступившие в законную силу судебные решения о взыскании материального и морального вреда, причиненного нарушением права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного решения, а также судебных издержек и расходов исполняются в порядке, установленном ст. 6 закона.

Согласно части (2) ст. 6 закона судебная инстанция по своей инициативе предъявляет к исполнению Министерству юстиции исполнительный лист, выданный на основании вступившего в законную силу судебного решения, и уведомляет об этом стороны. По требованию Министерства юстиции кредитор в пятидневный срок представляет банковские реквизиты, необходимые для исполнения исполнительного листа. Исполнительный лист, выданный на основании вступившего в законную силу решения, может быть предъявлен к исполнению Министерству юстиции также кредитором, с приложением необходимых банковских реквизитов для осуществления перевода. Согласно части (3) ст. 6 закона в десятидневный срок со дня получения исполнительного листа, выданного на основании вступившего в законную силу судебного решения, Министерство юстиции направляет его Министерству финансов вместе с судебными решениями по соответствующему делу и банковскими реквизитами кредитора.

Согласно части (4) ст. 6 закона исполнительный лист исполняется Министерством финансов в соответствии с процедурой и в сроки, установленные Законом о бюджетной системе и бюджетном процессе № 847 - ХIII от 24 мая 1996 года.

Срок исполнения таких исполнительных листов составляет 6 месяцев. К таким исполнительным листам не применяются нормы общих законодательных актов, предусматривающих взыскание процентов за просрочку исполнения, т.е. ст. 243 ГПК РМ и ст. 24 Исполнительного кодекса Республики Молдова (далее – ИК РМ).

Согласно ст. 243 ГПК РМ при вынесении решения о взыскании денежной суммы судебная инстанция в резолютивной части указывает цифрами и прописью размер взыскиваемой денежной суммы и валюту, в которой она взыскивается, с процентами за просрочку, определенными в соответствии со ст. 619 Гражданского кодекса Республики Молдова (далее - ГК РМ), которые должны быть уплачены должником даже в случае его невиновности, если он не исполнит решение в 90-дневный срок со дня признания решения окончательным.

Согласно части (1) ст. 24 ИК РМ № 443-XV от 24.12.2004 года (в редакции закона РМ № 143 от 02.07.2010 года) по заявлению взыскателя судебный исполнитель исчисляет проценты, пени и другие суммы, вытекающие из задержки исполнения, с учетом уровня инфляции и в соответствии с положениями ст. 619 ГК РМ. Указанные суммы начисляются со дня обретения решением судебной инстанции окончательного характера или, в случае иных исполнительных документов, со дня наступления срока исполнения требования и до дня реального погашения содержащегося в любом из этих документов обязательства с включением в начисляемый период также срока приостановления исполнительного производства в соответствии с положениями ИК РМ.

Предложение. Считаем целесообразным установить пеню за неисполнение вступившего в законную силу решения суда о возмещении вреда, причиненного нарушением права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного решения в разумный срок.

Закон РМ № 121 от 25 мая 2012 года «Об обеспечении равенства», принятый по рекомендации Европейского союза, можно условно отнести к числу законов, устанавливающих гражданско-правовую ответственность государства за вред, причиненный физическим и юридическим лицам в процессе осуществления правосудия.

Закон РМ «Об обеспечении равенства» (далее – закон) состоит из преамбулы и следующих 5 глав:

1. Глава I. Общие положения (ст. 1-6);
2. Глава II. Специальные положения (ст. 7-9);
3. Глава III. Институциональный механизм предупреждения и борьбы с дискриминацией и обеспечения равенства (ст. 10-16);
4. Глава IV. Ответственность за дискриминационные действия (ст. 17-22);
5. Глава V. Заключительные положения (ст. 23).

Статья 2 закона дает следующие легальные определения понятий «дискриминации»:

«дискриминация – любое различие, исключение, ограничение или предпочтение в правах и свободах личности или группы лиц, а также поддержка дискриминационного поведения, основанного на реальных признаках, установленных в настоящем законе или предполагаемых;

прямая дискриминация – обращение с одним лицом по любому из запретительных признаков менее благоприятное, чем с другим лицом в сопоставимой ситуации;

косвенная дискриминация – любое очевидно нейтральное условие, действие, критерий или практика, ставящие одно лицо в неудобное положение по сравнению с другим лицом по установленным в настоящем законе признакам, кроме случая, когда такое условие, действие, критерий или практика объективно оправданы законной целью и средства достижения этой цели являются пропорциональными, соответствующими и необходимыми;

дискриминация по ассоциации – любой акт дискриминации, совершенный против лица, которое, хотя и не является частью категории, определенной по установленным настоящим законом признакам, связано с одним или несколькими лицами, принадлежащими к данным категориям лиц».

Согласно ст. 2 закона не считается косвенной дискриминацией дискриминационное когда «условие, действие, критерий или практика объективно оправданы законной целью, и средства достижения этой цели являются пропорциональными, соответствующими и необходимыми». Эта оговорка позволяет осуществлять дискриминацию, ссылаясь, что она оправдана законной целью.

Предложение. Полагаем необходимым исключить эту оговорку из ст. 2 закона.

Согласно ст. 4 закона серьезными формами дискриминации являются:

- а) продвижение или осуществление дискриминации органами публичной власти;
- б) поддержка дискриминации посредством средств массовой информации;
- в) размещение дискриминационных сообщений и символов в общественных местах;
- г) дискриминация лиц по двум или более признакам;
- д) дискриминация, совершенная двумя или более лицами;
- е) дискриминация, совершенная два или более раза;
- ж) дискриминация, совершенная в отношении группы лиц;
- з) расовая сегрегация.

Дискриминации по признаку языка довольно часто допускали национальные судебные инстанции.

В частности, отдельные суды требовали от истцов перевода исковых заявлений и приложенных к ним документов с русского языка на государственный. Отдельные суды апелляционной палаты Кишинева требовали перевода апелляционных жалоб с русского языка на государственный.

Совет по предупреждению и ликвидации дискриминации и обеспечению равенства решениями от 02.12.2013 года № 009 и от 19.05.2014 года признал дискриминационными требования судей переводить исковые заявления и апелляционные жалобы с русского языка на государственный язык.

При этом никто из судей, допустивших дискриминацию, не был привлечен к ответственности.

Согласно ст. 5 закона дискриминация может быть ликвидирована следующими методами:

а) предупреждения любых дискриминационных действий посредством введения специальных мер, включая позитивные меры, в целях защиты лиц, находящихся в невыгодных по сравнению с другими лицами условиях. Позитивные меры должны применяться до достижения равенства и социальной интеграции лиц или групп лиц, находящихся в невыгодных по сравнению с другими лицами условиях;

б) посредничества в разрешении возникших вследствие совершения дискриминационных действий конфликтов мирным путем;

с) наказания за дискриминационное поведение;

д) возмещения материального и морального вреда, причиненного вследствие дискриминационного действия.

Согласно ст. 10 закона субъектами, наделенными полномочиями в области предупреждения и

борьбы с дискриминацией и обеспечения равенства, являются:

- а) Совет по предупреждению и ликвидации дискриминации и обеспечению равенства;
- б) органы публичной власти;
- в) судебные инстанции.

Ответственность за дискриминационные действия установлена ст. 17 и 18 закона и другими законами.

В соответствии со ст. 17 закона дискриминационные действия подлежат дисциплинарной, гражданско-правовой, правонарушительной и уголовной ответственности в соответствии с действующим законодательством.

Статья 17 является отсылочной, т.к. она не устанавливает юридической ответственности, а лишь ссылается на установленную законами дисциплинарную, гражданско-правовую, правонарушительную и уголовную ответственность.

Гражданско-правовая ответственность за дискриминационные действия установлена частью (1) ст. 18 закона, согласно которой любое лицо, полагающее себя жертвой дискриминации, имеет право предъявить иск в судебную инстанцию с требованием:

- а) установления факта нарушения его прав;
- б) запрета продолжения нарушения прав;
- в) восстановления положения, существовавшего до нарушения его прав;
- г) возмещения причиненного материального и морального вреда и возмещения судебных издержек;
- д) признания недействительности акта, приведшего к его дискриминации.

Закон не определяет, каким образом устанавливается размер морального вреда и кто является ответчиком.

Согласно части (2) ст. 18 закона иск в судебную инстанцию в защиту лиц, полагающих себя жертвами дискриминации, может быть подан также профсоюзами или общественными объединениями, действующими в области продвижения и защиты прав человека.

Согласно части (1) ст. 19 закона лицо, возбудившее иск в судебной инстанции, должно представить факты, позволяющие предположить факт дискриминации. Согласно части (2) ст. 19 закона бремя доказывания того, что деяния не являются дискримина-

цией, возлагается на ответчика, за исключением действий, влекущих уголовную ответственность.

Согласно ст. 20 закона срок исковой давности для возбуждения иска в судебной инстанции на основании настоящего закона составляет один год со дня совершения действия или со дня, когда лицо могло узнать о его совершении.

Вывод. Практика свидетельствует о том, что судебные инстанции довольно часто допускают дискриминацию. Однако причиненный дискриминацией материальный и моральный ущерб не взыскивается, т.к. в законе РМ «Об обеспечении равенства» не указано, кто является ответчиком по иску жертвы дискриминации – судья, допустивший дискриминацию, или судебная инстанция, от имени которой он осуществляет правосудие. В результате дискриминация продолжается.

Предложение. Следовало бы устраниТЬ эти пробелы, дополнив закон РМ «Об обеспечении равенства» статьями, определяющими, кто является ответчиком по иску жертвы дискриминации и как определяется размер морального вреда.

В настоящее время взыскание материального и морального вреда, причиненного дискриминационными действиями судей, практически невозможно, т.к. закон РМ «Об обеспечении равенства» не определяет ни субъекта ответственности, установленной частью (1), ни порядка определения размера причиненного дискриминацией морального вреда.

В данном случае нельзя применить аналогию закона, т.к. часть (3) ст. 5 ГК РМ запрещает применять по аналогии закон, устанавливающий гражданско-правовую ответственность.

Библиография

1. Официальный монитор РМ № 50-51 от 04.06.1998 г.
2. Официальный монитор РМ № 107-109 от 01.07.2011 г.
3. Официальный монитор РМ № 103 от 29.05.2012 г.
4. Официальный монитор РМ № 3-6 от 16.01.2009 г.
5. Официальный монитор РМ № 130-134 от 21.06.2013 г.
6. Официальный монитор РМ № 36-38 от 14.03.2002 г.

ИСПОЛНЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ И ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НЕИСПОЛНЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Б. СОСНА,

доктор права, доцент Европейского университета Молдовы и Комратского госуниверситета, ведущий научный сотрудник ИЮПИ АНМ

А. СОСНА,

доктор права, преподаватель Госуниверситета Молдовы

SUMMARY

The authors of the submission considering topical issues relating to the fulfillment of obligations and liability for failure to fulfill obligations.

At the same time revealed conflicts and contradictions in the current legislation.

The important thing is that the authors propose substantial amendments to the existing legislation , the fulfillment of obligations and liability for failure to fulfill obligations.

Keywords: commitment, responsibility, the debtor, the creditor, the agreement, the transaction.

* * *

В представленном материале авторы рассматривают актуальные вопросы, касающиеся исполнения обязательств и ответственности за неисполнение обязательств.

При этом выявлены коллизии и противоречия в действующем законодательстве.

Важным является то, что авторы предлагают существенные изменения и дополнения действующего законодательства, исполнения обязательств и ответственности за неисполнение обязательств.

Ключевые слова: обязательство, ответственность, должник, кредитор, договор, сделка.

Актуальность изложенной темы заключается в том, что в последнее время всё чаще встречаются случаи неисполнения обязательств или их ненадлежащего исполнения.

Изложение основного материала.

Гражданско-правовое обязательство – это «такое гражданское правоотношение, в силу которого одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие (передать имущество, выполнить работу и т.д.) или воздержаться от совершения определенного действия, а кредитор имеет право требовать указанного поведения от должника» [1].

Легальное определение понятия «обязательство» содержится в части (1) ст. 512 Гражданского кодекса Республики Молдова (далее – ГК РМ) № 1107-XV от 06.06.2002 года, согласно которой в силу обязательственного отношения кредитор имеет право требовать от должника производства исполнения, а должник обязан произвести его. Исполнение может состоять в предоставлении чего-либо, определенном действии или воздержании от определенного действия [2].

Таким образом, гражданско-правовое обязательство представляет собой гражданское правоотношение, т.е. урегулированное нормами гражданского права общественное отношение, участники которого наделены субъективными гражданскими правами и обязанностями.

Субъектами гражданских правоотношений являются должники и кредиторы.

Кредитором является субъект гражданского правоотношения, обладающий субъективными гражданскими правами. Субъективное гражданское право – это определенная законом и/или договором мера возможного поведения управомоченного лица. Мера возможного поведения управомоченного лица может заключаться:

а) в праве управомоченного лица (кредитора) совершать определенные действия. Так, согласно части (1) ст. 315 ГК РМ собственнику принадлежит право владения, пользования и распоряжения принадлежащим ему имуществом. Поэтому собственник вправе самостоятельно пользоваться своим имуществом либо распорядиться им, т.е. продать его. Согласно части (2) ст. 880 ГК РМ в случае, если наймодатель не устранит в срок недостатки вещи, переданной в наём, наниматель вправе самостоятельно устранить недостаток и потребовать возмещения произведенных в связи с этим расходов;

б) в праве управомоченного лица (кредитора) требовать от должника совершения определенных действий или воздержаться от совершения определенных действий. Так, согласно части (1) ст. 753 ГК РМ покупатель вправе требовать от продавца передачи ему в собственность купленной вещи.

Под субъективной гражданской обязанностью следует понимать установленную законодательством и/или договором меру должного поведения обязанного субъекта гражданского правоотношения (должника).

Субъективная гражданская обязанность заключается в:

а) обязанности должника совершил установленное законом и/или договором действие (передать кредитору определенное имущество, уплатить ему определенную денежную сумму, выполнить определенную работу, оказать определенную услугу и т.д.). Так, согласно части (1) ст. 946 ГК РМ подрядчик обязуется за свой риск выполнить определенную работу для другой стороны (заказчика).

б) обязанности должника воздержаться от совершения любых действий, нарушающих субъективные гражданские права управомоченного лица. Так, все без исключения субъекты права не должны совершать действий, препятствующих собственнику использовать принадлежащее ему право пользования, владения и распоряжения имуществом, установленное частью (1) ст. 315 ГК РМ.

Участники большинства гражданских правоотношений наделены одновременно и субъективными гражданскими правами, и субъективными гражданскими обязанностями. Так, согласно части (1) ст. 753 ГК РМ покупатель обладает субъективным гражданским правом требовать от продавца передать ему купленную вещь. Одновременно на покупателя возложена обязанность принять купленную вещь и уплатить за неё обусловленную цену.

Субъекты абсолютных гражданских правоотношений (правоотношений собственности) наделены либо субъективными гражданскими правами, либо встречными субъективными обязанностями. Так, собственник имущества наделен субъективным правом пользования, владения и распоряжения своим имуществом, все другие субъекты этого правоотношения обязаны не совершать действий, препятствующих реализации субъективных гражданских прав управомоченного лица, т.е. собственника имущества.

Объектами гражданских правоотношений являются материальные и нематериальные блага [3].

В зависимости от объекта гражданские правоотношения подразделяются на имущественные и неимущественные.

В зависимости от круга обязанностей субъектов гражданские отношения подразделяются на абсолютные и относительные.

Для абсолютных правоотношений, к которым относятся правоотношения собственности, харак-

терно, что носителями субъективной обязанности – не совершать действий, нарушающих субъективные права управомоченного лица (собственника), являются все без исключения лица, т.е. круг лиц, на которых возложена субъективная гражданская обязанность не совершать любых действий, нарушающих субъективное право, принадлежащее управомоченному лицу, является неопределенным.

Для относительных гражданских правоотношений характерно, что носителем субъективной гражданская обязанности является определенное лицо или лица [4].

Нарушение субъективного права управомоченного субъекта относительного гражданского правоотношения влечет применение договорной ответственности, а нарушение субъективного права управомоченного субъекта абсолютного гражданского правоотношения влечет применение деликтной, или внедоговорной ответственности.

Относительные обязательства характеризуются следующими признаками:

1. Они возникают между строго определенными лицами.

2. Они являются правовой формой отношений по передаче имущества, выполнению работ, оказанию услуг, оплате денежных сумм и т.д.

3. Обязательства должников заключаются в совершении определенных действий (передаче определенного имущества, выполнении определенной работы в определенные сроки, оплате определенных денежных сумм в определенные сроки конкретным кредиторам).

4. Кредитор вправе требовать от должника совершения определенных действий, а в случае неисполнения должником своей субъективной обязанности, требовать через суд принудительного исполнения этой обязанности и взыскания убытков.

Согласно части (2) ст. 8 ГК РМ гражданские права и обязанности возникают:

а) из договоров и иных сделок;

б) из актов органов публичной власти, предусмотренных законом в качестве основания возникновения гражданских прав и обязанностей;

с) из судебного решения, установившего права и обязанности;

д) в результате создания и приобретения имущества по основаниям, не запрещенным законом;

е) в результате создания произведений науки, литературы, искусства, изобретений и иных результатов интеллектуальной деятельности;

ф) вследствие причинения вреда другому лицу;

г) вследствие неосновательного обогащения;

х) вследствие иных деяний физических и

юридических лиц и событий, с которыми законодательство связывает наступление гражданско-правовых последствий.

Согласно ст. 514 ГК РМ обязательства возникают из договора, неправомерного действия (вследствие причинения вреда), любого другого акта или действия, в силу которых могут в соответствии с законом возникать обязательства.

Пункт f) части (2) ст. 8 ГК РМ и ст. 514 ГК РМ содержат неточную формулировку, т.к. причинение вреда является не основанием возникновения обязательства, а основанием гражданско-правовой деликтной ответственности.

Деликтная ответственность, т.е. ответственность за причинение вреда одним субъектом гражданского правоотношения другому, представляет собой одну из разновидностей санкций, применяемых на основании закона к лицу, допустившему нарушение норм права [5].

Под санкциями понимаются меры, применяемые к правонарушителю и влекущие для него определенные неблагоприятные последствия. Под санкциями также понимается структурная часть общей нормы права, указывающая на возможные меры воздействия на нарушителя данной нормы [6].

Санкция представляет собой обязанность правонарушителя претерпеть неблагоприятные последствия правонарушения в виде ограничений.

Причинение вреда влечет применение деликтной ответственности, установленной ст. 1398-1423 ГК РМ.

Обязанность причинителя вреда возместить вред возникает в связи с правонарушением и влечет ограничение имущественной сферы правонарушителя, который обязан возместить причиненный вред за счёт собственного имущества [7].

Вывод. Следовательно, такое обязательство представляет собой меру гражданско-правовой ответственности, а именно обязанность правонарушителя возместить причиненный другому лицу вред. Эта обязанность возникает в результате деликта, т.е. гражданского правонарушения [8]. Все другие обязательства возникают вследствие правомерных действий.

Исполнение обязательств регулируется ст. 572-599 ГК РМ

Согласно части (2) ст. 572 ГК РМ обязательства должны исполняться надлежащим образом, добросовестно, в установленном месте и в установленное время.

Должник обязан исполнить обязательство путем совершения определенных действий (передать имущество, уплатить определенную денежную

сумму, выполнить определенную работу, оказать определенную услугу и т.д.) либо воздержаться от определенных действий.

Надлежащее исполнение обязательства – это исполнение обязательства должником в соответствии с установленными обязательством, объектом обязательства, способом исполнения обязательства, местом и сроками его исполнения.

Обязательство считается исполненным должником надлежащим образом, если должником исполнены все условия обязательства, относительно объекта, места и сроков исполнения обязательства [9].

Место исполнения обязательства определяется в соответствии со ст. 573 ГК РМ, согласно которой, если место исполнения не определено или не явствует из существа обязательства, исполнение должно быть произведено:

а) по денежному обязательству – в месте жительства или месте нахождения кредитора в момент возникновения обязательства;

б) по обязательству передать индивидуально-определенную вещь – в месте нахождения вещи в момент возникновения обязательства;

с) по иным обязательствам – в месте, где должник осуществляет деятельность, связанную с обязательством, а при отсутствии такового – в месте жительства или месте нахождения должника.

Согласно части (1) ст. 574 ГК РМ в случае смерти должником или кредитором места жительства, места нахождения или места осуществления деятельности к моменту исполнения обязательства и уведомления об этом другой стороны обязательство исполняется в новом месте жительства, месте нахождения или месте осуществления деятельности.

Согласно части (1) ст. 575 ГК РМ если срок исполнения обязательства не определен и не явствует из существа обязательства, кредитор вправе предъявить требование исполнения обязательства в любой момент, а должник вправе исполнить его в любой момент. Если обязанность немедленного исполнения не вытекает из закона, договора или существа обязательства, должник обязан исполнить его в семидневный срок с момента предъявления требования кредитором.

Особенности исполнения денежных обязательств установлены ст. 586 ГК РМ.

Согласно части (1) ст. 586 ГК РМ в случае, когда должник обязан произвести кредитору несколько равноценных исполнений, а выплаченная сумма недостаточна для погашения всех долгов, погашается долг, указанный должником в момент осуществления платежа. Если должником не сде-

лано подобное уточнение, погашается долг, срок исполнения которого наступил раньше.

Согласно части (4) ст. 586 ГК РМ за счет платежей должника, недостаточных для полного покрытия долга, срок погашения которого наступил, погашаются в первую очередь судебные издержки, затем проценты и другие платежи и в последнюю очередь – основная сумма долга (капитал).

Предложение. Полагаем необходимым изменить часть (4) ст. 586 ГК РМ, установив, что в первую очередь погашаются судебные издержки, затем сумма долга и в последнюю очередь проценты, пени и другие платежи.

Действующая редакция части (4) ст. 586 ГК РМ позволяет кредиторам взыскивать проценты в первую очередь. В результате этого кредиторы взыскивают с должников дополнительные проценты за просрочку исполнения.

При этом следует учесть, что согласно ст. 145 Исполнительного кодекса РМ (далее – ИК РМ) от 24.12.2004 года (в редакции закона РМ № 143 от 02.07.2010 года) проценты за просрочку исполнения, предусмотренные ст. 619 ГК РМ, взыскиваются в последнюю очередь.

Основания прекращения обязательств установлены ст. 642-665 ГК РМ.

Обязательства прекращаются путём их надлежащего исполнения, путём внесения долга в депозит, путём зачёта, в случае совпадения кредитора и должника в одном лице, в случае прощения долга, в случае невозможности исполнения вследствие непредвиденных обстоятельств, вследствие смерти физического лица, если исполнение невозможно без личного участия должника либо если обязательство иным образом связано с личностью должника, в случае новации.

Статьи 642-665 ГК РМ, предусматривающие основания прекращения обязательств, не предусматривает такого основания прекращения обязательства как вступившее в силу решение суда об отказе во взыскании задолженности в связи с пропуском срока исковой давности. Согласно части (1) ст. 281 ГК РМ по истечении срока исковой давности должник может отказаться от исполнения обязательства.

Согласно ст. 120 Конституции РМ соблюдение вступивших в законную силу приговоров и других судебных решений, а также содействие судам в ходе судебного процесса, в исполнении вступивших в законную силу приговоров и других судебных решений обязательны.

Очевидно, что не может считаться обязательством правоотношение, участник которого не обязан совершить определенное действие либо

воздержаться от совершения определенного действия. **Предложение** Полагаем необходимым дополнить Главу VII Книги Третьей ГК РМ ст. 650¹, согласно которой обязательство прекращается в день вступления в законную силу решения суда об отказе в иске о взыскании задолженности в связи с истечением срока исковой давности.

Отсутствие данной нормы приводит к нарушениям прав потребителей и искажению бухгалтерского учёта [10].

Нередко органы управления жилищным фондом требуют от потребителей уплаты задолженности, во взыскании которой отказано в связи с пропуском срока исковой давности. Так, определением Апелляционной палаты Кишинева от 10.11.2011 года было отказано во взыскании с Т. в пользу МПУЖФ № 8 7070,36 лей задолженности в связи с пропуском срока исковой давности. Однако МПУЖФ № 8 предъявляло Т. к оплате ежемесячно 7070,36 лей задолженности, во взыскании которой было отказано в связи с пропуском срока исковой давности. МПУЖФ № 8 отклонило предварительное заявление Т., в котором она требовала не предъявлять к оплате 7070,36 лей задолженности, во взыскании которой отказано. В обоснование своего отказа МПУЖФ № 8 сослалось на части (2) и (3) ст. 281 ГК РМ, которые гласят: «Добровольное исполнение обязательства по истечении срока исковой давности не является действием, лишенным юридических оснований».

Лицо, исполнившее обязательство по истечении срока исковой давности, не вправе требовать исполненное обратно, хотя бы в момент исполнения оно и не знало об истечении срока давности. Это положение применяется и к случаям признания долга в соответствии с договором, а также к гарантиям обеспечения исполнения, предоставленным должником».

Т. предъявила в суд Чентру мун. Кишинэу исковое заявление в соответствии с законом РМ «Об административном суде» № 793-XIV от 10.02.2000 года, требуя, чтобы суд обязал МПУЖФ № 8 не предъявлять к оплате сумму, во взыскании которой отказано в связи с пропуском срока исковой давности и чтобы суд взыскал с МПУЖФ № 8 10 000 морального ущерба. Суд Чентру исковые требования Т. отклонил. Это решение Т. обжаловала в апелляционном порядке. Апелляционная палата Кишинева определением от 24.06.2015 года № 3а-911/2015 отменила решение суда Чентру от 26.03.2015 года и вынесла новое решение, которым обязала МПУЖФ № 8 не предъявлять к оплате Т. 7070,36 лей задолженности, во взыскании которой отказано вступившим

в законную силу решением судебной инстанции, и взыскало с МПУЖФ № 8 500 лей морального ущерба. Это определение было оставлено без изменений определением Высшей судебной палаты Республики Молдова от 28.10.2015 года № За-1375/2015.

В. предъявил в суд Чокана мун. Кишинэу иск против ОВПК № 54/183, МП «Инфоком», требуя, чтобы суд обязал ответчиков не предъявлять ему к оплате 18331,96 лей задолженности за коммунальные услуги, во взыскании которой было отказано в связи с пропуском срока исковой давности решением суда, вступившим в законную силу. Суд Чокана иск В. отклонил. В. подал апелляционную жалобу. Апелляционная палата Кишинева определением от 06.05.2015 года № За-501/2015 отменила решение суда Чокана об отказе в иске и вынесла новое решение, которым обязала ОВПК № 54/183 и МП «Инфоком» не предъявлять истцу В. к оплате 18331,96 лей задолженности, во взыскании которой отказано вступившим в законную силу решением суда в связи с пропуском 3-летнего срока исковой давности.

Данное определение вступило в законную силу, т.к. определением Высшей судебной палаты РМ от 07.10.2015 года № За-1214/2015 кассационная жалоба ОВПК № 54/183 на определение Апелляционной палаты Кишинева от 06.05.2015 года была признана недопустимой.

Согласно подпункту f) пункта 32) ст. 5 Налогового кодекса Республики Молдова № 1163-XIII от 24.04.1997 года (далее – НК РМ) долг, во взыскании которого отказано в связи с пропуском срока исковой давности вступившим в законную силу решением суда, считается безнадежной задолженностью [11].

Однако НК РМ не обязывает экономических агентов списывать безнадежную задолженность, а лишь дает им такое право. Отсутствие такой правовой нормы способствует искажению бухгалтерского учёта.

Предложение Полагаем необходимым дополнить НК РМ нормой, обязывающей экономических агентов не позднее, чем в месячный срок списывать безнадежную задолженность, и нормой, устанавливающей административную ответственность за нарушение обязанности в установленный срок, списывать безнадежную дебиторскую задолженность.

Обязательство может быть прекращено путём зачёта в соответствии со ст. 651-659 ГК РМ.

Общие положения о зачёте установлены ст. 651 ГК РМ, которая гласит: «Зачетом признается взаимное погашение обязанности и встречного,

безусловного, ликвидного и однородного требования, подлежащего исполнению.

Льготный срок, предоставленный для удовлетворения требования, не препятствует зачёту.

Зачет требований может производиться и в случае, когда срок удовлетворения требований не наступил, однако обладатели прав в отношении них согласны осуществить зачет.

Зачет требований производится путем заявления другой стороне. Заявление недействительно, если оно содержит условия и сроки исполнения».

Согласно части (1) ст. 656 ГК РМ в случае уступки требования должник вправе предъявить новому кредитору свое требование к первоначальному кредитору, если срок этого требования наступил до получения уведомления об уступке, если этот срок не указан или если исполнение может быть истребовано в любой момент.

Уступка требования регулируется ст. 556-566 и 615 ГК РМ.

Общие положения об уступке требования установлены ст. 556 ГК РМ, которая гласит: «Требование, которое может передаваться и на которое может обращаться взыскание, может быть передано обладателем права в отношении него (цедентом) третьему лицу (цессионарию) на основании договора. С момента заключения такого договора права, вытекающие из соответствующего требования, переходят от цедента к цессионарию.

Уступка требования не может нанести ущерб правам должника либо сделать его обязательство более возмездным.

Цедент обязан передать цессионарию документы, относящиеся к требованию, и предоставить сведения, имеющие значение для исполнения требования.

Не могут передаваться требования, касающиеся взимания алиментов, возмещения вреда, причиненного жизни или здоровью лица, а также других прав, связанных с личностью кредитора.

Уступка требования должна быть совершена в форме, предусмотренной для сделки, на основании которой возникло уступленное требование».

Вывод. Полагаем, что уступка требования может быть законной только в случае, если она производится с целью зачёта, когда должник одного кредитора является кредитором лица, которое является кредитором первого кредитора. В этом случае уступка требования погашает обязательства этих лиц. В других случаях уступка требования будет замаскированным договором дарения задолженности либо договором купли-продажи задолженности.

Если уступка требования производится не с

целью зачета, то такая уступка требования будет представлять собой договор купли-продажи задолженности.

Как правило, уступка требования производится с целью зачета взаимных требований. Зачёт взаимных требований является одним из способов прекращения обязательств. Зачёт может осуществляться в соответствии со ст. 651-659 ГК РМ.

Статья 651 ГК РМ гласит: «Зачетом признается взаимное погашение обязанности и встречного, безусловного, ликвидного и однородного требования, подлежащего исполнению».

Льготный срок, предоставленный для удовлетворения требования, не препятствует зачету.

Зачет требований может производиться и в случае, когда срок удовлетворения требований не наступил, однако обладатели прав в отношении них согласны осуществить зачет.

Зачет требований производится путем заявления другой стороне. Заявление недействительно, если оно содержит условия и сроки исполнения».

Согласно части (1) ст. 656 ГК РМ в случае уступки требования должник вправе предъявить новому кредитору свое требование к первоначальному кредитору, если срок этого требования наступил до получения уведомления об уступке, если этот срок не указан или если исполнение может быть истребовано в любой момент.

Уступка требования с целью зачета представляет собой трехстороннюю сделку, целью которой является исполнение обязательств путём зачёта взаимных равносценных требований. Если же уступка требования производится не с целью зачета, будет иметь место одна из двух притворных сделок: либо дарение (если уступка требования безвозмездная), либо купли-продажи долга (если уступка требования возмездная).

Вывод. Анализ ст. 556-566 и 656 ГК РМ дает основания для вывода, что уступка требования является безвозмездной сделкой. Согласно части (1) ст. 197 ГК РМ безвозмездной является сделка, которой одной из сторон предоставляется имущественная выгода без цели получения иной имущественной выгоды.

Согласно части (2) ст. 197 ГК РМ возмездной сделкой считается сделка, которой одной стороне предоставляется имущественная выгода взамен получения иной имущественной выгоды. Следовательно, уступка требования не в целях производства зачета будет притворной сделкой.

ГК РМ не запрещает уступку требования не с целью производства зачета. Этот пробел в законе используют так называемые коллекторские фирмы, которые путём договоров уступки требова-

ния скупают долги потребителей коммунальных и других услуг и взыскивают их в судебном порядке, тем самым вторгаясь в сферу деятельности адвокатуры.

В целях защиты прав потребителей полагаем необходимым дополнить ГК РМ нормой, запрещающей уступку требования не с целью производства зачета.

Договор уступки требования не с целью производства зачета, а с целью скупки долгов потребителей представляет собой притворную сделку купли-продажи. Такая уступка требования позволяет коллекторской фирме взыскивать долги потребителей перед организациями, управляющими жилищным фондом (муниципальными предприятиями по управлению жилищным фондом, приватизированных квартир и др.) в судебном порядке, исполняя таким образом функции адвокатуры. Защищать в суде интересы юридических лиц имеют право либо руководители этих юридических лиц, либо уполномоченные руководителями этих юридических лиц работники этих юридических лиц, либо адвокаты. Уступка требования долгов потребителей коллекторским фирмам ведет к дополнительным расходам в виде оплаты юридических услуг коллекторским фирмам.

Неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязательства даёт уполномоченному лицу право требовать принудительного исполнения обязательства и применения мер гражданско - правовой ответственности.

В юридической литературе гражданско-правовая ответственность рассматривается:

1. как институт гражданского права;
2. как установленная законом или договором санкция за нарушение субъективного права;
3. как гражданское правоотношение, которое возникло в результате применения к нарушителю предусмотренной законом или договором санкции.

Как институт гражданского права гражданско-правовая ответственность представляет собой совокупность правовых норм, устанавливающих основания, условия и порядок применения мер гражданско-правовой ответственности, т.е. санкций.

Как санкция гражданско-правовая ответственность представляет собой установленные гражданским законом и/или договором неблагоприятные правовые последствия в виде ограничений имущественного характера (взыскание убытков, ущерба, неустойки), которые обязан претерпеть правонарушитель.

Как правоотношение гражданско-правовая от-

ветственность представляет собой урегулированное нормами гражданского права общественное отношение, одна сторона которого (правонарушитель) обязана претерпеть неблагоприятные последствия правонарушения (возместить убытки, возместить ущерб, уплатить неустойку), а другая сторона (потерпевший) имеет право требовать от нарушителя исполнения этой субъективной обязанности.

Гражданская ответственность подразделяется на 2 вида:

1. договорная,
2. деликтную, или внедоговорную.

Договорная ответственность применяется в случае неисполнения (ненадлежащего исполнения) установленных договором или законом относительных обязательств. Относительными являются обязательства, в которых носители субъективных гражданских обязанностей четко определены. Например, в результате заключения договора купли-продажи возникает относительное гражданское обязательство, в котором чётко определены управомоченное и обязанное лицо.

Абсолютными обязательствами являются с неопределенным кругом обязанных лиц. Для абсолютного обязательства характерно, что субъективная обязанность не нарушать субъективное право управомоченного лица возложена на неопределенный круг лиц, т.е. на всех без исключения лиц. Нарушение абсолютного права влечет применение деликтной ответственности.

В случае неисполнения (ненадлежащего исполнения) обязательства лица, субъективное право которого нарушено, вправе взыскать с нарушителя убытки и/или неустойку.

Убытки возмещаются в соответствии со ст. 14, 602-615 ГК РМ

Согласно части (2) ст. 14 ГК РМ под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученная прибыль, которую это лицо получило бы, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Согласно части (1) ст. 602 ГК РМ если должник не исполнил обязательство, он обязан возместить кредитору убытки, причиненные этим неисполнением, если не докажет, что обязательство не исполнено не по его вине.

Возмещение убытков согласно пункту г) ст. 11 ГК РМ является одним из способов защиты гражданских прав.

Нарушение срока исполнения денежных обяза-

тельств влечет ответственность в виде взыскания процентов, установленных ст. 619 ГК РМ.

Согласно пункту h) ст. 11 ГК РМ взыскания неустойки является одним из способов защиты гражданских прав.

Неустойка является также одним из способов обеспечения исполнения обязательств, т.к. угроза взыскания неустойки стимулирует должника к надлежащему исполнению обязательства. Неустойка также является мерой гражданско-правовой ответственности, т.к. является дополнительной обязанностью, возлагаемой за неисполнение либо ненадлежащее исполнение обязательства.

Неустойка установлена ст. 624-230 ГК РМ и другими законами.

Под неустойкой понимается взыскиваемая с должника, нарушившего обязательство, денежная сумма, размер которой определяется, как правило, в процентном отношении к сумме неисполненного или ненадлежащего исполненного обязательства [12].

Разновидностями неустойки являются штраф и пена.

Штраф представляет собой установленную законом или договором денежную сумму, которая взыскивается с должника в случае невыполнения или обязанности совершить конкретное действие, предусмотренное обязательством.

Пена – это установленная законом или договором денежная сумма, которая взыскивается с должника в случае просрочки исполнения в процентном отношении к сумме просроченного платежа за каждый день просрочки.

Неустойка подразделяется на:

1. договорную;
2. законную;
3. смешанную, т.е. установленную и законом, и договором.

Договорная неустойка устанавливается в соответствии со ст. 624 ГК РМ.

Согласно части (1) ст. 624 неустойкой признается договорное положение, в соответствии с которым стороны производят предварительную оценку убытков и устанавливают, что в случае неисполнения обязательства должник обязан уплатить кредитору определенную денежную сумму или передать определенную вещь. ГК РМ

Согласно части (1) ст. 625 ГК РМ соглашение о неустойке должно быть совершено в письменной форме.

Согласно части (3) ст. 626 ГК РМ в случае получения исполнения кредитор может требовать уплаты неустойки, только если он сохранил за собой это право при получении исполнения.

Несоблюдение этого требования влечет отказ от иска о взыскании неустойки. Например, А.О. «Молдовагаз» предъявило иск о взыскании с SRL „Rotalin-Gaz Trading” 275674,93 лей пени. Суд Рышкань мун. Кишинев решением от 21.10.2013 года в иске о взыскании 275674,93 лей отказал, ссылаясь, что истец при получении исполнения не сохранил за собой право на взыскание пени, как требует часть (3) ст. 626 ГК РМ. решение суда Рышкань от 21.10.2013 года было оставлено без изменений определением Апелляционной палаты Кишинева от 04.03.2014 года и определением Высшей судебной палаты Республики Молдова от 15.10.2014 года № 2rac-392/14.

Вывод. К сожалению ст. 626 ГК РМ не определяет, каким образом кредитор может сохранить за собой право на взыскание неустойки при получении исполнения. Можно предполагать, что кредитор может сохранить за собой право на взыскание неустойки путем сообщения должнику в день получения исполнения о сохранении за собой права на взыскание неустойки. Полагаем, что кредитор должен сообщить должнику о сохранении права на взыскание неустойки в письменной форме, т.к. согласно ст. 625 ГК РМ соглашение о неустойке должно быть совершено в письменной форме под угрозой его недействительности.

Предложение Полагаем целесообразным дополнить ст. 626 ГК РМ частью (4), определяющей порядок и сроки сохранения кредитором права требования уплаты неустойки.

Согласно пункту а) ст. 268 ГК РМ срок исковой давности составляет 6 месяцев в отношении исков о взыскании неустойки.

Согласно ст. 271 ГК РМ иск о защите нарушенного права отклоняется по причине истечения срока исковой давности только по заявлению лица, в пользу которого текла исковая давность, поданному до завершения судебных прений по существу. В апелляционном или кассационном производстве исковая давность может быть предъявлена правомочным лицом только в случае вынесения судебной инстанцией решения по существу.

Установленный пунктом а) ст. 268 ГК РМ 6-месячный срок исковой давности в случае, если ответчик потребует применения этого срока, применяется в отношении каждого дня. И если истец требует взыскания пени за 6 месяцев и 20 дней, то во взыскании пени за 20 дней суд должен отказать в иске, если ответчик потребует применения срока давности.

Согласно части (1) ст. 630 ГК РМ в исключительных случаях, с учетом всех обстоятельств, судебная инстанция может вынести решение об

уменьшении несоразмерно большой неустойки. При уменьшении неустойки должны приниматься во внимание не только имущественные, но и другие охраняемые законом интересы кредитора.

Законной является неустойка, установленная законом. Законной, в частности, является неустойка, установленная частями (1) и (2) ст. 32 закона РМ «О защите прав потребителей» № 105-XV от 13.03.2003 года.

Согласно части (1) ст. 32 закона РМ «О защите прав потребителей» за нарушение сроков, предусмотренных частью (1) статьи 18, продавец, исполнитель уплачивают потребителю за каждый день (час, если срок определен в часах) просрочки неустойку в размере 5 % цены продукта, услуги, действующей на день рассмотрения жалобы потребителя [13].

Основанием для взыскания этой законной неустойки является нарушение части (1) ст. 18 закона РМ «О защите прав потребителей», которая гласит: «Бесплатное устранение недостатков, обнаруженных в продуктах, услугах, бесплатная замена или возврат стоимости несоответствующих продукта, услуги в течение гарантийного срока или срока годности, если недостатки возникли не по вине потребителя, производятся продавцом, исполнителем безоговорочно в срок не более 14 календарных дней со дня подачи жалобы потребителем или в установленный договором срок».

Согласно части (2) ст. 32 закона РМ «О защите прав потребителей» В случае нарушения установленных согласно статье 21 сроков начала и окончания оказания услуги (выполнения работы) или назначенных потребителем новых сроков исполнитель уплачивает потребителю за каждый день (час, если срок определен в часах) просрочки неустойку в размере 10 % цены услуги (работы).

Смешанной неустойкой можно считать неустойку, которая устанавливается и законом, и договором.

Такой неустойкой является неустойка, предусмотренная частью (6) ст. 48 закона РМ «Об электроэнергии» от 28.12.2009 года № 124-XVIII, согласно которой за несвоевременную оплату потребленной электрической энергии конечные потребители уплачивают пеню в размере и порядке, установленных по соглашению в договоре. Размер пени является предметом соглашения, однако не может превышать средневзвешенную годовую процентную ставку по новым кредитам, выданным в национальной валюте коммерческими банками в течение года, зафиксированную в предыдущем году и опубликованную в отчете Национального банка Молдовы [14].

По прямому смыслу части (6) ст. 48 закона РМ «Об электроэнергии» пена может быть взыскана, только если она установлена письменным договором.

Вывод. Полагаем, что порядок определения размера пени за просрочку оплаты электрической энергии слишком сложный, т.к. средневзвешенная годовая процентная ставка постоянно изменяется, и размер пени, зависящий от размера этой ставки, очень трудно считать.

Предложение Поэтому следовало бы установить размер пени в процентном отношении к сумме задолженности, предусмотрев нижний и верхний пределы размера пени.

Законно-договорная неустойка установлена и частью (1) ст. 43 закона РМ № 92 от 29.05.2014 года «О тепловой энергии и продвижении когенерации» [15].

Деликтная, или внедоговорная, ответственность установлена ст. 1398-1424 ГК РМ.

Общие основания и условия деликтной ответственности установлены ст. 1398 ГК РМ, которая гласит: «Лицо, которое виновно совершило неправомерные действия по отношению к другому лицу, обязано возместить имущественный вред, а в предусмотренных законом случаях – также и моральный вред, причиненные действием или бездействием.

Вред, причиненный правомерными действиями или при отсутствии вины, подлежит возмещению только в случаях, прямо предусмотренных законом.

Лицо, не являющееся причинителем вреда, обязано возместить его только в случаях, прямо предусмотренных законом.

Вред не подлежит возмещению, если он причинен по просьбе или с согласия потерпевшего, а действия причинителя не нарушают нормы этики и морали».

В Главе XXXIV (ст. 1398-1424) ГК РМ не указано, кто обязан доказать вину причинителя вреда. Поэтому согласно части (1) ст. 118 Гражданского процессуального кодекса Республики Молдова (далее – ГПК РМ) № 225-XV от 30.05.2003 года обязанность доказать вину причинителя вреда возлагается на истца, т.е. на лицо, которому причинен вред.

Предложение Полагаем, что обязанность доказать вину причинителя вреда не должна возлагаться на лицо, которому причинен вред, и поэтому следует установить презумпцию вины причинителя

вреда, подобно тому, как часть (1) ст. 602 ГК РМ устанавливает презумпцию виновности лица, причинившего убытки в результате неисполнения обязательства. С этой целью ст. 1309 ГК РМ следует дополнить частью (5), согласно которой лицо, причинившее вред, обязано возместить вред, если не докажет, что вред причинен не по его вине.

Библиография

1. «Советское гражданское право. В двух томах. Том 1» под ред. О.А.Красавчикова, Москва, 1968 г., стр. 409
2. Официальный монитор РМ № 82-86 от 22.06.2002 г.
3. «Советское гражданское право. В двух томах. Том 1» под ред. О.А.Красавчикова, Москва, 1968 г., стр. 83
4. «Советское гражданское право. В двух томах. Том 1» под ред. О.А.Красавчикова, Москва, 1968 г., стр. 91
5. Сосна Б., Тяка И. Значение вины как одного из необходимых условий применения гражданско-правовой деликтной ответственности, Кишинев, журнал «Закон и жизнь», 2015, № 12, стр. 17-23; см. также: «Советское гражданское право. В двух томах. Том 1» под ред. О.А.Красавчикова, Москва, 1968 г., стр. 479
6. «Большой юридический словарь» под ред. Сухарева А.Я., Крутских В.Е., Москва, 2004, стр. 541
7. Сосна А. Некоторые аспекты защиты права собственности судебными инстанциями Республики Молдова. Киев, Научно-практический журнал «Европейские перспективы», 2015, № 2, стр. 52-55
8. Сосна А., Санду В. Возмещение убытков, причиненных неисполнением обязательств, и ответственность за неисполнение обязательств, Кишинев, журнал «Закон и жизнь», 2015, № 4, стр. 26-32
9. «Советское гражданское право. В двух томах. Том 1» под ред. О.А.Красавчикова, Москва, 1968 г., стр. 441
10. Сосна Б., Арсени И., Законодательное регулирование защиты прав потребителей, Кишинев, журнал «Закон и жизнь», 2014, № 7, стр. 21-26
11. Официальный монитор РМ № 6-9 от 11.01.2013 г.
12. «Советское гражданское право. В двух томах. Том 1» под ред. О.А.Красавчикова, Москва, 1968 г., стр. 463
13. Официальный монитор РМ № 176-181 от 21.10.2011 г.
14. Официальный монитор РМ № 22-24 от 12.02.2010 г.
15. Официальный монитор РМ № 178-184 от 11.07.2014 г.

ПРИЖИЗНЕННОЕ ДОНОРСТВО: НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Лусине ВАРДАНЯН,

старший следователь по особо важным делам Следственного комитета Республики Армения,
кандидат юридических наук

SUMMARY

The article considers the provisions that define the conditions and procedure for the explantation of human organs and tissues in the Republic of Armenia. It indicates the necessity of accurate division of the conditions and procedure of transplantation, stipulating in the legislative level the grounds for donorship and transplantation. The author indicates the necessity to establish legislative restriction for the donorship of incapable persons, repeated donorship, rule according to which the harm caused to the donor, must be smaller than the risk to the recipient, even in the case where the donor has given consent to such harm.

Keywords: cell, body, tissue, donorship, incapable .

АННОТАЦИЯ

В статье рассматриваются положения, которые определяют условия и порядок эксплантации органов и тканей человека в Республике Армения. Это указывает на необходимость точного разделения условий и порядка трансплантации, оговаривая в законодательном уровне основания для донорства и трансплантации. Автор указывает на необходимость установления законодательного ограничения для донорства недееспособных лиц, запрета на повторное донорство, нормы, согласно которой причиняемый донору вред должен быть меньшим, чем опасность, которая угрожает реципиенту, даже в том случае, когда донор дал согласие на такой вред.

Ключевые слова: клетка, тело, ткань, донорство, недееспособный.

Постановка проблемы. Основное предназначение биоэтики как междисциплинарного направления заключается в анализе действий человека в биологии и медицине в свете нравственных ценностей и принципов. Механической подход, доминирующий в философии постмодерна к телу человека и его отражение в праве через внедрение права человека на распоряжение своим телом и биоматериалами, обуславливают возникновение множества проблем биоэтического характера в сфере трансплантации и донорства, что приводит к пересмотру также регулирующих сферу правовых норм.

Актуальность темы. Проблема прижизненного донорства - тема многих исследований, среди которых можно отметить работы В. И. Акопова, В. Ю. Косаревой, Н. Е. Крыловой, С. С. Лыкина, М. Е. Петросяна, Н. Н. Седовой, Ю. Д. Сергеева, Р. Г. Апресяна, А. А. Баева, Д. К. Беляева, Л. А. Дурнова, О. С. Капинус, Л. П. Киященко, Л. Ф. Курило, И. К. Лисеева, Ю. М. Лопухина, В. С. Овчинского, А. П. Огурцова, А. Н. Орлова, И. В. Силуяновой, П. Д. Тищенко, Ю. В. Хена, А. Я. Шарова и др. Однако указанные исследования были проведены на основе зарубежных законодательств, между тем, в Республике Армения (далее РА) развитие законодательства также направлено на сближение биоэтики и права: в число поправок к Конституции РА декабря 2015 года вошло установление запрета проведения евгенических опытов, препро-

дуктивного клонирования и превращения органов и тканей человека в источник дохода. Включение этой нормы в Конституцию РА ознаменовало начало новой стадии развития национального права, которую можно назвать конституционализацией биоэтики. Данное нововведение в скором времени приведет к целому каскаду законодательных изменений, которые затронут и сферу трансплантации и донорства.

Целью данной работы является выявление некоторых проблем законодательного регулирования сферы прижизненного донорства и предложение их возможных законодательных решений.

Изложение материала. Как известно любой операции по трансплантации предшествует донорство. Причем донору при изъятии трансплантата *ex vivo* практически всегда причиняется вред, который не связан с терапевтической целью. Поэтому оценивать правомерность медицинского вмешательства возможно лишь в рамках строгого соблюдения условий правомерности проведения эксплантации органов, а для этого требуется не только их четкое законодательное закрепление, но и закрепление порядка проведения эксплантации.

Постановление Правительства РА N 502-□ и Закон РА о трансплантации устанавливают список органов, которые могут быть эксплантированы. Акты не разрешают эксплантировать у живого донора: а) непарные органы; б) целый орган вместо его части; в) части, которые не входят в список,

утвержденный соответствующим Постановлением. Однако может ли нарушение этой нормы рассматриваться как нарушение условий и/или порядка проведения эксплантации биоматериала и влечь уголовную ответственность?

Представляется, что запрет эксплантации у донора тех или иных органов и тканей вовсе не является самоцелью, а направлен на защиту прав и свобод донора и поэтому эксплантация «запрещенных» органов перемещает саму операцию в разряд нелегальных медицинских вмешательств, а не законных по материальным характеристикам, но осуществленным с нарушением установленного порядка. В этом контексте следует обратиться к самим условиям и порядку эксплантации транспланта. Начнем с анализа статьи 125 Уголовного кодекса РА (далее УК). Диспозиция бланкетная: она отсылает для установления своего содержания к другим нормативным актам, предусматривающим порядок трансплантации органов и тканей. Осуществление трансплантации с нарушением установленного законом порядка имеет место в случае несоблюдения положений Закона РА о трансплантации и Постановлений Правительства РА. В общих положениях Постановления Правительства РА от 2010г. ном. 1260 указываются, что: 1) как у живого, так и для трупного донора могут быть изъяты лишь органы, разрешенные Постановлением Правительства от 26.04.2007 ном. 502 -□; 2) как и у живого, так и у трупного донора могут быть изъяты органы и ткани лишь в соответствующих лицензированных медицинских учреждениях; 3) медицинские директивы для осуществления изъятия, переработки или трансплантации утверждаются в порядке, предусмотренном Правительством РА. Далее в тексте нигде не указывается, что считать правилами проведения изъятия транспланта, между тем документ называется “Порядок осуществления трансплантации и правила забора и переработки органов и (или) тканей для трансплантации”, а значит можно сделать вывод, что указанные выше нормы и являются правилами эксплантации органов и тканей.

В качестве порядка изъятия органа у живого донора указываются наличие медицинского заключения о возможности забора органа и (или) тканей, наличие письменного согласия живого донора, полученное за 15 дней до операции донора, предупреждение о потенциальных осложнениях и риске медицинского вмешательства. Забор от живого донора осуществляется исключительно персоналом соответствующей специализации. После забора составляется протокол о качестве органа и

(или) ткани, органы подвергаются соответствующей переработке.

Закон РА о трансплантации в ст.2, которая называется “Условия трансплантации”, указывает, что трансплантация возможна лишь тогда, когда иные медицинские мероприятия не могут гарантировать спасение жизни больного либо восстановление его здоровья. В той же статье указывается, что запрещается купля-продажа органов и тканей, и судя по названию статьи – это тоже условие правомерности эксплантации. В ст.10 рассматриваемого Закона в качестве условия забора транспланта у живого донора указывается наличие письменного предупреждения донора об угрозе и потенциальном риске, полученном за 15 дней до медицинского вмешательства, осознанное волевое письменное согласие, многостороннее медицинское исследование донора и наличие заключения о заборе транспланта устанавливается также запрет вывода органов и тканей за границу.

Надо заметить, что многие указанные положения входят как в условия трансплантации, так и в порядок его осуществления. Представляется, что такое положение дел не способствует правоприменительной практике, поэтому необходимым становится устранение дублирования норм и четкое разграничение условий и порядка трансплантации, учитывая бланкетность диспозиции статей, действующих в данной сфере. Кроме того, из всего изложенного можно прийти к выводу, что условия трансплантации являются частью порядка трансплантации, установленного законом и подзаконными актами, а если это так, то вызывает недоумение их регламентирование на различных уровнях: законом и подзаконными актами.

Согласно диспозиции ст. 125 УК РА уголовной ответственности подлежит лишь лицо, которое нарушило порядок и условия изъятия, указанные законом. В диспозиции ст. 185 проекта УК РА элементом объективной стороны является нарушение правил изъятия соответствующих анатомических материалов, однако что понимать под правилами изъятия транспланта остается вопросом открытым.

Нам представляется, что необходимо законодательно закрепить, прежде всего, основания донорства и трансплантации. Основанием трансплантации следует считать наличие убежденности, что иные медицинские мероприятия не могут гарантировать спасение жизни больного либо восстановление его здоровья. Основанием же донорства является наличие информированного согласия донора, допустимость данного субъекта стать донором, возможность забора данного органа или

ткани, возможность дачи такого согласия, исходя из объема возможного вреда, причем эти элементы должны рассматриваться в совокупности как единое основание. В любом случае, когда отсутствует основание донорства, уголовная ответственность должна наступать не за нарушение условий и порядка донорства, а на общих основаниях.

Свобода волеизъявления донора гарантируется Законом РА о трансплантации, устанавливающим, что у живого донора может быть взят материал только при наличии его согласия, на сколько он правомочен дать согласие не указывается.

Представляется, что нельзя с его согласия: а) причинить вред, который может уничтожить самого субъект права, лишить жизни или сделать его недееспособным; б) осуществлять мероприятия, которые создадут реальную опасность для его жизни.

Согласие донора на причинение серьезного вреда его здоровью в связи с изъятием у него органа вполне возможно, особенно при наличии родственных отношений с реципиентом, однако это не является оценкой правомерностиэксплантации органа или ткани. Донор может согласиться на операцию, не сознавая всех возможных последствий своего согласия элементарно из-за отсутствия необходимых знаний в области медицины.

Совершение эксплантации органов и тканей без согласия донора должно квалифицироваться как оконченное причинение тяжкого вреда его здоровью, независимо от полного изъятия конкретного органа или ткани, а при наступлении смерти донора деяние следует квалифицировать как умышленное причинение тяжкого вреда здоровью, повлекшего смерть потерпевшего.

Какой же объем причинения допустимого вреда здоровью донора? С.С.Тихонова отмечает, что в этой связи право на нарушение функций организма донора в целях пересадки изымаемых анатомических сегментов реципиенту возникает при наличии специфических и строго регламентированных законодательством о трансплантации предпосылок деятельности медицинских работников, первой из которых является предполагаемый объем причинения вреда здоровью донора.[1] Законодательство лишь указывает, что трансплантация может быть осуществлена, только если другие медицинские мероприятия не могут гарантировать спасение жизни или восстановление здоровья больного. Эта норма означает, что в случае, если есть возможность добиться вышеуказанных целей иными средствами, даже с большими затратами,

либо в течение более длительного срока лечения, то нужно применять последнее. Неприменение в указанном случае иных мер, а целенаправленная экспланация органов и тканей донора также влечет для врача уголовную ответственность на общих основаниях. Вместе с тем, в случае применения трансплантации как единственного метода лечения в целях спасения жизни и восстановления здоровья реципиента должен быть ограничен объем причиняемого вреда донору. Закон РА о трансплантации в статье 3 указывает, что для трансплантации у живого донора могут быть изъяты только один из парных органов либо часть непарных органов или ткань, отсутствие которых не может привести к изменениям, опасным для жизни реципиента. Закон не указывает обусловленность объема причиненного вреда донору с предполагаемой пользой для реципиента. Нам представляется, однако, что весьма важно то обстоятельство, чтобы причиненный донору вред был меньшим, чем опасность, которая угрожает реципиенту, даже в том случае, когда донор дал согласие на такой вред и не имеет значения, что донор заранее предупрежден о возможности наступления таких последствий.

И.И. Горелик обоснованно придерживается позиции, согласно которой возможно лишь одно решение проблемы приоритета интересов: предпочтение интересов донора. При трансплантации сравнение ценностей должно производиться до пересадки... максимальным учетом того, что может в будущем потерять донор и приобрести больной реципиент [2].

С позиции уголовного законодательства утрата человеком какого-либо органа расценивается как не опасный для жизни, но тяжкий по последствиям вред здоровью.

Анализ статьи 112 УК РА указывает, что тяжким вредом здоровью считается также потеря органа или его функций. Именно такое последствие наступает при изъятии целого органа у донора. Вместе с тем, закон о трансплантации допускает изъятие парного органа или части органа, а значит вред, который будет невозможным причинить донору по его согласию, должен быть по степени выше, чем тяжкий вред здоровью, что по смыслу уголовного закона приравнивается к причинению смерти. Так, анализируя законодательство РФ, С.С. Тихонова полагает, что по своей тяжести недопустимый вред здоровью донора «должен превышать тяжкий вред здоровью, допустимость которого (хирургическое изъятие любого парного органа или части органа) декларируется самим законодательством РФ о трансплантации.... [3]

Грубо говоря, нельзя только убить. Между тем, представляется, что нельзя восстановить здоровье человека за счет инвалидизации другого лица. Поэтому причинение вреда, который может привести к необратимому расстройству здоровья, к стойкой утрате трудоспособности и инвалидизации донора законодательно должно быть запрещено вне зависимости от наличия согласия донора.

Необходимо также законодательно ограничить возможность прижизненного донорства в случае, когда существует пригодный для трансплантации орган от трупного донора, для чего необходима разработка целого ряда соответствующих подзаконных актов.

В соответствии с Законом РА о трансплантации живым донором может быть лишь лицо, достигшее 18 лет. Возраст – период развития человека, характеризующийся определенными качественными изменениями в физических и психических процессах, подчиненный особым закономерностям их протекания, определяющий мировоззрение и социальный статус личности. Для того, чтобы лицо, было способно осознать сложную медицинскую информацию и принять ответственное решение, необходимо наличие определенной степени социального опыта, позволяющего оценить результаты того или иного поступка, сделать рациональный выбор, осознавая возможные последствия такого выбора.

В РА возрастные критерии дееспособности связываются с достижением лицом 18 лет. Эксплантация органов или тканей у несовершеннолетнего донора является нарушением условий изъятия трансплантанта, исходя из названия ст. 10 Закона РА о трансплантации. В данном случае существует порок воли и по юридическим последствиям получение согласия у несовершеннолетнего является равнозначным отсутствию согласия на донорство. С точки зрения уголовного права, согласие потерпевшего является лишь обстоятельством, смягчающим наказание, а не обстоятельством, исключающим преступность совершенного деяния.

Однако указав в качестве предпятствия для донорства лишь несовершеннолетие, Закон, тем самым, дает возможность привлечения в качестве донора лиц, недееспособных из-за психического нездоровья. Между тем, в биоэтике данная категория лиц включена в особо уязвимую группу населения, которая не способна действовать по своей воле или осознавать последствия своих действий. Недееспособные не могут создавать своими действиями правовых последствий, приобретать пра-

ва и нести обязанности, заключать сделки. Представляется, что в случаях порока воли донорство должно считаться незаконным и влечь уголовную ответственность не за нарушение условий трансплантации, а за умышленное преступление против жизни и здоровья донора.

Анализ условий прижизненного донорства этой категории лиц в разных странах показывает, что они во многом зависят от принятых в этом обществе нравственных ценностей. Многие страны устанавливают прямой законодательный запрет на эксплантацию от живых недееспособных доноров. В. О. Праксин, Б. П. Гуртовой, В. Б. Обоймаков указывают, что “предпосылки реализации отношений прижизненного донорства, выступающие основаниями для разграничения преступного и непреступного причинения вреда здоровью донора при оказании медицинской услуги реципиенту, в обобщенно-унифицированном виде могут быть сформулированы следующим образом: согласие потенциального донора; 1) информирование потенциального донора; 2) генетическая идентичность (реципиенту) и дееспособность потенциального донора.” [4]

В международных правовых документах, содержащих рекомендации по правовому регулированию трансплантации, вопросы изъятия органов и тканей у недееспособных лиц регулируются по-разному в зависимости от вида изъятой ткани. Так, в резолюции Комитета министров Совета Европы об упорядочении законодательств стран-членов в отношении изъятия и трансплантации человеческих субстанций (п. 6), допускается при наличии определенных медицинских показаний изъятие у недееспособного лица регенеративных трансплантантов с согласия их законного представителя. [5]

По законодательству США согласие на изъятие трансплантата из организма лица, не имеющего способности к юридическим действиям, утверждает суд по предложению законного представителя, в то же время изъятие нерегенеративного материала у недееспособных запрещается.[6] Поскольку решение об эксплантации должно быть принято самим человеком, причем свободно и сознательно, поэтому законодатель, при установлении специального порядка эксплантации биоматериалов у лица, призванного в установленном порядке недееспособным, обеспечит соответствующие гарантии права человека на физическую неприкосновенность. Данный вопрос не может не получить свое адекватное решение при конструировании правовых норм, регламентирующих донорство и при разработке механизмов, гарантирующих права доноров.

Выводы. Исходя из вышеизложенного, по нашему мнению, необходимо внесение следующих законодательных корректировок:

1. На уровне закона разграничить и четко установить порядок трансплантации и эксплантации, а равно отдельной статьей указать, что является основанием для донорства и трансплантации.

2. В Законе РА о трансплантации установить нормы следующего содержания:

а) Прижизненное донорство допустимо в случае, если донор находится в родственной связи с потенциальным реципиентом.

б) Прижизненное донорство допустимо в случае, когда отсутствует возможность получения пригодного для трансплантации органа у трупного донора.

с) Запрещается повторное донорство /кроме случаев донорства регенеративных тканей/.

д) «Лицо, в установленном порядке признанное недееспособным, может быть донором регенеративных биоматериалов, при наличии медицинских показаний и с согласия его законного представителя.

В случае, когда получение регенеративных биоматериалов представляет опасность для здоровья донора, их эксплантация возможна только

по судебному решению, на основе заключения медицинской комиссии.

Запрещается получение у недееспособных доноров нерегенеративных биоматериалов».

Список литературы:

1. Уголовно-правовое регулирование посмертного и прижизненного донорства в Российской Федерации. – Н.-Новгород, 2002. С 70.
2. Горелик И.И. Правовые аспекты пересадки органов и тканей. – Минск, 1971. С.45.
3. Тихонова С.С. Уголовно-правовое регулирование посмертного и прижизненного донорства в Российской Федерации. – Н.-Новгород, 2002. С. 19.
4. Плаксин В. О., Гуртовой Б. П., Обоймаков В. Б. Некоторые вопросы организации судебно-медицинских экспертиз по делам о профессиональных правонарушениях медицинских работников// Судебно-мед.экспертиза.- 1994. -№1.-С.5.
5. Legislative Responses to Organ Transplantation. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, -1994. - P.442-450.
6. Дргонец Я., Холлендер П. Современная медицина и право. М.: Юрид. лит.- 1991. - С.122-123.

ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА МЕДИЦИНСКИХ УСЛУГ

Светлана КЛЕЙМЕНОВА,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин
Одесского национального университета имени И.И. Мечникова

SUMMARY

The article deals with the problematic issues concerning the legal characterization of medical services. The general and special features of medical services. The problems of the relationship between the concepts of "medical service", "care", "health services (activities)."

Keywords: service, medical service, medical care, medical activity, signs of human health.

РЕЗЮМЕ

В статье рассмотрены проблемные вопросы относительно правовой характеристики медицинских услуг. Рассмотрены общие и специальные признаки медицинских услуг. Рассмотрены вопросы о соотношении понятий «медицинская услуга», «медицинская помощь», «медицинское обслуживание (деятельность)».

Ключевые слова: услуга, медицинская услуга, медицинская помощь, медицинское обслуживание, медицинская деятельность, признаки, здоровье человека.

Введение. Необходимость изучения медицинских услуг как вида услуг вызвана, прежде всего тем, что данный вид услуг направлен на удовлетворение потребностей человека в области его здоровья. Правильное определение признаков и понятия медицинских услуг позволит должным образом строить взаимоотношения между врачом, медицинским учреждением и пациентом. Поскольку объект медицинских услуг является особым, здоровье человека, то и профессиональные требования к лицам, оказывающим данную услугу, должны быть достаточно высокими. Все указанные вопросы требуют разрешения не только в науке, но и на законодательном уровне. Полагаем, что закрепление понятие «медицинской услуги» необходимо в действующем законодательстве, в частности в Законе Украины «Основы законодательства об охране здоровья».

Цель статьи. Целью настоящего исследования является определение места медицинских услуг в системе видов услуг. Кроме того, в рамках настоящей статьи рассматриваются признаки медицинских услуг, как общие признаки, которые присущи всем видам услуг, а также специальные, которые характерны именно для данного вида услуг. Также будут проанализированы подходы к определению понятия «медицинских услуг».

Методы и использованные материалы. Методологической основой настоящего исследования служили формально-логический, исторический, системно-структурный, сравнительный методы.

Теоретической основой настоящего исследования стали работы ученых-юристов в сфере медицинского права, в частности, А.А. Алексеевой, А.В. Дроздовой, М.А. Ковалевского, Н.В. Косолаповой и т.д.

Изложение основного материала. Медицинские услуги являются одними из древнейших видов услуг, оказываемых людям. Медицинские услуги также являются одними из важнейших видов услуг. Это объясняется тем, что они направлены на воздействие на человеческий организм с целью его либо выздоровления, либо поддержания в надлежащем (здоровом) состоянии. Поскольку объектом медицинских услуг является организм человека, то очень важным будет правильно построить модель отношений между их субъектами. Для этого необходимо должным образом обозначить права и обязанности сторон по договору об оказании медицинских услуг, а также определить само понятие медицинской услуги.

Историческое становление медицинских услуг можно усматривать со времен древнего мира. В литературе указывается, что врачи появились еще за много веков до нашей эры. В период рабовладельческого строя медицинские услуги оказывали представители различных религий – храмовая, греческая медицина. Однако, как пишут в работах, посвященных истории развития медицины, одновременно с храмовой медициной продолжала развиваться и эмпирическая медицина. Так, врачи-профессионалы Египта, Ассирии, Индии, Китая открывали новые способы лечения тех или иных заболеваний. В последующие эпохи (Средневековье, Возрождение), основываясь на новых знаниях в естествознании, появились открытия и в медицине. Это позволило врачам оказывать пациентам медицинскую помощь с учетом современных (по тем временам) подходов лечения различных заболеваний. И так, с появлением новейших познаний в области медицины, человечество получало и новые средства для излечения

разных болезней. Кроме возникновения новых способов лечения необходимо было отрегулировать и отношения, возникающие в ходе лечения, между врачевателем (врачом) и пациентом. Такие отношения могут укладываться в рамки отношений по оказанию услуг.

Гражданский кодекс Украины не определяет перечня услуг, которые предоставляются на основании гражданско-правового договора об оказании услуг. Глава 63 ГК Украины устанавливает особенности и существенные условия договоров об их предоставлении. При этом в указанной главе ГК Украины нет перечня видов услуг. Общие положения главы 63 ГК Украины позволяют применять их относительно услуг, которые представляются медицинскими учреждениями, в том числе и врачами, которые осуществляют частную медицинскую практику.

Медицинской услуги присущи признаки, характерные для всех видов услуг, так и признаки, которые отличают их от других видов услуг. Прежде всего, необходимо отметить, что признаками присущими всем видам услуг, в том числе и медицинским, являются: «...неовеществленный результат, т.е. неосозаемость, неотделимость от источника; тесная связь с личностью исполнителя; синхронность оказания и получения услуги; моментальность потребления; несохраняемость, невозможность хранения и накапливания услуг; невозможность исполнителя гарантировать результат услуги; эксклюзивность услуг, которая выражается в их неоднородности и изменчивости» [4, с.109].

Все перечисленные признаки в полной мере характеризуют медицинскую услугу. При этом для данного вида услуг может быть применен признак, указывающий на профессиональные качества субъекта, который ее оказывает. В данном случае для получателя медицинской услуги важным является квалификация лица, которое будет ее предоставлять. Кроме того, характеризуя лицо, оказывающего медицинскую услугу необходимо указать на ответственность, которую он несет при выполнении своих непосредственных обязанностей перед пациентом. Так, в Германии врачевание относится к, так называемым, свободным профессиям. В силу этого, этому виду деятельности присущи особенные свойства, в том числе и повышенную степень ответственности за осуществляемые врачом профессиональные действия. Такое положение дел обусловлено, прежде всего, особым объектом медицинской услуги - здоровье человека.

Также можно обратить внимание на публич-

ность медицинских услуг. Как указывает А.А. Алексеева «...публичность, обусловленная целью оказания медицинских услуг и их социальной значимостью и создающая предпосылки правомерного вмешательства государства в частные дела...»[3, с.352].

В юридической литературе, при характеристике медицинских услуг, обращается внимание на особый ее объект – человеческий организм, здоровье человека. Это обуславливает социальную значимость данного вида услуг. Закон Украины «Основы законодательства Украины об охране здоровья» определяет, что здоровье – это состояние физического, психического и социального благополучия, а не только отсутствие болезней и физических недостатков. Это означает, что пациент посредством получения медицинской услуги (излечение или поддержание организма в здоровом состоянии) реализует и личные неимущественные права: на охрану здоровья (ст.283 ГК Украины) и на медицинскую помощь (ст. 284 ГК Украины).

Для данного вида услуг может быть применен признак, указывающий на профессиональные качества субъекта, который ее оказывает. В данном случае для получателя медицинской услуги важным является квалификация лица, которое будет ее предоставлять. Кроме того, характеризуя лицо, оказывающего медицинскую услугу, необходимо указать на ответственность, которую он несет при выполнении своих непосредственных обязанностей перед пациентом. Так, в Германии врачевание относится к, так называемым, свободным профессиям. В силу этого, этому виду деятельности присущи особенные свойства, в том числе и повышенную степень ответственности за осуществляемые врачом профессиональные действия. Такое положение дел обусловлено, прежде всего, особым объектом медицинской услуги - здоровье человека

А.А. Алексеева относит к характеристикам медицинской услуги и «необходимость высокого профессионализма исполнителей, в частности соблюдение требований законодательства о государственной регистрации, получении высшего специального образования, прохождении сертификации»[3, с.352]. Безусловно, требования к профессиональным качествам исполнителя той или иной услуги предъявляются не только к медицинским услугам. К таким услугам можно отнести и аудиторские услуги, адвокатские услуги и т.д. Однако следует учесть, что в связи с особым объектом медицинской услуги – человеческим организмом, данный характерный признак

приобретает особое значение. От уровня професионализма исполнителя услуги – врача зависит окончательный результат оказываемой услуги – выздоровление пациента и поддержание его организма в соответствующем состоянии.

В литературе, посвященной проблемам определения сущности «медицинских услуг», выделяются такие признаки как: «медицинская услуга неотделима от процесса ее оказания и потребляется в процессе ее производства; ее нельзя рассматривать обособленно от производителя, а в момент ее производства... необходимо присутствие потребителя услуги; медицинская услуга уникальна тем, что потребитель не только пассивно присутствует при ее оказании, но и сам активно участвует, влияет на этот процесс» [8, с.117]. Н.В. Касолапова, выделив указанные признаки «медицинской услуги», предлагает следующее определение понятия данного вида услуги: «медицинская услуга – это совокупность возмездных, необходимых, достаточных, добросовестных (производителя услуги), направленных на удовлетворение потребностей пациента (потребителя услуги), содержанием которых является медицинское вмешательство (комплекс вмешательств), имеющее объектом своего воздействия здоровье человека»[8, с.117].

Обращаясь к исследованию проблем, связанных с определением сущности медицинских услуг, необходимо указать, что законодательство Украины в сфере охраны здоровья не выделяет такого понятия как «медицинская услуга». В Основах законодательства Украины об охране здоровья устанавливаются понятия «медицинская помощь» и «медицинское обслуживание». Так в ст.3 Основ законодательства Украины об охране здоровья определяется, что «медицинская помощь» - это деятельность профессионально подготовленных медицинских работников, направленная на профилактику, диагностику, лечение и реабилитацию в связи с болезнями, травмами, отравлениями и патологическими состояниями, а также в связи с беременностью и родами. В соответствии со ст. 33 Основ законодательства Украины об охране здоровья медицинская помощь может быть: экстренной, первичной, вторичной (специализированной), троичной (высокоспециализированной), паллиативной, медицинской реабилитацией.

Также законодатель выделяет такую категорию как «медицинское обслуживание». Под «медицинским обслуживанием» понимается деятельность учреждений охраны здоровья и физических лиц – предпринимателей, которые зарегистрированы и получили лицензию в установленном законом порядке, в сфере охраны здоровья,

что не обязательно ограничивается медицинской помощью.

Как видим, отечественный законодатель не только не дает легитимного определения «медицинской услуги», но и не указывает на такую правовую категорию. Обращаясь к другим нормативным источникам, которые регулируют отношения в сфере охраны здоровья, можно найти упоминание о «медицинской услуге». Так в Амстердамской Декларации о политике в области обеспечения прав пациента в Европе определяется и понятие «медицинской помощи» и выделяется категория «медицинская услуга». В частности, в качестве «медицинской помощи» данный документ рассматривает - врачебные, сестринские или иные, связанные с ними услуги, оказываемые производителями медицинских услуг и лечебно-профилактическими учреждениями. Кроме того, на категорию «медицинские услуги» указывает такое положение указанного документа: производители медицинских услуг – врачи, сестры, дантисты и представители других медицинских профессий. Как указывает А.В. Дроздова «...исходя из этих определений, можно утверждать, что в соответствии с Декларацией медицинская помощь понимается как комплекс медицинских и связанных с ними услуг, а медицинская услуга, как элемент данного комплекса. Услуги, в свою очередь, оказываются профессионалами медицинской сферы» [6, с.25].Ю.В. Данилочкина указывает, что «медицинская услуга складывается из составляющих ее действий медицинского характера (медицинской помощи) и именно помощь является содержанием медицинской услуги»[5, с.17].

Кроме вышеупомянутых дефиниций «медицинская помощь», «медицинское обслуживание» и «медицинская услуга», следует выделить и «медицинскую деятельность». Прежде всего, отметим, что медицинская деятельность направлена на охрану здоровья человека. Она осуществляется медицинскими работниками той или иной сферы медицины. Как указывает М.А. Ковалевский «...медицинскую помощь могут осуществлять только профессионалы в медицинской сфере» [7, с.72]. Из этого следует, что понятие «медицинская помощь» указывает на комплекс мероприятий направленных на поддержание и восстановление состояние здоровья человека. А понятие «медицинскую деятельность» указывает на субъектный состав, осуществляющий подобные мероприятия, т.е. на медицинский персонал (врачи, медсестры, санитары и т.д.).

Рассмотрев отдельные вопросы, связанные с определением категорий «медицинская помощь»,

«медицинская деятельность», остановимся на установленном законодательством Украины понятии «медицинское обслуживание». Слово «обслуживание» означает удовлетворение чьих-либо интересов. Таким образом, можно сделать вывод о том, что «медицинское обслуживание» направлено на удовлетворение нужд, связанных с состоянием здоровья: либо с излечением, либо с поддержанием организма в должном состоянии, либо с профилактическими мероприятиями. Другими словами медицинское обслуживание достигается посредством медицинской деятельности либо врача, либо медицинского учреждения в целом. Все вышеперечисленное осуществляется медицинскими работниками. Из этого следует, что термин «медицинское обслуживание» тождествен термину «медицинская деятельность». Можно обратить внимание, что в Германии медицинская деятельность квалифицируется как персональное и интеллектуальное обслуживание.

«Медицинскую услугу» следует рассматривать, по нашему мнению, как конгломерат «медицинской помощи» и «медицинской деятельности». «Медицинская услуга» связана с медицинским вмешательством в организм пациента («медицинская помощь») посредством необходимых профессиональных действий медицинской организации («медицинская деятельность») с целью лечения, профилактики, диагностики, реабилитации пациента.

Выводы. В ходе настоящего исследования было установлено, что медицинским услугам присущи общие признаки, характерные для всех видов услуг, а также признаки, которые свойственны именно данному виду услуг. В частности: публичность медицинских услуг, особый объект медицинских услуг- здоровье человека, повышенные профессиональные требования в субъекту, который оказывает медицинскую услугу. Анализ действующего законодательства позволил сделать вывод о том, что понятие «медицинской услуги» не закреплено в Законе Украины «Основы законодательства Украины об охране здоровья», при этом данный нормативный акт устанавливает по-

нятия «медицинской помощи» и «медицинского обслуживания». Исследования легальные и научные определения вышеуказанных понятий дало возможность сделать вывод о том, что «медицинская услуга» включает в себя и «медицинскую помощь» и «медицинскую деятельность (обслуживание»).

Библиографические ссылки

1. Цивільний кодекс України, прийнятий ВВР України 16 січня 2003 [Текст] – К.: Юрінком Інтер, 2003.
2. Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я від 19.11.1993- № 2802-XII [Текст]// ВВР, 1993. – №4 –ст.20.
3. Алексеева А.А. В вопросе о публичности и об ограничении свободы договора оказания медицинских услуг [Текст] / А.А. Алексеева. – Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. – М.: «Статут»; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. – С.351-364.
4. Барков А.В. О цивилистической природе социальной услуги [Текст] / А.В. Барков. – Сфера услуг: гражданско-правовое регулирование. – М.: Инфотроник Медиа,2011. – С.103-123.
5. Данилочкина Ю.В. Понятие и правовая природа медицинских услуг [Текст]/ Ю.В. Данилочкина. – Медицинское право. – 2008. - №4. – С.17-25.
6. Дроздова А.В. Понятие медицинской услуги как гражданско-правовой категории [Текст] / А.В. Дроздова. – Сибирский юридический вестник. – 2004. – №3. – С.25-36.
7. Ковалевский М.А. Правовые проблемы оказания платной медицинской помощи [Текст] / М.А. Ковалевский. – Кодекс info. – 2002, №9-10. – С.71-119.
8. Косолапова Н.В. Медицинская услуга: правовые аспекты [Текст] / Н.В. Косолапова. – Научные труды РАИОН. –Вып.14: в 2 т. Т2. – М.: Юрист,2014. –С.116-128.
9. Островская И.В. Амстердамская декларация о политике в области обеспечения прав пациента в Европе [Текст] / И.В. Островская. – М.: АНМИ, 2001. – 241с.

МІСЦЕ ДОГОВОРУ ПРО ПОРЯДОК ВОЛОДІННЯ ТА КОРИСТУВАННЯ СПІЛЬНИМ НЕРУХОМИМ МАЙНОМ В СИСТЕМІ ЦІВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ

Віталій СТАВИЦЬКИЙ,
здобувач кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

SUMMARY

The features of legal construction of agreement on possession and use of joint immovable property (agreement on specific use) are researched in the article. Within the article author analyzes actual classifications of agreements, compares agreement on possession and use of joint immovable property with other agreements within classifications and determines legal nature of researched agreement as well as its consequences. Place of agreement on specific use in domestic system of civil legal agreements is designated. Existing of separate group of agreements on establishment, transformation and deprivation of property legal regime is justified and it's proved that such group consist of researched agreement and agreement on determination of shares in joint ownership.

Keywords: immovable property, agreement, joint ownership, possession, use, joint ownership regime, specific use

РЕЗЮМЕ

В статті досліджуються особливості конструкції договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном (договір конкретного користування). Аналізуються існуючі класифікації договорів, здійснюється порівняння договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном з договорами в межах таких кваліфікацій, визначається його правова природа і наслідки. Встановлюється місце договору у вітчизняній системі цивільно-правових договорів. Обґрутується існування окремої групи договорів про встановлення, зміну або припинення правового режиму майна, яку складають досліджуваний договір, а також договір про визначення часток в спільному майні.

Ключові слова: нерухомість, договір, спільна власність, володіння, користування, режим спільної власності, конкретне користування

Вступ. Договір про порядок володіння та користування спільним майном, який в юридичній літературі ще називають «договір конкретного користування» [1, с. 66] є однією з молодосліджених договірних конструкцій сучасної вітчизняної цивілістики. Крім того, наразі бракує нормативно-правового матеріалу з регулювання відносин, які складаються між співласниками з приводу укладення, виконання і припинення за-значеного договору, не кажучи про те, що можливість його укладення лише випливає зі статей 358 та 369 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України). Такий стан речей ускладнює встановлення правової природи договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном і визначення його місця у вітчизняній системі цивільно-правових договорів, а розгляд в якості його предмета нерухомості актуалізує порушене питання.

Наведене в цілому обумовлює необхідність наукового дослідження зазначененої договірної конструкції з метою формування виважених і осмислених пропозицій із застосуванні і вдосконалення чинних положень цивільного законодавства України.

Система цивільно-правових договорів, окрім її елементі, а також договори, що укладаються у сфері відносин спільної власності, ставали предметом наукового аналізу таких вітчизняних і зарубіжних вчених правників як С. І. Аскназієв, В. І. Борисова, М. І. Брагінський, М. М. Великанова, І. В. Венедіктова, В. В. Вітрянський, К. М. Глинняна, Г. А. Горбуля, О. В. Дзера, І. В. Жилінкова, О. С. Йоффе, Т. С. Ківалова, О. О. Красавчиков, Н. С. Кузнецова, А. І. Лозовий, Д. Д. Луспеник, В. В. Луць, Р. А. Майданик, І. П. Малютіна, Є. О. Мічурін, Г. В. Озернюк, Ю. В. Романець, О. А. Серветник, І. В. Спасибо-Фатеєва, А. О. Шевирін, Я. М. Шевченко, В. Л. Яроцький та ін.

Мета статті полягає у визначенні місця договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном в сучасній вітчизняній системі цивільно-правових договорів.

Результати дослідження. Звертаючись до нормативних положень за відповідю на питання правої природи договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном ми можемо лише констатувати, що в межах кодифікованих нормативно-правових актів відповідні положення містяться у главах, які об'єднують

норми, що регулюють відносини власності, а саме глава 26 ЦК України «Право спільної власності» [2, гл. 26], глава 8 Сімейного кодексу України (далі – СК України) «Право спільної сумісної власності подружжя» [3, гл. 8] та глава 14 Земельного кодексу України (далі – ЗК України) «Право власності на землю» [4, гл. 14], що слугує аргументом на користь речової природи правовідносин, які врегульовуються досліджуваним договором. Однак це, тим не менше, не дає змогу чітко визначити до якої групи договорів належить договір конкретного користування, оскільки в нормативних положеннях зобов'язального права про такий договір нічого не йдеється. Крім того, як показує аналіз юридичної літератури, йому не знайшлось місця в традиційних класифікаціях договорів. Якщо узагальнити позиції вчених з цього приводу (О. О. Красавчикова; С. І. Аскназієва; В. В. Луця; Ю. В. Романець; Т. С. Ківалової), то найбільш поширеними є такі групи договорів, що виділяються більшістю правників: 1) договори з передачі майна у власність; 2) договори з надання майна у користування; 3) договори з надання кредиту (з передачі коштів); 4) договори з виконання робіт; 5) договори про надання послуг; 6) договори про спільну господарську діяльність [5, с. 26; 6, с. 92 – 93; 7, с. 55]. Більш детальна класифікація надається О. С. Йоффе, який розмежовує дев'ять груп договорів: 1) з оплатної реалізації майна; 2) з оплатної передачі майна в користування; 3) з безоплатної передачі майна у власність або користування; 4) з виробництва робіт; 5) з надання послуг; 6) з перевезення; 7) з кредиту та розрахунків; 8) зі страхування; 9) зі спільної діяльності [7, с. 51].

Тим не менше, в сучасних умовах необхідно визнати наведені класифікації недосконалими, оскільки ціла група договорів не знаходять в них свого відображення, що може свідчити або про неповноту класифікації і її критеріїв або про те, що відповідні конструкції правовідносин не є договорами. Йдеється, перш за все, про такі договори як шлюбний договір, іпотечний договір, договір про визначення часток в спільному майні тощо. Сюди ж відноситься і договір про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном. Такі договірні конструкції змінюють правовий режим майна, однак не завжди тягнуть за собою наслідок у формі виникнення чи припинення речових прав на нього у учасників правовідносин. В такому випадку для визначення правової природи договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном і його місця в системі цивільно-правових зобов'язань можна застосувати комплексний підхід в якому визначати

властивості договору відповідно до родових ознак відповідної групи договорів і окремо встановлювати відмінності між досліджуваним договором і договорами конкретної групи, що максимально наближені до нього за своїми характеристиками, якщо такі договори є у відповідній групі.

Стосовно групи договорів про передачу майна у власність, яка об'єднує купівлю-продаж, дарування, міну (бартер), позику тощо, необхідно відмітити, що досліджуваний нами договір не може бути віднесений до неї за своїми наслідками. Договір про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном не опосередковує виникнення, перехід або припинення права власності на об'єкти нерухомості. За таким договором співвласники нерухомого майна визначають порядок реалізації ними правомочностей володіння, користування та розпорядження стосовно предмету договору, а також його частин та елементів. Такий договір укладається між співвласниками нерухомості. Як справедливо зазначає А. О. Шевирін, аналізуючи договір спільного користування земельною ділянкою (стаття 86 Земельного кодексу України), цей договір не свідчить про перехід права власності, а має від нього похідний характер. Таким договором учасники спільної власності регулюють між собою питання щодо володіння, користування та розпорядження належною їм земельною ділянкою. Такий договір не є правовстановлючим документом, а тому він не може змінювати розмір часток співвласників [1, с. 67]. Після укладення такого договору його сторони залишаються співвласниками відповідного майна в межах того ж виду власності, що і до його укладення, тобто спільної сумісної або спільної часткової власності. Единим наслідком до якого він призводить є встановлення правового режиму спільної речі і її частин, що проявляється у чіткому визначені обсягу прав й обов'язків сторін стосовно спільного нерухомого майна і його частин. У зв'язку з цим аналізований договір вносить визначеність в просторові, об'єктні і юридичні межі прав співвласників. До укладення договору сторони, керуючись зasadами рівності, мають рівні права стосовно відповідного майна і їх волі можуть вступати в конфлікт між собою, який все одно має вирішуватися за взаємною згодою або у судовому порядку. У зв'язку з цим, аналізований договір упорядковує відповідні відносини і мінімізує ризики виникнення конфліктів між співвласниками.

Разом із тим, той факт що договір про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном не обумовлює виникнення речових прав

на об'єкт нерухомості не означає, що він позбавлений властивості юридичного факту. Необхідно зазначити, що в цивільному праві договір розглядається як юридичний факт [8, с. 103], який, відповідно, обумовлює виникнення, зміну та припинення прав й обов'язків. У зв'язку з цим, договір про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном зберігає властивості юридичного факту, незважаючи на те, що він лише упорядковує відносини між співвласниками нерухомості. I хоча він не є правовстановлючим документом, такий договір встановлює межі правомочностей співвласників у зв'язку з чим змінюю їх з абстрактних на чітко визначені, визначаючи конкретні приміщення, які перебувають в користуванні конкретного співвласника або черговість реалізації прав стосовно об'єкта спільної власності. Справа в тому, що різниця між недоговірним (легальним) і договірним режимами володіння та користування спільним майном полягає в тому, що при першому співвласники мають абсолютно рівні права стосовно нерухомої речі, а при другому визначають межі реалізації прав кожного зі співвласників і, як зазначалося, обмежують їх матеріально. В цьому ключі вірним є висновок Г. М. Ахмач, що на підставі договору можуть виникати, припинятися і трансформуватися не тільки зобов'язання, але і речові правовідносини [9, с. 154]. Саме трансформаційний характер договору підтверджує його існування в якості юридичного факту. Однак, досліджуваний договір не має властивості юридичного факту лише в тому випадку, коли він не врегульовує відносини спільної власності по іншому, ніж це робить закон, тобто якщо він не упорядковує правовідносини, а лише фіксує і так наявні у співвласників права й обов'язки, тобто не створює режиму спільної власності, відмінного від легального.

Договори з надання майна у користування як платне, так і безоплатне характеризуються наявністю ієархії речових прав між собою. В такому випадку існує необмежене право власності та обмежені права володіння та користування або обмежені права володіння та користування і ще більш обмежені похідні права, наприклад у випадку з орендою і суборендою. Стосовно конструкції договору конкретного користування така модель речових прав є незастосовною. Кожен співвласник відноситься до всієї речі як до своєї власності, оскільки завідомо не знає яка реальна частина належить йому на праві власності, навіть у тому випадку коли спільна нерухомість утворилася шляхом об'єднання самостійних нерухомих речей, і яку конкретно частину він одержить при

поділі нерухомості в натурі. В такому випадку, одержуючи в користування за договором конкретну частину нерухомості також неможливо встановити чи одержує співвласник в користування свою власність або ж власність іншого співвласника. У зв'язку з цим розмежування договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном з договорами про передачу речі в оплатне або безоплатне користування (позичку, оренду) здійснюється за наслідком, до якого призводять відповідні договори. Договір про оренду або позичку сприяє виникненню у особи відносно нових прав, зокрема володіння та користування річчю, яких в неї не було до укладення договору. Тобто у випадку з орендою, позичкою та іншими випадками передачі речі в користування до боржника здійснюється перехід визначеного обсягу прав кредитора (позичкодавця, орендодавця). У свою чергу при укладенні договору конкретного користування у співвласників не виникають нові речові права на річ, однак обмежуються існуючі.

Що ж стосується таких груп договорів як *договори про передачу коштів*, про виконання робіт на давання послуг, то договір про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном також не має спільних з ними рис. Зокрема, договори про передачу коштів, до яких відносяться кредитний договір і договір вкладу (депозиту), характеризується предметом в якості якого виступають кошти у зв'язку з чим в цій частині вони повністю розмежовуються з договором конкретного користування. Однак в цьому ключі цікавою є позиція з приводу змішаних договорів [6, с. 93-7, с. 57] під якими розуміють поіменовані договори, спрямовані на здійснення не одного, а декількох видів діянь, що є об'єктом зобов'язання. До такої групи відносять договори простого товариства й засновницькі договори, банківський рахунок (може бути включений і банківський вклад), договори довірчого управління й комерційної концесії, авторські договори тощо. Їх характерною рисою є змішаний об'єкт. Наприклад, договір простого товариства може передбачати як об'єднання вкладів, так і надання робіт та послуг, а договір вкладу передбачає передачу речей в користування й одержання особою певних послуг [7, с. 57, 60]. Тим не менше, про змішаний характер зобов'язань можна стверджувати лише у випадку, коли вони поєднують декілька видів вже існуючих правовідносин і ще більше, якщо на рівні договору поєднуються індивідуальні конструктивні особливості декількох договірних конструкцій, зокрема в частині об'єкта регулювання. Разом із тим, в аспекті пропонованих класифікацій договорів конкретного ко-

риствування не відноситься до жодних видів правовідносин. Співласники не надають жодних послуг один одному в порядку виконання договору конкретного користування, а лише реалізовують свої правомочності стосовно об'єкта нерухомості.

Завершуючи огляд поширених способів групування цивільно-правових договорів, варто зазначити, що на окрему увагу заслуговує позиція Ю. В. Романець, відображенна в роботі Г. В. Озернюк з приводу виділення в окрему групу договору *про досягнення мети, єдиної для всіх учасників (група спільно цільових договорів)* [6, с. 93]. До такої групи, зокрема, відноситься договір про спільну діяльність або як його назвали С. І. Аскназієв та В. В. Луць «договір про спіальну господарську діяльність» [6, с. 93; 7, с. 55]. З цього приводу необхідно відзначити, що кваліфікуючими ознаками договору про спіальну діяльність є його мета і предмет договору [10, с. 38]. Мета договору може бути як пов'язана зі здійсненням підприємницької діяльності так і не бути пов'язаною з нею. Однак в будь-якому разі учасники договору про спіальну діяльністі без об'єднання вкладів мають спільну мету, відмінну від одержання прибутку (будівництво будинку для наступного проживання в ньому, наукове і творче співробітництво в процесі створення твору науки, техніки тощо). Незалежно від того, чи здійснюється спільна діяльність в підприємницькій або непідприємницькій формах вона не є самоціллю для учасників договору, вона – лише засіб для досягнення певного результату, спільної для всіх учасників мети. Предметом договору про спіальну діяльність є спільне ведення діяльності, спрямованої на досягнення спільної для всіх учасників мети (юридичний об'єкт), і вклади учасників (матеріальний об'єкт) [11, с. 670 – 673]. У зв'язку з цим, саме спільність інтересів співласників нерухомості, а також об'єднання засобів для її досягнення характерне для договору спіальної діяльності. Проте спільність діяльності прямо виключається договором про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном, адже його відмінність від нормативного регулювання відповідних відносин характеризується саме визначенням конкретних частин нерухомості, якими володіють та користуються співласники одноосібно, а також частин, які залишаються в спільному користуванні. Крім того, договір може передбачати почергове користування річчю, якою не можна користуватися одночасно двома або більше особам. Тобто, спільність у договорі про спіальну діяльність означає спільність мети і її результатів, у тому числі майнових. Відповідна позиція відображається і в судовій практиці. В якості при-

кладу можна навести постанову Вищого господарського суду України від 27 червня 2012 року у справі за № 5020-9/477-468/2011-6/183, якою суд визнав, що внесене учасниками майно, яким вони володіли на праві власності, а також вироблене у результаті спільної власності продукція та одержані від такої діяльності плоди і доходи є спільною частковою власністю учасників, якщо інше не встановлено договором простого товариства (стаття 1134 ЦК України). Відповідну норму Судоми застосовано при розгляді справи між ПП «Ася» та КП «Севастопольський комбінат благоустрою», які на підставі договору про спіальну діяльність вирішили об'єднати майно і зусилля для досягнення загальної господарської мети, якою є організація відпочинку громадян, їх торгове обслуговування та отримання прибутку від спільної діяльності. Результатом договору стало, зокрема, будівництво кафе-бару і його використання в спільній діяльності [12]. В договорі про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном немає спільноті і єдності зусиль, оскільки в якості мети не можна розглядати володіння та користування окремою частиною речі. Така мета не є спільною, адже кожен володіє і користується відповідною частиною нерухомості самостійно, а саме володіння та користування здійснюються співласниками для себе. Більше того, укладення договору відкриває можливості одержання доходу кожним зі співласників від власної частки, що не вписується в конструкцію спільноті наслідків. У зв'язку з цим, договір про спіальну діяльність може передбачати об'єднання майна і зусиль осіб для створення спільної нерухомості як мети, однак порядок володіння та користування такою нерухомістю розмежовує спільні інтереси співласників на особисті. У зв'язку з чим характерною рисою відносин спіальної діяльності є спільне здійснення володіння, користування та розпорядження стосовно всієї речі або її окремих частин, а характерною рисою відносин конкретного користування є здійснення правомочностей володіння, користування та розпорядження часткою в спільній нерухомості на власний розсуд, що, водночас, може і передбачати досягнення однакової мети, однак для кожного вона буде індивідуальною. Прикладом спіальної діяльності є об'єднання зусиль і правомочностей стосовно спільного майна для надання житла, наприклад, внутрішньо переміщеним особам. В такому випадку всі співласники або кожен із них здійснюють дії відносно часток один одного, що характеризує чітку організацію відносин і спільність мети [10, с. 38]. Однак, якщо кожен зі співласників і учасників договору кон-

крайногого користування забезпечує житлом таких осіб в своїй реальній частині нерухомості, не вступаючи в зв'язки з іншими співвласниками і не обумовлюючи спільність мети, то в такому разі має місце реалізація правомочностей володіння, користування та розпорядження співвласником, а не спільна діяльність.

Отже, враховуючи зазначене, договір про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном не належить до жодної із проаналізованих груп договорів. Однак, він має спільні ознаки з окремими договорами, що виділяються вченими в якості альтернативного або, навпаки, поглиблого аналізу системи договорів. Найближче наблизився до всеосяжності класифікаційних критеріїв М. М. Агарков при дослідженії зобов'язань і їх елементів. Саме його підхід до зобов'язань є застосовним і до зобов'язання, що виникає з договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном. Вченій зазначав, що змістом зобов'язання може бути утримання від здійснення тих чи інших дій. Зміст такого зобов'язання матиме майновий характер, якщо утримання від дій спрямоване на більшу ефективність, більшу зручність в користуванні якою-небудь річчю або на створення можливості користування річчю. В якості прикладу вчений наводить дозвіл власником будинку або забудовником сусіду користуватися колодязем, що розташований на відповідній території. При цьому такий випадок і такий вид зобов'язань вчений чітко розмежовує від зобов'язання з передачі того чи іншого права, зокрема права забудови в порядку відчуження [13, с. 229]. Така конструкція зобов'язання може бути доповнена прикладом з договором про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном за яким не відбувається жодного відчуження прав між співвласниками, однак вони між собою вирішують питання щодо режиму «більшої зручності» в користуванні спільною нерухомістю. Так само і при наданні права користування колодязем у двох осіб виникають схожі за своїм змістом, однак не тотожні, правомочності, але при цьому зберігається їх ієрархія. Зокрема колодязем користується як власник, так і його сусід, однак крім користування у власника наявні правомочності володіння та розпорядження колодязем та земельною ділянкою на якій він розташований. Однак, при укладенні договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном співвласники мають рівні повноваження стосовно всього майна в цілому і окремих його частин і лише договір визначає обсяг правомочностей кожного співвласника від-

мінний від того, що встановлений положеннями законодавства. Договір спрямований на зручність реалізації речових правомочностей співвласників стосовно спільного майна.

У зв'язку з чим необхідно зробити попередній висновок, що договір конкретного користування не може бути віднесений до договорів, що опосередковують передачу речі у власність або користування, договорів про виконання робіт, надання послуг, оскільки відрізняється від них предметом та наслідками у зв'язку з чим відноситься до окремої самостійної групи договорів, що складаються у сфері речових правовідносин. Такі договори можна назвати договорами про встановлення, зміну або припинення правового режиму майна. До такої групи, зокрема відносяться договір про порядок володіння та користування спільним майном, а також договір про визначення часток в спільному майні. Характерною рисою таких договорів є зміна правового режиму речі, тобто зміна правомочностей стосовно речей, зокрема їх обсягу, без виникнення речових прав у інших осіб. Договір конкретного користування визначає просторові межі правомочностей кожного зі співвласників і може укладатися як у випадку спільної часткової, так і спільної сумісної власності. У свою чергу договір про визначення часток у спільному нерухомому майні чітко визначає обсяг прав кожного зі співвласників в спільній нерухомості, підтверджуючи їх рівність як при спільній сумісній власності або навпаки, визнаючи нерівність обсягу таких прав. Як зазначають М. М. Великанова та Г. А. Горбуля, у результаті укладення договору про визначення часток спільна власність не припиняється, а правовий зв'язок, що існував між співвласниками, трансформується [14, с. 81].

Разом із тим, такі договори є конкретизуючими та не наділені правовстановлюючою властивістю, що, по-перше, обумовлює особливості переходу прав за ними, а, по-друге, характеризує їх як такі, що не опосередковують перехід прав між співвласниками. Не можна віднести до такого типу договорів, наприклад, договір про встановлення сервітуту, оскільки на його підставі виникають речові права на нерухоме майно.

Договір про визначення часток навіть будучи схожим на договір про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном, що обумовлює їх перебування в одній групі договорів, різничається від нього обсягом врегульованих суспільних відносин і наслідками. Визначення часток підтверджує або спростовує їх рівність в межах правомочностей співвласників, а визначення порядку конкретного користування умовно

поділяє сфери впливу і відповідальності співвласників «на місцевості», стосовно конкретних частин нерухомості і об'єкта в цілому незалежно від ідеальних часток або навпаки, прямо базуючись на них.

Крім того, визначення часток в спільному нерухомому майні відноситься до ідеальної сфери відносин спільної власності, оскільки визначає розмір часток в праві, а договір конкретного користування відноситься до матеріальної частини таких відносин, оскільки визначає реальні частки нерухомості, що переходят в користування конкретних співвласників або залишаються в спільному користуванні. Вони можуть існувати незалежно один від одного, однак поєднання цих договірних конструкцій може комплексно врегулювати відносини власності між співвласниками.

Від договорів про встановлення, зміну або припинення правового режиму необхідно відмежовувати інші договірні конструкції, які можуть спричиняти відповідні наслідки, однак для яких такі наслідки мають побічний характер. Зокрема, від договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном необхідно відмежовувати договори про *розпорядження часткою в спільній нерухомості*, а також конструкції множинності осіб, зокрема кредиторів, в зобов'язанні. Йдеться про спільне придбання або продаж нерухомості, стосовно якої встановлено режим спільної власності, наприклад, продаж співвласниками нерухомості за одним договором купівлі-продажу, а також конструкції зміни якісного стану спільної власності, наприклад, відчуження частини своєї частки одним зі співвласників іншому внаслідок чого частка продавця зменшується, а покупця, відповідно, збільшується. Такі договори характеризуються переходом прав між співвласниками або від співвласників чи співвласника до третіх осіб.

Крім того, положення пункту 3.1 Інструкції щодо проведення поділу, виділу та розрахунку часток об'єктів нерухомого майна, затвердженої наказом Міністерства з питань житлово-комунального господарства України від 18 червня 2007 року № 55, зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 06 липня 2007 року за № 774/14041, також необхідно вважати таким, що пов'язується саме з переходом права на частку між співвласниками. Наведеним положенням встановлюється, що у разі невідповідності розмірів часток, указаних у правовстановлювальних документах, реальним часткам за згодою всіх співвласників здійснюється розрахунок відповідних часток нерухомого майна з метою отримання відповідних правовста-

новлювальних документів [15]. Такий крок слід вважати як передумову укладення договору про перехід права на частку від одного співвласника до іншого.

Особливі риси договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном дають змогу відмежувати його від інших схожих договірних конструкцій, що мають місце у сфері цивільного обороту нерухомого майна і сімейних правовідносинах і підкреслити його самостійність відносно них.

В цій частині елементи договору конкретного користування можуть міститися в *шлюбному договорі (контракті)*. Перевагою і особливістю шлюбного договору виступає те, що майнові права й обов'язки чоловіка та дружини можуть врегульовуватися ним по іншому, ніж це зроблено положеннями законодавства. Зокрема може бути передбачено, що одержане до шлюбу у дарунок майно належить особам на праві спільної власності і навпаки, майно, набуте у шлюбі, вважається власністю дружини або чоловіка одноосібно. Крім того, сторони можуть відійти від концепту спільної сумісної власності і передбачити частки в яких вони набуватимуть спільне майно [16, с. 92], відійшовши, при цьому, від принципу їх рівності. У зв'язку з цим конструкція шлюбного договору може бути змішаного типу, оскільки, врегульовуючи майнові відносини подружжя, поєднує договори про перехід майна у власність й встановлення правового режиму майна, одержаного як до шлюбу, так і в шлюбі. Тому відповідний договір можна назвати певним змішуванням різних договірних конструкцій.

У свою чергу специфікою договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном є те, що він не впливає на суб'єктивну характеристику власності і стосується лише спільного майна. Тобто предметом регулювання даного договору є спільне нерухоме майно у зв'язку з чим, регулюючи відносини власності, сторони таким договором можуть лише констатувати факт належності їм відповідного майна на праві спільної власності, однак не змінювати його режим з власності одного зі співвласників (одноосібна власність) на власність спільну, що можливо при шлюбному договорі. В такому випадку має місце поєднання договорів купівлі-продажу або дарування тощо з конструкцією договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном. У зв'язку з чим відповідні положення законодавства повинні застосовуватися до таких правовідносин.

Варто зазначити і те, що договір про порядок

володіння та користування нерухомим майном, що належить одній особі, наприклад, дружині або чоловіку, може бути укладений між подружжям, що прямо передбачено і пунктом 2.8 глави 5 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 № 296/5, зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 22 лютого 2012 року за № 282/20595 [17, гл. 5], однак до такого договору необхідно застосовувати положення про позичку або оренду, в залежності від його безоплатності або оплатності, відповідно, адже у чоловіка або дружини виникають речові права на відповідну річ. Зокрема, одержання одним з подружжя права володіння та користування приватним майном іншого є яскравим прикладом договірного зобов'язання, окресленого М. М. Агарковим, оскільки спільність побуту і характер відносин між подружжям обумовлюють можливість, а іноді і необхідність, користування майном один одного.

Договір про поділ спільного нерухомого майна та договір про виділ частки зі спільної нерухомості, що укладаються між співвласниками, мають правовстановлюючий характер і характеризують тим, що припиняють режим спільної власності на об'єкт нерухомості, якщо здійснюється поділ нерухомості [18, с. 53; 19, с. 180], і суб'єктивні права одного зі співвласників при виділенні йому в натурі частки зі спільної нерухомості [20, с. 139]. Розмежовуючи матеріальну і юридичну складову операції з поділу нерухомості та виділу частин зі спільного нерухомого майна, А. І. Лозовий справедливо відзначає, що внаслідок поділу та виділу нерухомості в матеріальному сенсі один об'єкт нерухомості формально перестає існувати і замість нього з'являються два або більше самостійних об'єктів нерухомості або крім основного об'єкта виникає ще один, утворений в результаті виділу, який має самостійне значення в цивільному обороті [21, с. 198].

Спільність таких договорів з договором конкретного користування полягає в тому, що вони стосуються речової сфери спільної власності і характеризують правомочності співвласників стосовно конкретних частин нерухомого майна, яке складало спільну власність, однак основною відмінністю між цими договорами є правовстановлюючий характер договорів про поділ та виділ нерухомості і його відсутність в договорі про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном. Договори поділу можуть мати за мету наділення одного зі співвласників всією повнотою власності стосовно конкретної частини

нерухомості або наділення кожного зі співвласників такою повнотою стосовно окремих частин спільного майна, чим фактично надається повна оборотоздатність складовим частинам спільної нерухомості, а спільна власність трансформується в одноособну. Однак, договір конкретного користування не наділяє частини нерухомості оборотоздатністю і не припиняє спільну власність на них. Хоча, як зазначає А. І. Лозовий, при поділі нерухомості новостворені речі можуть зберігати режими спільної власності [21, с. 198].

Саме тому, договори поділу та виділу й договір конкретного користування різняться наслідками до яких вони призводять. Внаслідок договорів поділу та виділу частини спільної нерухомості набувають повною оборотоздатності, адже стають самостійними об'єктами нерухомого майна, хоча при поділі відповідні частини можуть як переходити в одноособну власність колишніх співвласників, так і зберігати режим спільної власності, наприклад коли співвласники бажають передати в іпотеку частину підприємства у зв'язку з чим виділяють її в натурі в окремий об'єкт зі збереженням режиму спільної власності. У свою чергу наслідком договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном є лише порядок користування частинами нерухомості, що не наділені оборотоздатністю. Якщо, наприклад, співвласники нерухомості поділили її на окремі самостійні об'єкти нерухомості зі збереженням режиму спільної власності стосовно кожного з них, то у випадку укладення ними договору конкретного користування з передачею у володіння та користування кожного з них самостійного об'єкта нерухомого майна має місце не договір конкретного користування, а договір оренди, позички або управління, оскільки права співвласників в кожному об'єкті передаються одному з них.

Висновки. Вищевикладене свідчить про те, що договір про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном є самостійною цивільно-правовою договірною конструкцією, яка разом з договором про визначення часток в спільному нерухомому майні складає групу «режимних договорів» (договорів щодо виникнення, зміни або припинення правових режимів в цивільних правовідносинах), характерною рисою яких є зміна правового режиму речі шляхом зміни обсягу і меж правомочностей співвласників стосовно неї без виникнення речових прав у третіх осіб на таку річ. Такі договори упорядковують існуючу між їх сторонами правовідносини спільної власності, однак не мають правовста-

новлюючої властивості і не пов'язані напряму з наданням послуг, виконанням робіт, передачею речей або іншого майна у власність або користування один одному.

Бібліографічні посилання:

1. Шевирін А. О. Підстави виникнення, здійснення та припинення права спільної власності, зокрема шляхом укладення правочинів про поділ та виділ нерухомого майна / А. О. Шевирін // Віsn. Одеськ. нац. ун-ту. – 2008. – Т.13, Вип. 10 «Правознавство». – С. 61 – 70.
2. Цивільний кодекс України : за станом на 05 квітня 2016 року // Відом. Верхов. Ради України – 2003. – №№ 40 – 44. – Ст. 356 (зі змінами).
3. Сімейний кодекс України : за станом на 05 квітня 2016 року // Відом. Верхов. Ради України – 2002. – № 21. – Ст.135 (зі змінами).
4. Земельний кодекс України : за станом на 05 квітня 2016 року // Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 3 – 4. – Ст. 27. (зі змінами).
5. Ківалова Т. С. Поняття та система зобов'язань у цивільному праві України / Т. С. Ківалова // Акт. пробл. держави і права. – 2008. – Вип. 38. – С. 22 – 27.
6. Озернюк Г. В. Система цивільно-правових договорів за законодавством України і зарубіжних країн / Г. В. Озернюк // Наук. віsn. міжн. гуманіт. ун-ту. – 2010. – № 1. – С. 91 – 95.
7. Серветник А. А. Основание классификации гражданско-правовых договоров / А. А. Серветник // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 2004. – № 2. – С. 49 – 60.
8. Єсіпов I. Договір як юридичний факт / I. Єсіпов // Юрид. журн. – 2005. – № 2 (32). – С. 99 – 103.
9. Ахмач Г. М. Вплив цивільного права на регулювання договірних відносин членів сім'ї / Г. М. Ахмач // Акт. пробл. держави і права. – 2009. – Вип. 51. – С. 150 – 156.
10. Резнікова В. В. Договір про спільну господарську діяльність: поняття, ознаки та види / В. В. Резнікова // Економіка та право . – 2013. – № 2 (36). – С. 35 – 39.
11. Цивільне право : підруч. у 2 т. / [Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Бєгова Т. І. та ін.] ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011 – . – Т.2. – 2011. – 816 с.
12. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua>.
13. Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. / Агарков М. М. – М. : Центр ЮриФоП, 2002 – . – Т. I. – 2002. – 490 с.
14. Великанова М. М. Договір про поділ майна по-дружжя, що є об'єктом права спільної сумісної власності / М. М. Великанова, Г. А. Горбуля // Юрид. віsn. Повітряне і космічне право. – 2012 – № 3. – С. 80 – 83.
15. Про затвердження Інструкції щодо проведення поділу, виділу та розрахунку часток об'єктів нерухомого майна : наказ Міністерства з питань житлово-комунального господарства України від 18 червня 2007 року № 55, зареєстрований в Міністерстві юстиції України 06 липня 2007 року за № 774/14041 // Офіц. віsn. України. – 2007. – № 51. – Ст. 28.
16. Глинняна К. М. Договірне регулювання майнових правовідносин подружжя / К. М. Глинняна // Часопис цивілістики. – 2013. – Вип. 15. – С. 89 – 94.
17. Про затвердження порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : наказ Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 № 296/5, зареєстрований в Міністерстві юстиції України 22 лютого 2012 року за № 282/20595 // Офіц. віsn. України. – 2012. – № 17. – Ст. 632.
18. Малютіна І. П. Загальні засади поділу спільного сумісного майна подружжя / І. П. Малютіна // Юрид. наука. – 2012. – № 5. – С. 52 – 58.
19. Мічурін Є. О. Поділ та виділ нерухомого майна: теоретичні та практичні аспекти / Є. О. Мічурін // Віsn. Харк. нац. ун-ту внутр. справ. – 2010. – №. 4 (51), Ч. 2. – С. 173 – 181.
20. Лозовий А. І. Розмежування припинення суб'єктивного права спільної власності на нерухомість і відповідного правового режиму / А. І. Лозовий // Наук. віsn. Ужгород. нац. ун-ту. Серія «Право». – 2015. – № 30 (Т.1.) – С. 137 – 140.
21. Лозовий А. І. Поділ спільного нерухомого майна та виділ частки із нерухомості, що перебуває у спільній частковій власності [Електронний ресурс] / А. І. Лозовий // Форум права. – 2014. – № 3. – С. 194 – 200. – Режим доступу до журн.: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2014_3_33.pdf

КОНЦЕПТ ГЛОБАЛИЗАЦИИ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА: ГЕНЕЗИС И СОВРЕМЕННЫЕ ПРАКТИКИ

Олег ТКАЧУК,

судья Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел, кандидат юридических наук, доцент

SUMMARY

The article deals with the justification that the globalization is a factorial reason and condition for the modernization of national civil and procedural systems, formation of specific legal orders and norms, which determine the harmonization of national procedural legislations and national judicial practices, as well as changing scientific paradigms of models of civil judicial proceeding (civil process). The author considered separate the most important aspects of the noted issue, represented by the limits of civil judicial proceedings and civil process in the context of the evolution of doctrine, real practices and methods of harmonization (internationalization) of civil process as the consequence of globalization challenges in procedural sphere taking into account the fact of fundamentalization of human rights and freedoms, right to fair judicial consideration and the effectiveness of civil process.

Keywords: globalization, civil process, right to fair judicial consideration, effectiveness of civil process.

АННОТАЦИЯ

В статье обосновывается вывод о том, что глобализация является факторной причиной и условием модернизации национальных гражданско-процессуальных систем, формированием специфичных правопорядков и норм, которые детерминируют гармонизацию национальных процессуальных законодательств и национальных судебных практик, а также изменения научных парадигм моделей гражданского судопроизводства (гражданского процесса). Рассмотрены отдельные, наиболее важные аспекты поставленной проблемы – пределы гражданского судопроизводства и гражданского процесса в контексте эволюции доктрины, реальные практики и методы гармонизации (интернационализации) гражданского процесса как следствие вызовов глобализации в процессуальной сфере, исходя из факта фундаментализации прав и свобод человека, права на справедливое судебное разбирательство и эффективности гражданского процесса.

Ключевые слова: глобализация, гражданский процесс, право на справедливое судебное разбирательство, эффективность гражданского процесса.

Введение. Вопросы глобализации гражданского процесса целесообразно рассматривать через призму сравнительного анализа национального законодательства. Такой подход не только позволяет выделить некоторые сходства или различия между правовыми системами разных государств, но и предопределяет саму возможность установления некоторых общих тенденций развития цивилистического процесса в странах разных правовых систем.

По мнению многих ученых (Комаров В.В. (Украина), Малешин Д.Я., Блажеев В.В., Ярков В.В. (Россия), Давид Р., Леже Р. (Франция) и других в период глобализации на современном этапе развития общества все более и более нивелируется границы между основными правовыми системами – континентальной и англо-американской. Связано это с тем, что, в частности, в Европе, все больше учитывают прецедентную практику Европейского Суда по правам человека, несмотря на подчинение национальной процессуальной форме.

Поскольку именно глобализация является факторной причиной и условием модернизации национальных гражданско-процессуальных систем,

формированием специфичных правопорядков и норм, которые детерминируют гармонизацию национальных процессуальных законодательств и национальных судебных практик, а также изменения научных парадигм моделей гражданского судопроизводства (гражданского процесса), **предметом нашего научного интереса в данном случае и настоящего исследования являются** отдельные, наиболее важные аспекты поставленной проблемы – пределы гражданского судопроизводства и гражданского процесса в контексте эволюции доктрины и современные реальные практики, а **целью статьи** видим изучение и предложение новых подходов к методам гармонизации (интернационализации) гражданского процесса и как следствие решение вызовов глобализации в процессуальной сфере, исходя из факта фундаментализации прав и свобод человека, права на справедливое судебное разбирательство и эффективности гражданского процесса.

Изложение основного материала. В настоящее время можем говорить об очевидном факте влияния глобализации на развитие национальных и международно-правовых систем при том, что та-

кая детерминация имеет выводной (производный) характер от базисных фундаментальных факторов, - интернационализации экономики, международных отношений, социальной и гуманитарной сфер, общих проблем защиты окружающей природной среды, прав человека и гражданина и т.п.

Особенно остро проблема глобализации и ее влияния на национальные и международно-правовые системы возникла на рубеже 80-х годов прошлого столетия и является, вне всякого сомнения, базисным трендом юридической науки XXI столетия, с которым связывается устойчивое развитие современных обществ и международного сообщества в целом.

При всем том, что сам феномен глобализации является очевидным, в науке существуют различные взгляды относительно его характеристики с точки зрения сущности и природы глобализации, ее последствий, а также характеристики глобализации в правовой сфере, в том числе в сфере публичного регулирования, которой является правосудие вообще и гражданское судопроизводство в частности.

Вместе с тем, становится все более общепринятым концепт глобализации как фактора современного развития. По устоявшемуся мнению, влияние глобализации на экономическую, политическую, правовую, социальную жизнь государств и народов осуществляется различными способами и разными методами. Что касается результатов такого воздействия, то они зависят от многих обстоятельств, среди которых особое место занимает правовая сфера. Более того, непосредственное отражение это нашло в конституциях большинства государств – членов ООН, включая и Конституцию Украины. Важное значение в дальнейшей универсализации внутренгосударственного права, как отмечают исследователи, имеет закрепление в национальных конституциях современного комплекса неотчуждаемых естественных прав и свобод человека, а также признание того, что общеизвестные принципы и нормы международного права являются приоритетной составляющей национально правовой системы [1, с. 38].

Очевидно, проблема глобализации в правовой сфере национальных государств и правопорядков имеет множество измерений и так или иначе должна отражаться в правовых политиках государств, направленных на модернизацию системы права и законодательства, юридических практик в аспекте принципиально значимых правовых принципов и правовых ценностей, и их имплементации в условиях глобальных вызовов [2, с. 147; 3, 55; 4, 5]. Такой концепт – концепт глобализации имеет непре-

ходящее значение для исследования гражданского процесса. В этом отношении особое познавательное и методологическое значение имеет концепт глобализации гражданского процесса с точки зрения его генезиса и реального состояния.

Важно отметить, что в науке гражданского процессуального права Украины и большинства постсоветских стран проблематика глобализации гражданского процесса как таковая до недавних пор не исследовалась, хотя практически во всех этих странах, как известно, прошли кодификации в сфере гражданско-процессуального регулирования либо стоят на повестке дня вопросы законодательной модернизации процессуальной сферы в целом [5]. Для Украины, в частности, в условиях современного развития принципиальной является ориентация на глубокие изменения конституционного характера в сфере правосудия, что, по идеи, должно существенно способствовать повышению эффективности правосудия и согласованности процессуального законодательства.

В этом отношении уместно обратить внимание на наблюдения В.В. Комарова, который отмечает, что новеллизация гражданского процессуального законодательства так или иначе ставит вопрос о преемственности, традициях и новациях в гражданской процессуальной сфере, которые отражали бы определенные теоретико-прикладные проблемы науки гражданского процессуального права. В этом аспекте представляет определенный научный интерес проблематика кодификации гражданского процессуального законодательства и этапы его эволюции и применения [6, с. 7-8]. Следует согласится с ученым и в том, что фундаментальным условием, которое в ближайшей перспективе будет все больше определять развитие процессуального права, является сближение структур национального гражданского процессуального права в связи с глобализацией, поскольку в современном мире национальные подходы к осуществлению правосудия все чаще требуют обеспечения общих стандартов юридической безопасности и рассмотрения дел при ведении транснационального бизнеса [7, с. 280].

В связи с указанной научной и практической проблемой очевидно то, что концепт глобализации гражданского процесса, прежде всего, должен быть теоретически осмыслен на уровне основных и принципиальных подходов и тех закономерностей, которые следует учитывать при решении прикладных аспектов. Некоторые ученые затрагивают поставленный нами вопрос исследуя категории сближения национальных правовых систем, гармонизации и способов гармонизации национального зако-

нодательства, его конвергенции и т.п. [8, с. 8,74]. В этом отношении является вполне обоснованным и очевидным, что принципиально важно подчеркнуть, полисистемность процессов, связанных с глобализацией. Эти процессы, как показывает опыт, нельзя сводить, так сказать, к «линейному» развитию национальных законодательств, т.е. заимствованию иностранного опыта процессуального законотворчества, или исключительно к формированию наднационального законодательства, что в сущности приводит к возникновению проблемы национальной суверенности, особенно это ощущается для сферы правосудия осуществляющей судебной властью.

На фоне этого представляются недостаточно перспективными и продуктивными, в частности, научные гипотезы и теоретические положения, которые основываются исключительно на сравнительно-правовых исследованиях национальных законодательств либо имплементации наднациональных норм. Так, например, отдельные исследователи утверждают, что в условиях активного евроинтеграционного процесса Украины важно обеспечить поступательное сближение гражданского процесса ЕС и отечественного гражданского процессуального законодательства. Гармонизация гражданского процесса, по их мнению, возможна как следствие универсализации гражданского процесса и гармонизации формы судебной защиты, т.е., в сущности, речь идет об универсализации гражданской процессуальной формы как устоявшейся теоретической конструкции в науке гражданского процессуального права [8, с. 65, 72]. Представляются также достаточно умозрительными в этой связи и представления о гражданском процессе ЕС как универсальной форме защиты прав субъектов трансграничных отношений и как наднационального образования, поскольку это не соответствует строго научной интерпретации усилий и опыта стран ЕС, его политических институтов относительно секторального, а не универсального регулирования вопросов гражданского процесса [8, с. 86, 104-105].

С.М. Тимченко и Л.Г. Удовика вполне обосновано отмечают, что в целом глобализация влияет на трансформацию, изменения и модернизацию государственно-правовых институтов, норм отношений на всемирном, макрорегиональном внутригосударственном уровнях, стимулирует, ускоряет и обновляет процессы универсализации в сфере права. Процесс влияния глобализации на право в более широком, общетеоретическом и методологическом плане отличается такими особенностями и чертами, как: разносторонность, системность, фун-

даментальность, имеет прямое и непрямое влияние на национальное (внутригосударственное), на международное право, наличие определенных пределов влияния процесса глобализации на право и т.п. Наряду с названными особенностями влияния процесса глобализации в целом на право, на его отдельные институты и теорию права в реальной жизни имеют место и иные особенности, которые тем или иным образом соотносятся с ними. Глобализация влияет на право на уровне взаимоотношения национальных правовых систем, что приводит к усилению их взаимозависимости, на уровне функционирования национальных правовых систем, что обостряет проблемы мирового (глобального) правопорядка, и на уровне методологии, что актуализирует поиск новой методологии права. Под влиянием глобализации осуществляются внутренние изменения в праве: изменяется сущность права не только на национальном уровне, но и на надгосударственном, глобальном уровне; изменяются его содержание, цели, задачи, назначение, а также источники (формы) права [9, с. 20].

Несмотря на детерминирующее значение глобализации, следует также отметить, что научная картина гармонизации и универсализации гражданского процесса, которые осуществляются под знаком глобализации, была бы неполной, поскольку является ощутимой и реальной противоположной тенденцией, – развитие научных исследований, и в не меньших масштабах посвященных, теоретическим проблемам типологизации гражданских процессуальных систем, социально-культурным основаниям типологизации, самобытности развития и особенностей национальных гражданских процессуальных систем [10;11]. Это научное направление остается, наряду с проблемами глобализации, не только необходимым, но и перспективным для развития национальных процессуальных законодательств. Более того, как показывает реальная практика и опыт развития гражданского процесса различных стран, контекст глобализации и национальный контекст – должны составлять и составляют методологический принцип модернизации сферы гражданского процесса.

Что касается проблематики генезиса глобализации гражданского процесса и современного состояния теории гражданского процессуального права, то наиболее существенными, на наш взгляд, являются такие сущностные вопросы, как пределы гражданского судопроизводства и гражданского процесса в контексте эволюции процессуальной доктрины и изменение его парадигмы, факторные причины глобализации гражданского процесса, реальные практики и методы гармонизации (ин-

тернационализации) гражданского процесса как следствие вызовов глобализации в процессуальной сфере.

Для рассмотрения проблематики глобализации гражданского процесса весьма важно определить сферу гражданского процесса.

Традиционные представления о сфере гражданского процесса, которые преобладают в научной литературе, сводятся к тому, что гражданский процесс отождествляется с гражданским судопроизводством и правосудием по гражданским делам, и тем самым сфера гражданского процесса отождествляется с гражданским судопроизводством. Такое доктринальное положение стало носить хрестоматийный, бесспорный характер и, на первый взгляд, не подлежит сомнению. Однако уместно обратить внимание на то, что в процессуальной литературе еще в начале 60-х годов прошлого столетия высказывалась идея, так сказать, «широкого» понимания гражданского процесса. Н.Б. Зейдер, например, обосновывал положение о том, что предметом гражданского процессуального права является широкий круг отношений, которые возникают при рассмотрении гражданских дел судами не только в порядке гражданского судопроизводства, но и при рассмотрении гражданских дел иными органами гражданской юрисдикции, поскольку законодательство предусматривает множественность процессуальных форм защиты гражданских прав (на то время – государственный и ведомственный арбитраж, товарищеские суды, нотариат и др.) [12, с. 8].

Современный социально-правовой контекст, пожалуй, требует по-новому переосмыслить существующие доктрины гражданского процесса в этом отношении, поскольку в настоящее время в системах гражданского процесса разных стран и регионах мира можно наблюдать тенденции в направлении развития судебных и несудебных форм разрешения споров, которые развиваются параллельно. Особенно важно подчеркнуть то, что такая тенденция является явным последствием глобализации в правовой сфере через универсализацию права на доступ к правосудию как современного тренда развития и национальных процессуальных систем, и национальных судебных практик.

В условиях глобализации становится объективным явление интернационализации судебных (юридических в целом) практик в силу универсализации прав человека и гражданина. Для Европейского региона это стало естественным следствием создания Совета Европы и принятия Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ).

В сущности, европейская система защиты прав

человека, независимо от традиций и эволюции национальных законодательств, носит субсидиарный характер, при этом синергетический эффект действия ЕКПЧ в национальных правопорядках достигается как раз внутренней судебной практикой. Собственно, речь идет о ключевых вопросах, новом уровне профессионализма судебной практики в контексте применения ЕКПЧ. Очень точно этот аспект отметил Микеле де Сальвия, утверждая, что национальный судья отныне связан задачей провозглашения права, как судья по правам и свободам, и тем самым он является первым судьей по правам человека. Следовательно, лицо, которое обращается в суд, знает, что оно имеет право ссылаться в судах на Европейскую конвенцию в том смысле, в котором она трактуется Страсбургским судом [13, с. 21].

Синергетическая связь европейской системы защиты прав человека и гражданского процесса отражает существенный аспект его глобализации, поскольку по сути в данном случае мы имеем дело с интернационализацией гражданского процесса с точки зрения общей тенденцией развития процессуального права, когда в сущности национальные подходы к осуществлению правосудия все чаще требуют обеспечения общих стандартов юридической безопасности и рассмотрения дел.

Одним из важнейших компонентов данной проблемы – проблемы гармонизации национальных судебных практик с точки зрения универсализации прав человека выступает и то, что национальный гражданский процесс интернационализируется в связи с новым уровнем профессионализма судебной практики и гражданского процесса и определяется такой фундаментальной основой, как право на справедливое судебное разбирательство.

Право на справедливое судебное разбирательство в каталоге конвенционных прав имеет особое сущностное значение. Как известно, в научной литературе имеет место достаточно разнообразная интерпретация права на справедливое судебное разбирательство. Не вдаваясь в дискуссию по этому вопросу, мы придерживаемся того теоретического положения, что права, закрепленные в ЕКПЧ, по своей природе разделяются на две группы, - субстантивные (материальные) и процессуальные. В отличие от субстантивных конвенционных прав значение процессуальных прав сводится к двум основным целям – они имеют инструментальную ценность и обеспечивают защиту субстантивных прав, однако главное состоит в том, что они имеют и достаточную самоценность, поскольку составляют органическую часть принципа верховенства права и позволяют системе права имплементиро-

вать каталог субстантивных прав и минимизировать проявления произвола власти [14, с. 52].

На наш взгляд, в структуре права на справедливое разбирательство следует выделять: 1) пре-лиминарный элемент (доступ к суду), который является условием реализации иных элементов; 2) институциональный элемент (независимый, беспристрастный суд), который отражает характеристику независимого суда в демократическом обществе; 3) процедурный (процессуальный) элемент (публичность, разумный срок рассмотрения дела и справедливость рассмотрение узком понимании или справедливые слушания), который отражает процессуальные требования рассмотрения дела 4) легитимационный элемент (правовая определенность и исполнение решений суда), с помощью которого осуществляется легитимизация судебных решений и реализуется цель правосудия.

По сути фундаментализация прав человека и права на справедливое судебное разбирательство свидетельствует об определенной аксиоматизации справедливости правосудия и признание права на справедливое судебное разбирательство общим принципом права, характерным для права большинства государств. Из таких оснований исходил Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) в деле «*Golder v. UK*», обращая внимание на то, что принцип, в соответствии с которым спор гражданско-правового характера может быть передан в суд, принадлежит к общепризнанным основным принципам права [15].

Учитывая высказанные соображения, усматривается очевидная обоснованность суждений В.В. Комарова, который утверждает, что фундаментализация прав человека и признание права на справедливое судебное разбирательство, являются фактором, интегрирующим национальные процессуальные системы, и основанием для последующих коллективных усилий по гармонизации политики повышения эффективности гражданского судопроизводства [16, с. 485]. Речь идет о принятых Комитетом Министров Совета Европы резолюциях и рекомендациях по вопросам обеспечения более простого доступа граждан к эффективному правосудию: Резолюции 78 (8) от 02.03.1978 г. о юридической помощи и консультациях и (76) 5 от 18.02.1996 г. о юридической помощи по гражданским, торговым и административным делам, Рекомендации R (93) 1 от 08.01.1993 г. об эффективном доступе к закону и правосудию для беднейших слоев населения, Рекомендации R (86) 12 от 16.09.1986 г. относительно мер по недопущению и сокращению чрезмерной рабочей нагрузки на суды, R (81) 7 от 14.05.1981 г. относительно путей облегчения доступа к правосу-

дию, R (84) 5 от 28.02.1984 г. относительно принципов гражданского судопроизводства, направленных на совершенствование судебной системы, R (94) 12 от 13.10.1994 г. о независимости, эффективности и роли судей, R (95) 5 от 07.02.1995 г. относительно введения в действие и улучшения функционирования систем и процедур обжалования по гражданским и торговым делам, R (95) 11 от 11.09.1995 г. относительно отбора, обработки, представления и архивации судебных решений в правовых информационно-поисковых системах и др.

Проблема гармонизации гражданского процесса в ЕС является определенным опытом в рамках специфического наднационального правопорядка, который нельзя отнести ни к собственно международному, ни, тем более, к национальному. Более всего, по своей сущности он в большей мере является интеграционным [17; с. 18]. По нашему мнению, именно из таких представлений следует исходить при оценке результатов глобализации правового пространства и сектора правосудия, в частности, подводя итоги гармонизации. Кроме того, весьма важно для концептуализации научных выводов в этой связи взвесить реальные результаты с точки зрения тех целей, которые ставились в свое время идеологами создания единого гражданского процесса ЕС. Иначе, невозможно понять насколько достижимы идеи концепции, положенной в основу развития европейского гражданского процесса и ожидания относительно формирования единого гражданского процесса.

Как известно, в 1987 г. Европейская комиссия создала группу ученых из представителей стран – членов ЕС, которую возглавил М. Сторм, для разработки Единого модельного кодекса государств – членов ЕС. Создание этой группы и разработка проекта не в последнюю очередь было вызвано и тем, что до этого в научной среде данная проблема обсуждалась достаточно активно. Сам М. Сторм в 1977 г. на конгрессе Международной ассоциации процессуального права высказал идею о необходимости разработки такого кодекса. В 1994 г. группа М. Сторма подготовила финальный отчет по сближению процессуального права ЕС, который в общем так или иначе был положен в основу последующего принятия законодательных актов ЕС по вопросам гражданского процесса.

В данный момент ЕС принял ряд регламентов, которые, по мнению отдельных исследователей, составляют систему европейского гражданского процессуального законодательства. Речь идет, прежде всего таких регламентах:

Регламенте Европейского Парламента и Совета ЕС № 805/2004 от 21 апреля 2004 г. о введении

Европейского исполнительного листа по неоспоримым долговым требованиям;

Регламенте Европейского Парламента и Совета ЕС № 1896/2006 от 12 декабря 2006 г. о введении европейского приказного производства;

Регламенте Европейского Парламента и Совета ЕС № 861/2007 от 11 июля 2007 г. об учреждении европейской процедуры урегулирования споров с небольшой суммой иска;

Регламенте Европейского Парламента и Совета ЕС №1215/ 2012 от 12 декабря 2012 г. о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений в гражданских коммерческих делах;

Регламенте Совета ЕС № 2201/2003 от 27 ноября 2003 г- о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по семейным делам и делам об ответственности родителей за детей.

Некоторые исследователи проблем гармонизации гражданского процесса ЕС в аспекте законодательной деятельности его органов, как отмечалось выше, утверждают, что этим достигнут универсализм системы процессуальных правил ЕС, а система гражданского процессуального законодательства имеет иерархическую структуру, конструкцию, а также внутреннее единство [8, с. 104-105].

На наш взгляд, такие представления о иерархическом построении теоретической модели гражданского процессуального законодательства, а также предположения относительно теоретической и практической возможности внедрения единых оснований осуществления судопроизводства с целью избежать фрагментарных и бессистемных изменений европейского гражданского процессуального права, являются спорными.

Более того, обращает на себя внимание, что сторонники такого подхода полагают, что гражданский процесс ЕС, как и европейское гражданское процессуальное право является частью международного гражданского процесса [19, с. 137]. Такие суждения, по нашему мнению, вступают в противоречие с природой гражданского процесса ЕС как части интеграционного права и интеграционного правопорядка ЕС.

Интересно, что сами идеологи концепции гражданского процесса ЕС высказываются достаточно сдержано относительно результатов реализации проекта сближения. Сам М. Сторм отметил, что его комиссия сформулировала ряд правил, направленных на согласование правил внутри ЕС. Наиболее важным результатом доклада группы по сближению, несомненно стало общее понимание того, что на уровне ЕС должна быть создана общая юрисдикция для разрешения гражданских дел. Соответственно, ряд актов ЕС был принят в этом направ-

лении. Например, на предмет мелких претензий, неоспоримых требований т.д. Тем не менее, по мнению М. Сторма, у политических деятелей ЕС отсутствует понимание того, чтобы представить согласованный набор общих процессуальных норм для ЕС [20, с. 20]. Судя по всему, как можно предположить, изменилось и концептуальное понимание характера и путей гармонизации гражданского процесса ЕС, о чем свидетельствуют более поздние работы западных исследователей, посвященные проблемам глобализации гражданского процесса и конструкциям его европеизации.

Так, сам М. Сторм утверждает, что при дальнейших шагах гармонизации гражданского процесса в Европе следует по прежнему исходить из углубленного понимания доступа к правосудию, поскольку тенденция гармонизации процессуального законодательства является необратимой, но, что наиболее является важным, по мнению М. Сторма, гармонизация законодательства должна основываться на горизонтальной гармонизации вместо вертикальной гармонизации, и при этом необходимо сделать четкий выбор в отношении взаимодействия гражданского процесса ЕС с национальными гражданскими процедурами. В отличие от М. Сторма, Х. Е. Крамер и С. Х. ван Ри обращают внимание на такие проблемные вопросы, как политические основы дальнейшей гармонизации гражданского процесса, исходя из того, что в данный момент правовым основанием гармонизации гражданского процесса ЕС является статья 81 Договора о функционировании Европейского Союза*(1) (Рим, 25 марта 1957 г.) (в редакции Лиссабонского договора 2007 г.). По мнению этих ученых, в настоящее время наиболее важным является проблема секторального подхода при формировании политики гармонизации и обеспечения доступности правосудия, хотя секторальный подход ограничивает возможности расширения у универсализации доступности правосудия [21].

Выводы: Изложенное выше дает основание утверждать, что в условиях современного развития цивилизации наблюдаются тенденции на уровне национального процессуального законодательства, подтверждающие в целом конвергенцию двух известных классических правовых систем, что, вместе с тем, усложняет общую доктринальную характеристику модели гражданского процесса Украины. В цивилистическом аспекте и в аспекте традиций континентального и англо-саксонского права, исходя из наличия и значимости Европейской конвенции о защите прав человека и основоположных свобод как регионального международного правового акта, а также других аналогичных

региональных правовых актов, напрашивается предложение использовать их как эталон модели справедливого гражданского процесса. В свою очередь именно принцип справедливости, как составная часть стремления к верховенству права, отображает общий концепт межнациональной гармонизации правосудия.

Вместе с тем, глобализация гражданского процесса как реальная современная тенденция, определяющая черты единства, все же не может, на наш взгляд, полностью нивелировать самобытность национальных процессуальных систем с их спецификой исторического развития, доктринальных парадигм и состоянием судебной практики. С одной стороны, препятствием к этому служат стремление сохранить национальный суверенитет, приверженность правовым традициям, а с другой - отсутствие четко сформулированной теоретической научной модели и видения перспектив и механизмов, которые позволят наделить одинаковыми чертами все структурные и процессуальные элементы правосудия, судоустройства и судебной власти.

Библиографические ссылки:

1. Бірюков Р. М. Глобалізація та її вплив на правову сферу // Україно-грецький науковий міжнародний журнал «Порівняльно-правові дослідження», 2009. – №2. – С. 36-40.
2. Кресін О., Ткаченко О. Національна держава і право в умовах глобалізації // Право України. – 2007. – № 6. – С. 146-149.
3. Хаустова М. Проблеми і перспективи розвитку правової системи України в умовах глобалізації / М. Хаустова // Вісник Національної академії правових наук України. – 2014. – № 1. – С. 54-64.
4. Удовика Л.Г. Трансформація правової системи в умовах глобалізації: антропологічний вимір: монографія / Л.Г.Удовика. – Харків: Право, 2011. – 552 с.
5. Евразийский гражданский процесс: к 25-летию стран СНГ и Балтии: Сборник научных статей / Под ред. Д.Я. Малешина. – М.: Статут. – 2015. – 448 с.
6. Комаров В. В. Цивільне процесуальне законодавство у динаміці розвитку та практиці Верховного Суду України / В. В. Комаров. – Х. : Право, 2012. – 624 с.
7. Комаров В.В. Гражданский процесс в глобальном контексте / В. Комаров // Право Украины. – 2011. – № 9/10. – С. 279–303.
8. Ізарова І.О. Теоретичні засади цивільного процесу Європейського Союзу: монографія / О.І. Ізарова. – Київ: ВД «Дакор», 2015. – 336 с.
9. Глобалізація і право: напрями впливу і тенденції розвитку [Текст] / С. М. Тимченко, Л. Г. Удовика // Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. 2009. №1. - 2009. - С. 6-22.
10. Малешин Д.Я. Гражданская процессуальная система России. – М.: Статут, 2011. – 496 с.
11. Гражданский процесс в межкультурном диалоге: евразийский контекст: Всемирная конференция Международной ассоциации процессуального права, 8-21 сентября 2012 г., Москва, Россия, Сборник докладов / Под ред. Д.Я. Малешина; Международная ассоциация процессуального права. – Статут, 2012. – 720 с.
12. Зейдер Н. Б. Предмет и система советского гражданского процессуального права /Н. Б. Зейдер. //Правоведение. -1962. - № 3. - С. 69 – 82.
13. Де Сальвия М. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. — СПб., 2004. – 1072 с.
14. May L. Global Justice and Due Process [Text] / Larry May. - Cambridge University Press. - P. 52 - 58.
15. Golder v. The United Kingdom, 21 February 1975, Series A18 [Электронный ресурс] // HUDOC. - Режим доступа: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57496>.
16. Комаров В. Украинский национальный доклад. Реформы гражданского процессуального законодательства Украины и проблема глобализации гражданского процесса // Гражданский процесс в межкультурном диалоге: евразийский контекст: Всемирная конференция Международной ассоциации процессуального права, 18-21 сентября 2012 г., Москва, Россия: Сборник докладов / Под ред. Д.Я. Малешина; Международная ассоциация процессуального права. М.: Статут, 2012. С. 476-488.
17. Комарова Т. Суд Європейських співтовариств і національні суди держав-членів в становленні інтеграційного правопорядку // Вісник Конституційного Суду України. – 2006. – № 1. – С. 99.
18. Комарова Т.В. Юрисдикія Суду Європейського Союзу: монографія / Т.В. Комарова. – Харків : Право, - 2010 – 360 с.
19. Луспеник Д.Д., Морозова С.Є. Цивільний процес Європейського Союзу – новітній напрям наукового правознавства та практичної юриспруденції// Часопис цивільного і кримінального судочинства. - № 2 (29). – 2016. – С. 137 – 138.
20. Сторм М. Теория лучше практики ? // Евразийский гражданский процесс: к 25-летию стран СНГ и Балтии: Сборник научных статей / Под ред. Д.Я. Малешина. – М.: Статут. 2015. –С.20.
21. Civil Litigation in a Globalising World (2012 Edition) by Kramer, X. E./ Rhee. – Asser press by Springer – Verlag Derlin YHeidelberg. – P.P. 1 – 19; 39 – 64; 121 – 140; 379 – 386.

Dreptul contravențional și procedura

CAUZELE ȘI CONDIȚIILE CREȘTERII/DESCREȘTERII STĂRII CONTRAVENTIONALITĂȚII

Elena COMARNITCAIA,

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

Lucia BEŞLIU,

Studentă, anul II, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

SUMMARY

The correct determination of contravention status and real social awareness of the danger of this phenomenon, gives us a chance to set the alarming trends in the evolution contravention, we would require to clarify the causes and conditions that favor increasing or decreasing the level of contravention, to increase the efficiency in fight with this antisocial and very dangerous phenomenon, priority tasks of contravention law are to set contravention causes and conditions, and to eliminate them.

Keywords: contravention, the causes and conditions contravention, factors

* * *

Determinarea corectă a stării contravenționalității, conștientizarea pericolului social real al acestui fenomen ne-ar permite stabilirea tendințelor alarmante în evoluția contravenționalității, ne-ar impune să clarificăm cauzele și condițiile ce favorizează creșterea sau descreșterea nivelului contravenționalității, să sporim eficacitatea activității de combatere a acestui fenomen antisocial și destul de periculos, iar stabilirea cauzelor și condițiilor contravenționalității, precum și eliminarea lor, sănătatea prioritare ale legii contravenționale.

Cuvinte-cheie: contravention, contravenționalitate, cauzele și condițiile contravenționalității, factori

Introducere. Conviețuirea oamenilor într-o societate necesită o ordine care implică o anumită conduită, anumite reguli de comportament, care ar crea o strânsă legătură între indivizi, astfel ar da naștere unei armonii sociale. Contravenționalitatea reprezintă una dintre cele mai importante instituții ale dreptului contravențional, reprezentând și una dintre cele mai actuale teme care cere atenția noastră maximă.

Scopul acestei publicații este de a forma o viziune clară asupra periculozității acestui fenomen social negativ, să înțelegem ce influență are asupra societății, care sănătatea și cum am putea eradică latura negativă din societate cu ajutorul trăsăturilor de bază, și anume: fenomen social, juridic, negativ, cu caracter de masă și istoric variabil.

Materiale și metode aplicate. În acest studiu a fost consultată diversă literatură de specialitate, inclusiv cărți, manuale, tratate, atât din doctrina națională, cât și din cea străină conform subiectului abordat. Pentru atingerea scopului au fost aplicate metode de cercetare științifică: analiza comparativă, analiza logică, sinteza, metoda istorică, cea sistemică.

Rezultate obținute și discuții. Analiza situației contravenționalității în Republica Moldova o considerăm necesară din punct de vedere obiectiv, prin rolul contravențiilor pentru societate, atingând cele mai însemnante valori, drepturi, interese, libertăți ale cetățeanului. Esența constă în determinarea

definiției de contravenționalitate, a indicatorilor ei cantitativi și calitativi, a cauzelor și condițiilor ce o favorizează, a formelor și metodelor de combatere a acestui fenomen.

Problema propusă în acest articol reprezintă cauzele și condițiile care influențează nivelul contravenționalității, precum și formele și metodele de combatere a acesteia în Republica Moldova, iar scopul principal este de a analiza teoretic contravenționalitatea.

Contravenția ca fenomen antisocial. În Republica Moldova, realitățile politico-economice și social-culturale impun rigorile unui sistem de drept complex, sistem ce se constituie ca o parte integrantă a evoluției științifice a societății. Conform teoriei generale a dreptului, sistemul de drept desemnează structura internă a dreptului, adică organizarea lui interioară, aptă să asigure unitatea normelor juridice și gruparea lor pe subsisteme (instituții juridice, subramuri și ramuri de drept) [1].

Contravenția este, așadar, un comportament descris și sancționat de Codul contravențional. Fapta socialmente periculoasă este considerată contravenție numai în cazul în care este prevăzută de Codul contravențional, care este legea ce descrie faptele considerate contravenții și pedepsele pentru ele. Ca și în cazul infracțiunilor (prevăzute de Codul penal), o faptă, pentru a fi considerată contravenție, trebuie să corespundă anumitor condiții:

- să fie prevăzută de Codul contravențional;
- să fi fost comisă cu vinovătie [2].

După cum se știe, contravenția, care este componenta importantă și care stă la baza formării contravenționalității, își are originea din dreptul penal, și anume din timpul cînd Basarabia era unită cu România, atunci a fost cunoscută prin reglementarea juridică a contravențiilor în Codul penal român din anul 1865 și 1936, și anume prin clasificarea faptelor ilicite:

- crime;
- contravenții;
- delicte [3].

Conform acestei clasificări, putem conchide că contravenționalitatea și criminalitatea pot fi studiate paralel, deoarece, fiind ambele fenomene sociale cu un grad înalt de periculozitate și după scoaterea contravenției din codul penal, această faptă ilicită nu este studiată practic de alte ramuri de drept.

Criminalitatea este totalitatea infracțiunilor comise pe un anumit teritoriu, într-o anumită perioadă de timp, de un anumit număr determinat de persoane, acesta fiind aspectul exterior, adică cantitativ. Din punct de vedere calitativ, se prezumă faptul că individul, rechinându-și interesul său egoist, nu doar încalcă legea, ca în alte încălcări de drept, ci, prin fapta sa, o neagă [4].

O altă definiție a criminalității o întîlnim la E. Florea: „Criminalitatea este un fenomen negativ, istoric-colectiv și sociojuridic, ce reprezintă în sine un sistem de infracțiuni săvîrșite într-o anumita perioadă de timp (an, luna, săptămîna, perioadă), precum și într-un anumit teritoriu (stat, regiune, oraș)”. Caracterul negativ al criminalității pare ar fi unul evident prin sine, însă există și alte păreri – sociologul francez Emil Durkheim credea că criminalitatea pînă la un anumit nivel poate fi benefică pentru sănătate [5].

Considerăm că, la etapa actuală de dezvoltare a dreptului, contravenționalitatea ca fenomen social își are locul și rolul la fel de importante ca și criminalitatea, unde aceasta poate fi evidențiată prin studierea cauzelor și condițiilor care o favorizează, a formelor și metodelor de prevenire, a personalității contravenientului, astfel constituind obiectul de studiu al dreptului contravențional.

Caracterizarea contravenționalității, ca fenomen social și juridic, o găsim în lucrările prof. univ. V. Guțuleac și S. Furdui, unde autorii definesc și arată importanța contravenționalității pentru societate și pe care o pun drept problemă principală, actuală și egală cu criminalitatea.

Astfel, *contravenționalitatea* este definită ca fenomen social juridic negativ, cu caracter de masă, variabil din punct de vedere istoric, care este constituit din totalitatea contravențiilor comise pe un anumit teritoriu într-o perioadă determinată de timp, caracterizîndu-

se prin indicatori cantitativi (nivelul, dinamica) și calitativi (structura, caracterul) [6].

Din definițiile evidențiate mai sus – a criminalității și a contravenționalității – putem deduce *trăsăturile comune*, care sunt: *fenomen social negativ, juridic, cu caracter de masă și variabil*.

Contravenționalitatea ca fenomen social. Odată ce contravenționalitatea există și se dezvoltă în societate, rezultă că ea este un produs al acesteia. Fiind un produs periculos în societate, și, în viziunea noastră, fiind subapreciat, contravenționalitatea cauzează pre-judicii considerabile.

Contravenționalitatea ca fenomen juridic – derivă din conținutul art. 22 din Constituția RM, precum că nimeni nu va fi condamnat pentru acțiuni sau omisiuni care, în momentul comiterii, nu constituau un act delictuos [7]. De asemenea, nu se va aplica nicio pedeapsă mai aspiră decât cea care era aplicabilă în momentul comiterii actului delictuos [8].

Contravenționalitatea ca fenomen negativ – aceasta provoacă zilnic pagube enorme de ordin fizic, material și moral, fapt ce demonstrează caracterul ei negativ.

Contravenționalitatea ca fenomen cu caracter de masă. În Republica Moldova nu există nicio bază unică, complexă și completă de date privind starea contravențională în țară. Potrivit datelor statistice, în Moldova anual se comit circa 700 000 de contravenții.

Contravenționalitatea ca fenomen istoric variabil. Schimbările de ordin economic, social și politic, dezvoltarea științelor juridice și alte transformări ce au loc în societate modifică și contravenționalitatea [9].

Starea contravenționalității în Republica Moldova. Starea contravenționalității pe un anumit teritoriu poate fi determinată prin indicatori cantitativi și calitativi. **Indicatorii cantitativi** sunt caracterizați prin *nivelul (coeficientul)* și *dinamica contravenționalității*.

Nivelul contravenționalității este un indicator important, ce reflectă numărul absolut al contravențiilor și al persoanelor ce le-au comis pe un anumit teritoriu, într-un interval de timp concret (lună, semestru, an). În același timp, poate fi vorba și despre diferite grupe omogene de contravenții: contravenții ce atentează la drepturile politice, de muncă și la alte drepturi constituționale ale persoanei fizice; contravenții ce atentează la sănătatea populației, sănătatea persoanei, la starea sanitar-epidemiologică; contravenții în domeniul circulației rutiere; contravenții ce afectează modul de administrare etc.

Dinamica contravenționalității este un alt indicator cantitativ, ce reflectă schimbarea în timp a fenomenului, adică modificările indicatorilor care oglindesc nivelul și coeficientul contravenționalității.

La determinarea dinamicii contravenționalității sunt folosite metodele:

a) *metoda bazei fixe* – care constă în compararea cifrelor din anii (perioadele) ce ne interesează cu cifrele din anul (perioada) care servește drept bază de comparație. Cu alte cuvinte, aceasta prevede comparația nivelului contravenționalității din mai mulți ani cu nivelul dintr-un anumit an ce ne interesează. De exemplu, contravențiile din anul 2007, când erau constatate 744,2 mii contravenții, și anul 2013 cu 358,2 mii contravenții;

b) *metoda bazei mobile (de lant)* – este a doua metodă de determinare a dinamicii contravenționalității, care în literatura de specialitate este redată ca o comparație a datelor fiecărui an cu anul precedent.

Dinamica nivelului contravenționalității poate fi exprimată în cifre absolute ale contravențiilor înregistrate sau în procente, care sunt calculate luând drept bază anul de comparație sau față de anul precedent. Datele privind dinamica contravenționalității exprimată în procente sunt mai clare și mai evidente decât cele exprimate în cifre absolute. Este cunoscut faptul că creșterea sau descreșterea contravenționalității este legată, deseori, de schimbările demografice, din cauza migrației populației, precum și altor procese care au loc în societate.

Al doilea tip de indicatori care stau la baza fenomenului contravențional sunt **indicatorii calitativi**:

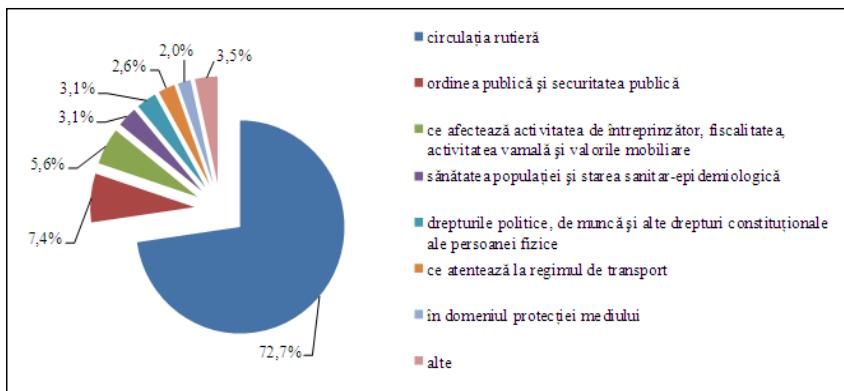
1. *Structura contravenționalității* – reflectă legătura internă a acesteia, adică corelația tipurilor de contravenții sau contravenienții din totalitatea contravențiilor înregistrate și a persoanelor care le-au comis. Ea se evaluatează în cifre absolute sau relative (procente), cote părți, coeficienți, ce caracterizează contravenționalitatea nu numai din punct de vedere calitativ, ci și cantitativ [10].

Structura contravenționalității include caracterul, gradul de pericol social pentru diverse obiecte de atentare; corelația contravenționalității cu diferite fenomene și procese economice, social-demografice etc. Studierea indicatorilor de structură în timp asigură relevarea tendințelor reale ale unor părți componente ce constituie contravenționalitatea (cum ar fi în locurile publice), în baza cărora poate fi făcută o prognoză mai sigură atât a contravenționalității în general, cât și a unor tipuri separate ale ei, repartizarea mai eficace a surselor umane în activitatea de prevenire a unui tip concret de contravenții.

Structura generală a contravențiilor conform Bioului Național de Statistică este: circulația rutieră – 72,7%; ordinea publică și securitatea publică – 7,4%; contravenții ce afectează activitatea de întreprinzător,

fiscalitate, activitatea vamală și valorile mobiliare – 5,6%; sănătatea populației și starea sanitar-epidemiologică – 3,1%; drepturile politice, de muncă și alte drepturi constituționale ale persoanei fizice – 3,1%; care atentează la regimul de transport – 2,6%; în domeniul protecției mediului – 2,0%; altele – 3,5% [11].

Structura contravențiilor constatate după categorii, anul 2014



2. *Caracterul contravenționalității* – face parte din structură, mai mult punând accentul pe conținutul tipurilor de comportamente contravenționale și pe dominarea acestora în structura contravenționalității, precum și pe distribuirea contravențiilor după unele grupe de populație (comise de minori, de cetăteni străini și de apatrizi, de persoane cu antecedente contravenționale) ori după sferă social-economică [12].

În anul 2014 au fost constatate 630,6 mii încălcări, cu 272,4 mii mai mult comparativ cu anul precedent. Aceasta se datorează dublării cazurilor de încălcări în domeniul circulației rutiere de la 213,7 mii cazuri în anul 2013 pînă la 437,5 mii cazuri în 2014. În majoritatea cazurilor contravențiilor constatate au fost aplicate pedepse (95,4%). Din numărul total de contravenții constatate, 4,6 mii (1,0%) au fost transmise organelor de cercetare prealabilă (penală), dat fiind că în acțiunile contravențiilor se conținea indicul infracțiunii. În medie la 1000 persoane revin 169 cazuri de contravenții constatate, însotite de aplicarea pedepselor.

Contravențiile care atentează la ordinea și securitatea publică constituie 44,5 mii cazuri sau fiecare al treisprezecelea caz din totalul celor constatate. Comparativ cu anul 2013, această categorie de contravenții s-a majorat cu 72,0%. Pentru aceste delicte preponderent este aplicată amenda (99,9% din cazuri). De cele mai dese ori au fost aplicate pedepse pentru huliganism nu prea grav, care constă în încălcarea ordinii publice și tulburarea liniștii cetătenilor (44,5%), pentru consum de băuturi spirtoase și apariția în stare

de ebrietate în locurile publice (17,9%), tulburarea liniiștii (16,7%), încălcarea regulilor de deținere, port, transport, folosire sau aplicare a armei individuale și a munițiilor aferente (3,6%) etc. [13].

Cauzele și condițiile creșterii stării contravenționalității. Stabilirea cauzelor și a condițiilor contravenționalității, precum și combaterea lor, ar trebui să fie sarcina sau scopul principal al legii contravenționale, pentru a da liber acțiunilor persoanelor din organele de drept (agentului constatator). Respectiv, contravenționalitatea, ca fenomen complex, trebuie să fie investigată paralel (concomitent) cu criminalitatea (delincvența). Pînă la decriminalizarea aspectului contravențional, nici nu se putea vorbi despre contravenționalitate ca fenomen complex distinct, deoarece era consumat prin fenomenul infracțional, iar contravenția fiind o formă a ilicitului penal.

Buna funcționare a societății, în mare măsură, este influențată de starea reală a contravenționalității. După cum am menționat, anual, în țară, în raport juridic de conflict cu legea contravențională intră cel puțin 300.000 de persoane, care atentează la anumite valori sociale protejate prin legea contravențională. Aceasta înseamnă că combaterea contravenționalității trebuie să constituie una dintre sarcinile prioritare ale statului. Înțînd cont de cele menționate, ajungem la concluzia că statul ar trebui să acorde o atenție mai mare contravențiilor, ca abateri de la normele de conduită socială stabilite de legislația în vigoare, în scopul prevenirii acestora.

În art. 2 CC al RM este prevăzut expres scopul legii contravenționale, care constă în apărarea drepturilor și libertăților legitime ale persoanei, apărarea proprietății, ordinii publice, a altor valori ocrotite de lege, în soluționarea cauzelor contravenționale, precum și în prevenirea săvîrșirii de noi contravenții [14].

Determinarea corectă a stării contravenționalității, conștientizarea pericolului social al acestui fenomen facilitează stabilirea contravenționalității, clarificarea cauzelor și condițiilor ce conduc la creșterea sau descreșterea nivelului contravenționalității, astfel sporind eficacitatea activității de combatere a acestui fenomen antisocial și destul de periculos [15].

Stabilirea cauzelor și condițiilor contravenționalității, precum și eliminarea lor sănt sarcini prioritare ale legii contravenționale, care prevede: „La stabilirea pedepsei, procurorul, agentul constatator determină cauzele și condițiile care au favorizat săvîrșirea contravenției și, în caz de necesitate, sesizează autoritatea respectivă sau persoana cu funcție de răspundere spre examinarea lor imediată” [16].

Actul criminal reprezintă, în esență, expresia concretă a unui ansamblu de fapte criminale care atentează la valorile ocrotite de lege. Ca produs nemijlocit

al acestor acțiuni și conduite ilicite, crima implică o mare varietate de cauze și condiții, a căror complexitate face dificilă operaționalizarea, ierarhizarea și evaluarea precisă a importanței fiecăreia în comiterea faptei penale. Explicațiile în criminologie sunt de o mare complexitate, orice explicație implicând stabilitatea unor relații multiple între actualul criminal („variabilă dependentă” sau „efect”) și o serie de fapte, fenomene, procese, situații și conduite antecedente („variabile independente” sau „cauze” și „condiții”). A explica un fapt înseamnă a înțelege motivele pentru care el se produce, prin identificarea cauzei sale determinante. A determina înseamnă a cauza apariția sau dezvoltarea unui fenomen. Cauzalitatea (legătura cauzală) și principiile acesteia constată dependența dintre diferite fenomene și stabilește caracterul acestei dependențe, care constă în aceea că un fenomen (cauza) în anumite condiții generează alt fenomen (efectul) [17].

Cauza se deosebește de *condiție* prin aceea că este un fenomen ajutător, ce favorizează producerea unui alt fenomen. De exemplu, procurarea unei arme, cu care criminalul comite fapta de omor, este o acțiune-condiție (adică efectuezi acțiunea de procurare a armei, cu condiția de a o folosi pentru omorul unei alte persoane). Deci, specificul condiției constă în aceea că este un fenomen care nu determină alt fenomen, ci numai ajută la ducerea lui, constând într-o șansă, ocazie care contribuie. Cauzele și condițiile, chiar de sănt diferite, ele acționează împreună, având contribuții diferite.

În criminologie, deosebim următoarele **tipuri de cauze**:

- *cauze generale*, care se referă la cauzele mai multor feluri de crime, cauze legate de persoana criminalului și cauze referitoare la mediu;
- *cauze speciale*, ce se referă la un singur sector (domeniul);
- *cauze parțiale*, care privesc un segment dintr-un lanț de cauze;
- *cauze obiective*, care ar fi legate de aspecte materiale ca săracia, lipsurile materiale etc.;
- *cauze subiective*, ce s-ar referi la aspectele psihice ale infractorului;
- *cauze principale*, care au un rol determinant în comiterea actului infracțional;
- *cauze secundare*, ce au un rol mai redus în comiterea crimei;
- *cauze determinante*, care joacă un rol hotărîtor în comiterea unei crime, spre exemplu, dorința de răzbunare;
- *cauze declanșatoare*, care provoacă trecerea la act, spre exemplu, o ceartă sau conflict;
- *cauze ereditare*, ce aparțin elementelor dobîndite

te prin naștere, ca debilitatea mintală sau alte boli de natură psihică;

- *cauze de dezvoltare*, care se referă la condițiile de dezvoltare a criminalului, la influențele negative din partea unor persoane cu care criminalul s-a aflat în contact [18].

În literatura criminologică se utilizează și termenul de „factor”, prin care se înțelege o cauză, adică factorul ar fi similar cu o cauză. Factorii criminalității sau cauzele criminalității ar avea același sens. Totuși, în opinia unor criminologi, ca, de exemplu, I. Ciobanu, „prin factor se înțelege ceva mai mult decât prin cauză, termenul având un sens mai larg, care ar include atât cauza, cât și o condiție” [19].

În criminologia națională, una dintre cele mai reușite clasificări a fost efectuată de către Gh. Gladchii: a) factorii economici; b) factorii sociali; c) factorii demografici; d) factorii politici; e) factorii juridici [20].

Unii autori clasifică cauzele crimei după următoarea schemă:

- cauze fizice (anatomico-morfologice);
- cauze fiziologice (precum și endocrinologice);
- cauze psihice;
- cauze sociale [21].

Autorul J. Pinatel clasifică factorii criminogeni în factori geografici, economici, culturali și politici, iar autorul H. Mannheim tratează cauzele de ordin social ale criminalității. D. Szabo analizează problema causalității neevidențind cauzele criminalității ca fenomen social și cauzele actului infracțional concret. Din perspectiva celor afirmate, în ceea ce privește analiza factorilor ce determină criminalitatea ca fenomen soci-al, ei se pot clasifica în factori economici, demografici, culturali și politici.

Factorii economici. Starea economică a unui stat, a unei zone mai restrânsă, poate determina sau influența anumite comportamente umane, inclusiv comportamentul infracțional. Factorii economici ce pot fi considerați cu conținut criminogen sănt industrializarea, somajul, nivelul de trai și crizele economice.

Printre primii s-a preocupat de această problemă C. Lombroso, care a fost nevoie să recunoască influența condițiilor economice asupra criminalității. El relevă că această problemă este atât de complexă și examinarea ei atât de dificilă, încât nu i se poate da o apreciere unică. Lombroso nu împărțește ideea că criminalitatea este întotdeauna efectul mizeriei, susținând că ea poate fi și efectul bogăției. Criminalul înăscut găsește mai multă ocazie de a comite crime în bogăție, decât în mizerie, iar criminalul de ocazie – și mai mult. Sărăcia și bogăția își au criminalitatea lor specifică, întrucât săracii comit mai ales crime contra proprietății, iar bogății – contra bunelor moravuri și a personalității. În final, Lombroso conchide că factorul economic are o mare

influență asupra criminalității, iar mizeria și sărăcia nu sunt cauze principale ale fenomenului, căci și bogăția, mai ales cea obținută rapid, dă o largă contribuție criminalității [22].

Factorii demografici. Statistic s-a constatat că exploziile în rata natalității, structura demografică a sexelor, mobilitatea geografică și socială a populației reprezintă factori criminogeni importanți. Relația existentă între rata natalității și cea a criminalității este de natură indirectă, la amplificarea delincvenței juvenile contribuind o multitudine de alți factori, între care putem evidenția structura familială, curențele instructiv-educative, rolul negativ al mass-mediei etc.

Factorii socioculturali. Familia reprezintă celula de bază a oricărei societăți contemporane. Studiile criminologice mai vechi au încercat să acrediteze ideea că cei mai mulți infractori provin din familiile dezorganizate, cu o proastă educație. Anume educația ar fi elementul principal al mediului social. Ereditatea precede influența mediului, omul primind anumite dispoziții prin naștere, apoi urmează influența exercitată de mediu, în special educația din familie. Printre primii recunoaște influența educației asupra copilului C. Lombroso, arătând că aceasta îl mobilizează, îl corijează pe individ, astfel, ea are un efect distructiv asupra criminalității. Cea mai mare rată a criminalității revine orfanilor și descendenților din părinți vicioși, aceștia având posibilitatea cea mai mică de a beneficia de educație. La fel, și copiii abandonați dau un mare contingent de criminali [23].

Eșecuri privind integrarea școlară. După familie, școala este instituția care joacă un rol deosebit în formarea și perfecționarea continuă a personalității umane. Menită să dezvolte aptitudinile individului, să transmită cunoștințe profesionale, să formeze, să dezvolte și să consolideze aptitudinile, școala pregătește tînăra generație pentru viață. Școala reprezintă unul dintre cele mai importante instrumente ale menținerii statu-quo-ului social, principala funcție a ei fiind aceea de a reproduce capitalul cultural acumulat. Școala prin instrucție, prin educație intelectuală dezvoltă facultăți de intelectuale, îmbogățindu-l pe om cu cunoștințe.

Impactul activităților din timpul liber. Cercetările actuale arată că timpul liber este petrecut din ce în ce mai puțin în cadrul familiei. În ultimele decenii au fost identificate noi forme periculoase de petrecere a timpului liber, cum ar fi petrecerile tinerilor cu consum abuziv de alcool și droguri sau chiar asocierea în grupuri și organizații criminale.

Impactul mijloacelor de informare în masă. Tema crimei a fost dintotdeauna o sursă de profit important pentru cinematografie și televiziune, aproximativ 90% din serialele din lume având la bază în scenariu un polițist sau un criminal.

Toxicomania. În toxicomanie se include consumul de droguri și alcoolismul. Consumul de droguri și alcool fac parte din categoria elementelor generatoare de crimă. Cu toate că Republica Moldova a aderat la Convențiile Internaționale privind substanțele narcotice și psihotrope din anii 1961 și 1971, precum și la Convenția ONU privind combaterea traficului ilicit de substanțe narcotice și psihotrope din anul 1998, legislația națională n-a fost pe deplin racordată la aceste acte internaționale.

Factorii politici. Războiul. Războiul civil este cel mai periculos în criminogeneză, fiindcă produce efecte puternice criminogene. Acest tip de război este periculos prin faptul că în timpul lui se creează centre antagoniste de putere, indivizii se polarizează, legislația este ignorată complet, se instaurează haosul și anarhia socială, politică și economică, se escaladează agresivitatea și violența. În aceste situații, infractorii de profesie au un cîmp de acțiune enorm și ideal. De asemenea, starea de haos și anarhie încurajează la comiterea de infracțiuni și persoanele care anterior n-au comis crime.

Revoluția [24] este o stare de criză politică de mare ampleoare, ce are drept scop înlăturarea de la putere a unui grup conducător, cucerirea puterii politice și schimbarea orînduirii sociale. Cea mai răsunătoare revoluție (și cu cele mai destructive consecințe) a fost Revoluția din octombrie 1917 din Rusia [25].

Concluzii. Regimul juridic contravențional este unul autonom, care servește drept unic temei pentru aplicarea sanctiunii contravenționale, iar prin desprinderea instituției contravenției din dreptul penal a luat naștere o nouă ramură de drept – Dreptul contravențional.

Problema determinării cauzelor și condițiilor ce caracterizează starea contravenționalității este una de importanță majoră în domeniul combaterii acestui fenomen antisocial, dar ea nu este studiată pe deplin, fapt care ni-a impus să apelăm la cercetările criminologice privind cauzele și condițiile infracționalității.

Cercetarea contravenționalității, a cauzelor și a condițiilor care favorizează comiterea contravențiilor să fie atribuită la obiectul de reglementare și investigarea a dreptului contravențional și ar fi foarte bine-venită crearea la nivel național a unei structuri de natură științifică, care se va preocupa de investigarea fenomenei contravenționalității, de elaborarea recomandărilor științifice privind formele și metodele de combatere a contravenționalității.

Referințe bibliografice

1. Mocanu V., Munteanu V. Drept contravențional: note de curs. Chișinău, 2013, p. 3.

2. <http://parajurist.md/rom/ce-este-o-contraventie/> (vizitat la 26.09.15, 10:15).
3. Orlov M. Drept administrativ. Chișinău: Editura „Epigraf”, 2001, p. 137.
4. Bujor V., Bejan O. Introducere în criminologie și securitate criminologică (teze pentru studenții Institutului de Criminologie), 2013, p. 5.
5. Florea E. Note de curs de criminologie. Chișinău, 2013, p. 8.
6. Guțuleac V. Tratat de drept contravențional. Chișinău: S. n. „Tipografia Centrală”, 2009, p. 62.
7. Constituția Republicii Moldova, adoptată la 29.07.1994, art. 22. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 1 din 12.08.1994.
8. Codul contravențional al Republicii Moldova, adoptat la 24.10.2008, art. 3. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 3-6 din 16.01.2009, art. 15.
9. Guțuleac V. Tratat de drept contravențional. Op. cit., p. 62-63.
10. Guțuleac V., Comarnițcaia E. Drept contravențional: note de curs. Chișinău: Tipografia „Primex-Com”, 2014, p. 44.
11. <http://www.statistica.md/newsview.php?l=ro&idc=168&id=4738> /Biroul Național de Statistică. Contravenții constatate în 2014 (vizitat la 26.09.2015).
12. Guțuleac V., Comarnițcaia E. Drept contravențional: note de curs. Op. cit., p. 43-44.
13. <http://www.statistica.md/newsview.php?l=ro&idc=168&id=4738>. Biroul Național de Statistică. Contravenții constatate în 2014.
14. Codul contravențional al Republicii Moldova, adoptat la 24.10.2008, art. 2. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 3-6 din 16.01.2009, art. 15.
15. Spînu I. Contravenția și contravenționalitatea. Cai de combatere. Teză de doctor. Chișinău, 2013, p. 119.
16. Codul contravențional al Republicii Moldova, art. 450.
17. Ciobanu I. Crimonologie. Chișinău: „Tipografia Centrală”, 2011, p. 45.
18. Oancea I. Probleme de criminologie. București: Ed. ALL Educational S.A., 1998, p. 28.
19. Spînu I. Contravenția și contravenționalitatea. Cai de combatere. Op. cit., p. 48.
20. <http://www.cnaa.md/nomenclature/law/120008/ii/> (vizitat la 27.09.15, 12:20).
21. <https://dreptmd.wordpress.com/cursuri-universitare/criminologie/fenomenologia-criminalitatii/> (vizitat la 27.09.15 ora 13:15).
22. Lombroso Cesare. Le crime, causes et remèdes. Paris, 1898, p. 161.
23. Ibidem, p. 173.
24. <https://ro.scribd.com/doc/80395333/Cauzalitatea-in-Criminologie> (vizitat la 27.09.15, 16:20).
25. <http://www.scrutub.com/stiinta/drept/CAUZALITATEA-IN-CRIMINOLOGIE-A84272.php>.

ОСОБЛИВОСТІ ПРОЯВУ РІЗНИХ ФОРМ РЕАЛІЗАЦІЇ НОРМ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ЗВЕРНЕННЯ ГРОМАДЯН»

Інна БОЛОКАН,

кандидат юридичних наук,

доцент, доцент кафедри цивільного права Запорізького національного університету

SUMMARY

This article analyses the provisions of the Law of Ukraine “On citizens’ appeals” concerning consolidation of its provisions that make it possible to become a manifestation of such forms of implementation of legal norms, as compliance, performance , and use. Behaviours that characterize compliance, implementation and use are investigated in relation to both groups of subjects, which directed the Law of Ukraine “On citizens’ appeals” (citizens, on the one hand, and public authorities, local governments, associations of citizens, enterprises, institutions, organizations, officials, in accordance with their functional responsibilities, on the other hand). Taking into account existing in the doctrine of the general theory of law, as in the administrative-legal doctrine classification forms implementation of the law on the subjects and, in particular, the allocation of individual and collective forms of implementation, the provisions of the Law of Ukraine “On citizens’ appeals” are analysed in terms of manifestations of possibilities both collective and individual forms of the implementation of the provisions of this law in the form of compliance, implementation and use.

Keywords: implementation of the rule of law, compliance as a form of implementation of the law, performance as a form of implementation of the law, the use as a form of implementation of the law, collective form of implementation of the law, an individual form of implementation of the law.

РЕЗЮМЕ

Стаття присвячена аналізу норм Закону України «Про звернення громадян» щодо закріплення у ньому положень, завдяки яким можливим стає прояв таких форм реалізації правових норм, як додержання, виконання та використання. Варіанти поведінки, які характеризують додержання, виконання та використання, досліджуються стосовно обох груп суб’єктів, на яких розраховано дію Закону України «Про звернення громадян» (громадяни, з одного боку, та органи державної влади, місцевого самоврядування, об’єднання громадян, підприємства, установи, організації, посадові особи відповідно до їх функціональних обов’язків, з іншого боку). З урахуванням існуючої у доктрині як загальної теорії права, так і адміністративного права класифікації форм реалізації норм права за суб’єктами та, зокрема, виокремлення індивідуальної та колективної форм реалізації, норми Закону України «Про звернення громадян» аналізуються з точки зору прояву як колективної, так і індивідуальної форм при реалізації положень цього закону у вигляді додержання, виконання та використання.

Ключові слова: реалізація норм права, додержання, виконання, використання, колективна форма реалізації норм права, індивідуальна форма реалізації норм права.

Постановка проблеми. Закон України «Про звернення громадян» (далі – Закон про звернення, Закон) є одним з тих законодавчих актів, який є найбільш витребуваним суспільством, норми якого задіються щодня, а з появою можливості звернутись з електронною петицією – реалізація його норм у різних формах нині виявляється ще більш активно. З іншого боку, тема реалізації адміністративно-правових норм (а Закон України «Про звернення громадян», зокрема, є одним із законодавчих джерел адміністративного права) не так часто висвітлюється в наукових джерелах. Найбільше висвітлення в сучасній правовій науці набули дослідження тих чи інших аспектів застосування як форми реалізації адміністративно-правових норм, щодо інших форм реалізації норм права наукові дослідження не такі активні, хоча кожна з цих форм досить специфічна та має особливості прояву. Дослідження норм Закону про звернення викликало наш інтерес насамперед

тим, що дозволяє одночасно щодо двох груп «різнопланових» суб’єктів простежити особливості прояву різних форм реалізації норм права, зокрема тих, які у загальній теорії права виокремлюють як «безпосередні форми реалізації» (інколи їх називають типами реалізації): додержання, виконання, використання.

Дослідженю окремих питань реалізації норм права присвячували свої праці такі вітчизняні та зарубіжні вчені-фахівці із загальної теорії права, як С.С. Алексеев, В.М. Коробка, О.А. Маркіна, О.Ф. Скакун, О.О. Уварова, В.В. Черній, Л.О. Шадринова та інші; вчені-адміністративісти: Н.Т. Вишневська, Ю.О. Тихомиров тощо. Особлива ж увага науковців як у теорії права, так і в доктрині адміністративного права найчастіше приділяється не трьом вказаним формам (одержання, використання, виконання), а такій формі реалізації, як застосування. Крім недостатнього, на наш погляд, висвітлення трьох вказаних форм реалізації

адміністративно-правових норм, слід зазначити і на відсутність у наукових працях грунтовних досліджень особливостей законодавчого закріплення у нормах Закону про звернення положень, реалізація яких є проявом додержання, використання чи виконання. Натомість аналіз цих питань є велими корисним, враховуючи ті завдання, які стоять перед цим законодавчим актом: регулювання питань практичної реалізації громадянами України наданого їм Конституцією України права вносити в органи державної влади, об'єднання громадян відповідно до їх статуту пропозиції про поліпшення їх діяльності, викривати недоліки в роботі, оскаржувати дії посадових осіб, державних і громадських органів. Закон забезпечує громадянам України можливості для участі в управлінні державними і громадськими справами, для впливу на поліпшення роботи органів державної влади і місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, для відстоювання своїх прав і законних інтересів та відновлення їх у разі порушення. Досягненню цих завдань сприятиме кожна з «безпосередніх форм реалізації» адміністративно-правових норм – і додержання, і виконання, і використання.

Метою цією статті є аналіз норм Закону про звернення для виявлення особливостей нормативного закріплення положень, реалізація яких виявляється або у формі додержання, або у формі використання, або у формі виконання, а також з'ясування питання, чи обидві групи суб'єктів, на яких розраховано дію Закону про звернення, можуть реалізувати його положення у всіх зазначених формах реалізації правових норм, дослідити особливості прояву реалізації в індивідуальній та колективній формах.

Виклад основного матеріалу. У доктрині як загальної теорії права, так і адміністративного права, форми реалізації виокремлюють за різними критеріями, покладеним в основу відповідної класифікації. Одним з таких критеріїв є поділ форм реалізації за суб'єктами – на індивідуальну та колективну. У загальній теорії права індивідуальну реалізацію характеризують як реалізацію, яка полягає у самостійному здійсненні суб'єктивних прав і юридичних обов'язків без вступу у право-відносини з іншими суб'єктами, а колективну – як реалізацію, яка полягає у можливості реалізовувати суб'єктивні права і юридичні обов'язки лише колективним шляхом [1, с. 414]. У сучасній доктрині адміністративного права вказана класифікація, як правило, детально не характеризується, у більш ранніх адміністративно-правових доктринальних джерелах знаходимо таку тезу: «одні

норми права можуть бути реалізовані окремим суб'єктом права, інші ж норми права можуть бути реалізовані спільними діями декількох чи багатьох із суб'єктів права» [2, с. 166].

І якщо щодо індивідуальної форми реалізації питань майже не виникає, то щодо наведених вище положень про колективну форму реалізації норм не все однозначно. У наведеному в якості прикладу визначенні «колективної реалізації норм» із джерел загальної теорії права бачимо у її конструкції використання слова «лише», що значно обмежує сферу колективної форми реалізації норм, що ж стосується прикладу визначення із наведеної вище адміністративно-правового джерела, можливим уявляється виокремлення як «обов'язкової колективної», так і «добровільної колективної» форми реалізації адміністративно-правових норм. Вважаємо такий висновок логічним та спробуємо довести цю позицію на положеннях законодавчого акту, який, на нашу думку, є найбільш яскравим прикладом можливості прояву обох з двох форм колективної реалізації адміністративно-правових норм (назовемо їх умовно «обов'язкова колективна», маючи на увазі випадки, коли індивідуальна форма звернень є неможливою щодо реалізації конкретних норм, та «добровільна колективна», коли можливими є як індивідуальні, так і колективні звернення, натомість громадяни обрали саме останню форму). Це – Закон про звернення, який розрахований на врегулювання питань практичної реалізації громадянами України наданого їм Конституцією України права вносити в органи державної влади, об'єднання громадян відповідно до їх статуту пропозиції про поліпшення їх діяльності, викривати недоліки в роботі, оскаржувати дії посадових осіб, державних і громадських органів.

Відразу ж окреслимо суб'єктів, на яких розраховано Закон про звернення. Ними відповідно до ст. 1 є, з одного боку, громадяни України, а з другого – органи державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, засобів масової інформації (далі – ЗМІ), посадові особи відповідно до їх функціональних обов'язків [3]. Як вірно зазначив свого часу Г.І. Петров, процес реалізації норм права досить складний. У ньому приймають участь усі державні та громадські організації та дієздатні фізичні особи. Роль різних суб'єктів права і характер їх участі в цьому процесі неоднаковий [2, с. 165].

Оскільки ми здійснюємо детальний аналіз норм Закону про звернення, у ході дослідження будемо вказувати на окремі недоліки законодавчо-

го регулювання у цьому Законі, які хоч і не завжди прямо, натомість все ж таки стосуються питань реалізації його норм.

Насамперед, слід зазначити на певну непослідовність законодавця у врегулюванні питань щодо суб'єктів, до яких спрямовуються звернення громадян (далі – адресати звернення). Так, у преамбулі Закону йдеться про те, що ним регулюються питання практичної реалізації права вносити в органи державної влади, об'єднання громадян пропозиції про поліпшення їх діяльності, викривати недоліки в роботі, оскаржувати дії посадових осіб, державних і громадських органів; забезпечуються можливості ... для впливу на поліпшення роботи органів державної влади і місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності. У ст. 1 Закону про звернення також йдеться про відповідних суб'єктів, до яких мають право звернутись громадяни із зауваженнями, скаргами та пропозиціями, що стосуються їх статутної діяльності, заявюю або клопотанням щодо реалізації своїх соціально-економічних, політичних та особистих прав і законних інтересів та скаргою про їх порушення, і це: органи державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, ЗМІ, посадові особи відповідно до їх функціональних обов'язків. Натомість у ч. 1 ст. 5, ч. 1 ст. 6, ч. 3 ст. 7, ч. 1 ст. 9, ч. 1 ст. 14, ч. 1 ст. 15, ст. 21, чч. 1, 3 ст. 22, ч. 1 ст. 26 у переліках адресатів звернень вже не згадуються ЗМІ. Не згадується про них, на відміну від усіх інших адресатів звернень громадян, і у визначенні термінів «пропозиція (зауваження)», «заява (клопотання)», «скарга», які наведені у ст. 3 Закону. Хоча у ст. 16, яка безпосередньо регулює порядок розгляду скарг громадян, у ч. 1 ст. 18, ч. 1 ст. 19 Закону, де йдеться про права та обов'язки при розгляді заяв та скарг, знов є згадка про ЗМІ.

Також досі не виправлено такий недолік, як використання нечітких термінів. Наприклад, термін «підприємства», який у Законі про звернення вживається для позначення відповідних суб'єктів, в інших законодавчих актах (більш пізніх за датою видання, наприклад у Цивільному кодексі України) тлумачиться як об'єкти (цивільних прав). Видеться, що у поєднанні із іншими суб'єктами, які перелічуються у ст. 1 Закону про звернення (підприємства, установи, організації незалежно від форм власності), цей термін доцільно було б замінити більш універсальним – «юридичні особи».

Коли йдеться про здійснення суб'єктивних прав, вочевидь мається на увазі активна поведін-

ка, яка передбачає певні дії. Натомість це не означає неможливість прояву й пасивної форми поведінки, яка характеризує таку форму реалізації адміністративно-правових норм як додержання (слід зазначити, що у загальній теорії права можна зустріти погляд, згідно з яким і використання припускає як активну, так і пасивну поведінку [1, с. 414], натомість цей погляд не поширеній).

Розглянемо більш детально можливі форми реалізації норм Закону в індивідуальних та колективних зверненнях, тобто за критерієм «суб'єкти реалізації адміністративно-правових норм». При цьому спробуємо розглянути таких суб'єктів не лише стосовно першої групи осіб, на яких розраховано норми Закону про звернення (щодо надання права на індивідуальні та колективні звернення), а й щодо особливостей прояву різних форм реалізації норм Закону про звернення також іншим суб'єктом – відповідними органами та посадовими особами, які мають реагувати на звернення громадян.

Визнаним як у загальній теорії права, так і в доктрині адміністративного права є виокремлення чотирьох таких форм: додержання, виконання, використання та застосування. Додержання (інша назва, яка використовується у доктрині, – дотримання) у доктринальних адміністративно-правових джерелах визначають як «пасивну поведінку суб'єкта адміністративних правовідносин, який не допускає порушень адміністративно-правових заборон» [4, с. 45; 5, с. 158]; «пасивну поведінку суб'єктів, яка не допускає порушення адміністративно-правових норм» [6, с. 54]; «пасивну поведінку суб'єктів адміністративно-правових відносин щодо дотримання заборон» [7, с. 39] тощо.

У Законі про звернення чимало норм, які закріплюють обов'язок додержуватись (не порушувати) певних приписів (одержання є формою реалізації заборонних норм). Відповідні обов'язки передбачено як безпосередньо для суб'єктів звернення (як індивідуальних, так і колективних), так і для відповідних адресатів звернення, які мають певним чином реагувати на звернення громадян. При цьому таке закріплення відбувається як прямо, так опосередковано. Прикладом опосередкованого закріплення заборони порушувати норми Закону про звернення для громадян, які звертаються індивідуально чи колективно, є:

– норма ст. 5 Закону, з аналізу змісту чч. 7 та 8 якої вбачається припис дотримання вимог до звернень та врегулювання наслідків у разі порушення цього припису (законодавче формулювання: «у зверненні має бути зазначено...» (ч. 7 ст. 5);

«звернення, оформлене без дотримання зазначених вимог, ...» (ч. 8 ст. 5));

– норма ч. 2 ст. 8 Закону щодо закріплення заборони повторних звернень від одного і того ж громадянина з одного і того ж питання до одного і того ж органу. Щоправда вказане навряд чи можна позначити саме як заборону, адже законодавче формулювання не таке вже й імперативне. Натомість, враховуючи закріплення чітких положень щодо негативних результатів розгляду таких звернень, подання таких звернень є недоцільним;

– норма ст. 17 Закону про звернення, в якій встановлено чіткий термін можливості подання скарги на рішення, що оскаржувалось (може бути подана до органу або посадовій особі вищого рівня протягом одного року з моменту його прийняття, але не пізніше одного місяця з часу ознако-
млення громадянина з прийнятым рішенням). Негативним наслідком недодержання цієї норми (порушення відповідних приписів) є залишення скарг, поданих з порушенням зазначеного терміну, без розгляду;

– норма ст. 26 Закону про звернення, зі змісту якої вбачається заборона подання громадянами звернень, які містять наклеп і образи, дискредитацію органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та інших посадових осіб, керівників та інших посадових осіб підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності, заклики до розпалювання національної, расової, релігійної ворожнечі та інших дій.

Прямих заборонних норм, які б вміщували формулювання, подібні до: «забороняється ...», стосовно громадян як суб'єктів звернень у Законі не закріплено.

Досить спірною у тлумаченні, на наш погляд, є норма ч. 2 ст. 1 Закону про звернення, відповідно до змісту якої «військовослужбовці, працівники органів внутрішніх справ і державної безпеки, а також особи рядового і начальницького складу Державної кримінально-виконавчої служби України мають право подавати звернення, які не стосуються їх службової діяльності». Не зовсім зрозумілим є, чи то є закріпленням права лише на звернення саме із такими зверненнями (які не стосуються їх службової діяльності), і, відповідно, певна фіксація заборони для військовослужбовців, працівників органів внутрішніх справ і державної безпеки, а також особі рядового і начальницького складу Державної кримінально-виконавчої служби України подавати звернення, які стосуються їх службової діяльності, чи то можливість для вказаних суб'єктів звертатись як із тими зверненнями,

які безпосередньо стосуються їхньої службової діяльності, так і з тими, які не стосуються. Правильним видається перший варіант, адже коли законодавець хоче підкреслити, що певні ситуації мають вирішуватись на підставі норм інших нормативно-правових актів, він дає зrozуміти це певними формулюваннями, як це, наприклад, має місце:

– у ч. 2 ст. 2 Закону про звернення: «звернення вкладників до Фонду гарантування вкладів фізичних осіб щодо виплати Фондом відшкодування в межах гарантованої суми розглядаються в порядку, встановленому законодавством про систему гарантування вкладів фізичних осіб»;

– у ст. 12 Закону про звернення: «дія цього закону не поширюється на порядок розгляду заяв і скарг громадян, встановлений кримінальним процесуальним, цивільним процесуальним, трудовим законодавством, законодавством про захист економічної конкуренції ...».

Натомість такий висновок не беззаперечний, враховуючи такий недолік вітчизняного законодавства, який вже є системним, як відсутність уніфікованого законодавчого підходу до вирішення однотипових ситуацій. Тому це питання, на наш погляд, має бути врегульоване більш конкретно, без потреби проведення додаткового аналізу законодавчих норм як цього Закону, так і іншого законодавства для вірного тлумачення норми.

Оскільки ч. 2 ст. 5 Закону про звернення надає право звертатись як окремій особі (індивідуальне звернення), так і групі осіб (колективне звернення), всі наведені вище в якості прикладу норми та закріплені у них в опосередкованій формі заборони можуть бути поширені як на індивідуальні, так і на колективні звернення. Інколи у Законі прямо закріплюється можливість звернення певним колективним суб'єктом. Наприклад, коли йдеться про представництво інтересів громадянина за його уповноваженням, оформленим у встановленому законом порядку щодо надання права на звернення зі скаргою, яка може бути подана ... трудовим колективом або організацією, яка здійснює правозахисну діяльність (ч. 5 ст. 16 Закону про звернення). У цій нормі йдеться про можливість реалізації звернення у формі скарги як в індивідуальній, так і колективній формі, на вибір суб'єкта звернення. Натомість таке звернення може бути здійснено лише в одній із зазначених форм: або в індивідуальній (від самої особи, чиї права, як вона вважає, порушені), або в колективній, адже тоді колективний суб'єкт дій за її уповноваженням та в її інтересах.

Щодо можливості реалізації у формі додер-

жання норм Закону про звернення з боку іншого суб'єкта – відповідних органів та посадових осіб, які мають реагувати на такі звернення, опосередкованою (непрямою), на наш погляд, є заборона брати плату за розгляд звернень громадян, встановлена у ст. 21 Закону. Безпосередніми (прямыми) є заборони, встановлені у нормах: ч. 2 ст. 7 Закону (щодо заборони відмови у прийнятті та розгляді звернення з посиланням на політичні погляди, партійну належність, стать, вік, віросповідання, національність громадянина, незнання мови звернення тощо); ч. 4 ст. 7 Закону (щодо заборони направляти скарги громадян для розгляду тим органам або посадовим особам, дії чи рішення яких оскаржуються); ст. 9 Закону, в якій встановлено заборону переслідування громадян за подання звернення і неприпустимість примушування їх до його подання; ст. 10 Закону, в якій встановлено заборону розголошення відомостей, що містяться у зверненях; з'ясування даних про особу громадянина, які не стосуються звернення; заборона розголошення прізвища, місця проживання та роботи громадянина, якщо про це є його прохання у звернені.

Отже, кількість заборонних норм у Законі про звернення як для громадян, так і для суб'єктів, які мають реагувати на такі звернення, майже однакова, і при цьому для останнього суб'єкта переважають прямі заборони у нормах. Для громадян як суб'єктів звернення заборони сформульовано у непрямій формі, а прояв додержання як форми реалізації норм Закону про звернення для них можливий як в індивідуальній, так і в колективній формі. Що ж стосується органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, ЗМІ, їхніх посадових осіб, з наведених вище прикладів норм Закону про звернення, в яких у прямій чи опосередкованій формі закріплено можливі прояви додержання як форми реалізації норм Закону, реагувати на відповідне звернення може як колективний, так і індивідуальний суб'єкт (звернення може стосуватись як діяльності органу, підприємства, організації, ЗМІ (як колективного суб'єкту), так і діяльності окремих його посадових осіб або керівників (індивідуального суб'єкту)), а, отже, додержання як форма реалізації норм цього Закону може виявлятись як в індивідуальній, так і в колективній формі (особливо, коли йдеться про певні пов'язані дії кількох владних суб'єктів). Інша мова, що найчастіше підписання відповідного документа, яким здійснюється реакція на звернення (відповідь), здійснюється керівником відповідного органу, юридичної

особи одноособовою, або його підписує відповідна посадова особа, які своїм підписом беруть на себе відповідальність за вказані у документі відомості.

В адміністративно-правових доктринальних джерелах виконання визначають як: «активну поведінку суб'єкта адміністративних правовідносин щодо виконання юридичних обов'язків» [4, с. 45; 5, с. 157-158; 7, с. 39]; «активну поведінку суб'єкта, яка виявляється у виконанні юридичних обов'язків, зафіксованих в адміністративно-правових нормах» [6, с. 54].

Що стосується громадян, для них виконання досить тісно переплітається із «опосередкованим закріплением заборон», приклади яких ми наводили при характеристиці проявів додержання як форми реалізації адміністративно-правових норм. Так, наводячи в якості прикладу норми чч. 7 та 8 ст. 5 Закону, з аналізу змісту яких вбачається припис дотримання вимог до звернень (ч. 7 ст. 5 – «у зверненні має бути зазначено прізвище, ім'я, по батькові, місце проживання громадянина, викладено суть порушеного питання, зауваження, пропозиції, заяви чи скарги, прохання чи вимоги; письмове звернення повинно бути підписано заявником (заявниками) із зазначенням дати; в електронному зверненні також має бути зазначено електронну поштову адресу, на яку заявити може бути надіслано відповідь, або відомості про інші засоби зв'язку з ним»), можна було б вказати, що це може бути і проявом виконання, адже йдеться про певні необхідні дії, які слід виконувати, що, по суті, є обов'язками (у тому сенсі, що обов'язками вони стають за умови обрання особою такого варіанту поведінки, як стати учасником відносин у сфері звернення громадян, тобто своїми активними діями особа скористалась наданим їй правом на звернення). Натомість оскільки наступна частина ст. 5 встановлює певні негативні наслідки (ч. 8 ст. 5: «звернення, оформлене без дотримання зазначених вимог, повертається заявити з відповідними роз'ясненнями...»), це може бути й реалізацією заборонних норм, тобто додержанням. На користь визнання наведеної в якості прикладу норми як можливого прояву реалізації зобов'язальних норм (тобто виконання), можна також навести й такий аргумент, як необхідність при виконанні здійснення певної активної поведінки (наприклад, обов'язкова вказівка необхідних реквізитів). Все це підкреслює неоднозначність та складність проведення розмежування відповідних форм реалізації адміністративно-правових норм, про яку подекуди вказується у доктрині адміністративного права. І якщо у більш

ранніх джерелах з адміністративного права розглядалися лише два способи реалізації вимог, які вміщувались в адміністративно-правових нормах, – їх виконання та застосування, де для виконання адміністративно-правових норм характерним вважалось необхідність виконання вимог конкретної норми будь-ким, до кого вона звернена [8, с. 96, 97], то нині в адміністративно-правовій доктрині знаходимо обґрунтування (при виокремленні вже чотирьох форм реалізації адміністративно-правових норм: додержання, виконання, використання та застосування), що додержання «є конкретним вираженням виконання» [9, с. 81].

Вказане стосується і норми ч. 1 ст. 8 Закону про звернення щодо закріплення обов'язку для громадян у письмовому зверненні зазначати місце проживання, підписання звернення автором (авторами). Прямих же обов'язків для громадян як суб'єктів звернення Закон не закріплює, що в принципі є логічним, адже сам Закон спрямований на реалізацію права на звернення.

Прикладами закріплення опосередкованих (не-прямих) обов'язків для адресатів звернення, є: ч. 1 ст. 7 Закону щодо обов'язку прийняття звернень, оформленіх належним чином; норма ст. 3 Закону щодо обов'язку ведення діловодства зі звернень громадян у порядку, який встановлюється Кабінетом Міністрів України; норма ч. 1 ст. 20 Закону щодо встановлення граничних термінів розгляду звернень громадян (не більше одного місяця від дня їх надходження; невідкладно, але не пізніше п'ятнадцяти днів від дня їх отримання; неможливості перевищення загального терміну вирішення питань, порушених у зверненні, – сорока п'яти днів); норма ч. 3 ст. 22 Закону щодо обов'язку визначення керівниками органів державної влади, місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій порядку прийому громадян; норма ч. 4 ст. 22 Закону щодо проведення реєстрації усіх звернень громадян на особистому прийомі керівників; норма ч. 4 ст. 22 Закону щодо повідомлення письмово або усно про результати розгляду, коли звернення здійснювалось на особистому прийомі.

Прикладами безпосереднього (прямого) встановлення певних обов'язків для вказаних суб'єктів, є норми: ч. 3 ст. 7 Закону про звернення, в який закріплено обов'язок направлення за належністю відповідному органу чи посадовій особі звернення та повідомлення про це громадянину, який подав звернення, якщо питання, порушені в одержаному відповідним органом зверненні, не входять до його повноважень; ч. 1 ст. 14 Закону, в який встановлено обов'язок розгляду про-

позицій (зауважень) громадян; ч. 2 ст. 14 та ч. 2 ст. 16 Закону щодо особистого розгляду першими керівниками державних органів, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій пропозицій (зауважень) та скарг Героїв Радянського Союзу, Героїв Соціалістичної Праці, інвалідів Великої Вітчизняної війни; ч. 1 ст. 15 Закону щодо обов'язку об'єктивно і вчасно розглядати заяви (клопотання), перевіряти викладені в них факти, приймати рішення відповідно до чинного законодавства і забезпечувати їх виконання, та щодо повідомлення громадян про наслідки розгляду їх заяв (клопотань); ч. 3 ст. 15 Закону щодо обов'язку надання відповіді за результатами розгляду заяв (клопотань) громадян в обов'язковому порядку тим органом, який отримав ці заяви і до компетенції якого входить вирішення порушених у заявах (клопотаннях) питань, за підписом керівника або особи, яка виконує його обов'язки; ч. 4 ст. 15 Закону щодо обов'язку у разі відмови у задоволенні вимог, викладених у заявлі (клопотанні), довести відповідне рішення до відома громадянина в письмовій формі з посиланням на Закон і викладенням мотивів відмови, а також із роз'ясненням порядку оскарження прийнятого рішення.

Прикладом закріплення прямих обов'язків є ч. 19 Закону, в якій закріплена низка безпосередніх обов'язків органів державної влади, місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, об'єднань громадян, ЗМІ, їх керівників та інших посадових осіб щодо розгляду заяв чи скарг. Також закріплюють прямі обов'язки ч. 3 ст. 20 Закону щодо першочергового порядку розгляду звернень громадян, для яких законодавством встановлено пільги та ч. 22 Закону щодо встановлення обов'язку проведення особистого прийому громадян керівниками та іншими посадовими особами органів державної влади, місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, об'єднань громадян;

Отже, у Законі про зверненні громадян йдеється в основному про обов'язки суб'єктів, яким адресовані відповідні звернення. І найбільша кількість його норм закріплює ці обов'язки безпосередньо, опосередкована форма закріплення теж має місце, натомість не є поширеною щодо вказаних суб'єктів. Щодо прояву індивідуальних та колективних форм у реалізації норм Закону у формі виконання, якихось особливостей порівняно із додержанням ми не виявили, щодо громадян можливим є прояв у будь-якій з означених форм. При цьому окрім не виокремлюються норми, які

б передбачали лише «обов'язкову колективну» форму реалізації.

В адміністративно-правовій доктрині використання визначають як «активну поведінку суб'єкта адміністративних правовідносин щодо здійснення наданих йому юридичних прав (можливостей)» [4, с. 45; 5, с. 158; 7, с. 39]; «активну поведінку суб'єктів, що виявляється у здійсненні наданих їм адміністративно-правовими нормами юридичних прав» [6, с. 54]. Отже, з наведених визначень вбачається, що використання є формою реалізації уповноважуючих (інші назви – дозвільні, диспозитивні, управомочні) адміністративно-правових норм, і ця форма реалізації передбачає активну поведінку, коли суб'єкту використання слід здійснити певні дії. При цьому суб'єкт сам вирішує, скористатись наданим адміністративно-правовою нормою правом чи утриматись від його використання [9, с. 81].

Прикладом закріплення можливості прояву виконання як форми реалізації норм Закону України про звернення для громадян, є: ст. 18, у якій закріплено низка прав громадянина при розгляді заяви чи скарги. У цій нормі вбачається можливість здійснення відповідних прав як в індивідуальній, так і в колективній формі, і при цьому не передбачено жодного права, яке могло б бути здійснене лише у колективній формі, тобто в обов'язковій колективній формі. Всі закріплені у відповідній статті права можуть бути здійснено або в індивідуальній, або у добровільній колективній формі. Прикладами є і ч. 2 ст. 20 Закону про звернення щодо права громадянина вимагати скороченого терміну розгляду свого звернення (щоправда, це право не є беззаперечним, воно «обтяжене» певними умовами: належне обґрутування такої вимоги та оформлення її обов'язково у письмовому вигляді); і ч. 4 ст. 22 Закону про звернення щодо можливості виявлення бажання громадянином про усне повідомлення йому про результати розгляду його звернення на особистому прийомі керівника органу, підприємства, до якого він звернувся.

Щодо адресата звернення прикладом певної диспозитивності у побудові норми стосовно використання чи невикористання закріпленого у ній варіанту поведінки, є конструкція «може бути», адже у цьому випадку завжди є протилежна альтернатива – «а може і не бути». Відтак певні можливості у використанні, на наш погляд, вміщує норма ч. 2 ст. 17 Закону про звернення. Гарантію щодо унеможливлення зловживання наданою формою реалізації завжди є можливість оскарження рішення, ухваленого не на користь громадянина.

Крім означененої вище конструкції є й інші варіанти нормативного закріплення. Наприклад, видається, що закріплення у ст. 23 Закону положення про те, що вищі посадові особи держави – Президент України, Голова Верховної Ради України, Прем'єр-міністр України здійснюють прийом у встановленому ними порядку, є своєрідним варіантом диспозитивної норми. Адже сам порядок прийому встановлюється на їх розсуд. Щоправда у цій нормі є й елементи імперативності – якщо розглядати її з позиції того, що такий порядок у будь-якому випадку має бути встановлений вказаними вищими посадовими особами держави. На офіційних сайтах відповідних органів та посадових осіб такі порядки розміщені.

Отже, як це і має бути, уповноважуючі (дозвільні, диспозитивні, управомочні) норми Закону про звернення здебільшого адресовані громадянам, як суб'єктам звернення. Закріплюються вони, як правило, у прямій формі, як певні надані вказаним суб'єктам права, якими вони можуть скористатись, а можуть і не скористатись, на свій розсуд. Форма реалізації вказаних прав (за умови обрання саме такого варіанту активної поведінки) може бути як індивідуальною, так і «добровільною колективною». Для адресатів звернення таких норм у Законі майже не вміщується, а ті що є – закріплено в опосередкованій формі.

Декілька слів зазначимо про відмінності законодавчих вимог до індивідуальних та колективних звернень і, зокрема, вимог до електронних петицій як різновиду колективних звернень громадян. Досить цікавим є саме перехід від індивідуальної форми звернення до колективної. Так, відповідно до ч. 2 ст. 23-1 Закону про звернення автор (ініціатор) петиції може бути й один, натомість у подальшому до неї має приєднатись певна кількість громадян, і при цьому строк для такого приєднання чітко фіксований і не може бути подовжений. Саме тому ч. 3 ст. 5 Закону про звернення характеризує електронну петицію як особливу форму колективного звернення. Отже, саме цей різновид звернень громадян є обов'язковою колективною формою звернень, коли інакше відповідне право не може бути реалізоване. У ст. 23-1 закріплено низка обов'язків відповідних органів державної влади, органів місцевого самоврядування та громадських об'єднань під час збору підписів на підтримку електронної петиції. Виконання цих обов'язків є проявом виконання як форми реалізації норм Закону щодо електронних петицій. Досить позитивною тенденцією з точки зору реалізації прав громадян на звернення, є закріплення у цій статті положення про те, що електронна пе-

тиція, яка в установлений строк не набрала необхідної кількості голосів на її підтримку, після завершення строку збору підписів на її підтримку розглядається як звернення громадян відповідно до Закону про звернення.

Висновки. Отже, норми Закону про звернення вміщують певні недоліки законодавчого регулювання окреслених у ньому питань, починаючи від окреслення суб'єктів, діяльність яких ним регулюється, продовжуючи наявністю нечітких термінів, та закінчуєчи неоднаковими для сприйняття нормами, зі змісту яких можна зробити протилежні висновки. Враховуючи існуючий поділ на такі типи реалізації норм права, як безпосередня та правозастосовна реалізація [10, с. 235], з аналізу норм Закону України «Про звернення громадян» простежується чітка можливість як для індивідуальних, так і для колективних звернень (і у формі «добровільних колективних», і у формі «обов'язкових колективних»), тобто можливість реалізації норм цього Закону для громадян як суб'єктів звернень у формах додержання (дотримання), виконання і використання, а для адресатів звернень – у всіх чотирьох формах (до вказаних вище додається й застосування). Щодо виокремлення «обов'язкової колективної» та «добровільної колективної» форми реалізації норм Закону про звернення, слід зазначити, що обидві з них закріплені у вказаному Законі, щоправда добровільна форма є поширенішою, обов'язкова передбачена лише нормами про електронні петиції. Коли йдеться про «звичайні» звернення, положення норм Закону про звернення можуть бути реалізовані як в індивідуальній, так і в колективній формі. Коли ж йдеться про електронні петиції, тут початок може бути як індивідуальним, так і колективним, натомість, враховуючи, що кінцева мета такого звернення може бути досягнута лише при набрані необхідної кількості голосів – можна казати про «лише колективну» або «обов'язкову колективну» форму реалізації. Перспективним напрямком подальшого дослідження норм Закону

про звернення є виявлення особливостей нормативного врегулювання поведінки, яка відповідає ознакам застосування як форми реалізації правових норм специфічним суб'єктом.

Перелік посилань

1. Скакун О. Ф. Теорія права і держави : [підручник] / О. Ф. Скакун. — К. : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. — 520 с.
2. Петров Г. И. Сущность советского административного права / Г. И. Петров. — Ленинград : Изд-во ЛГУ, 1959. — 184 с.
3. Про звернення громадян : Закон України від 02.10.1996 р. (із змінами) № 393/96-ВР / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 47. — Ст. 256.
4. Курс адміністративного права України : [підручник] / [Колпаков В. К., Кузьменко О. В., Пастиух І. Д. та ін.] ; за ред. В. В. Коваленка. — К. : Юрінком Интер, 2012. — 808 с.
5. Коломоєць Т. О. Вступ до навчального курсу «Адміністративне право України» : [навч. лекція] / Т. О. Коломоєць, В. К. Колпаков. — К. : Ін Юре, 2014. — 240 с.
6. Загуменник В. І. Адміністративне право України: основні категорії та поняття : [навчальний посібник] / Загуменник В. І., Мусієнко В. В., Проценко В. В. ; під заг. ред. О. Х. Юлдашева. — Бендери-Київ : Поліграфіст, 2010. — 512 с.
7. Коломоєць Т. О. Адміністративне право України. Академічний курс : [підручник] / Т. О. Коломоєць. — К. : Юрінком Интер, 2011. — 576 с.
8. Козлов Ю. М. Предмет советского административного права / Ю. М. Козлов. — М. : Изд-во Московского университета, 1967. — 160 с.
9. Загуменник В. І. Адміністративне право України. Збірник основних питань та відповідей (загальна частина) : [навч. посіб.] / В. І. Загуменник, В. В. Проценко ; під заг. ред. О. Д. Крупчана. — Бендери-Київ : Поліграфіст, 2012. — 444 с.
10. Загальна теорія права : підручник / За заг. ред. М. І. Козюбри. — К. : Вайте, 2015. — 395 с.

Dreptul constituțional

КОНСТИТУЦИОННЫЕ АСПЕКТЫ ПРИНЦИПА РАВЕНСТВА МЕЖДУ МУЖЧИНАМИ И ЖЕНЩИНАМИ: УКРАИНА И ЕВРОПЕЙСКИЙ ОПЫТ

Анна ЖУРАВЛЕВА,

кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой конституционного и трудового права
Запорожский национальный университет

SUMMARY

Based on the analysis of the state legal regulation, administrative and judicial practice, reports of international and human rights organizations author of the article reveals some aspects of ensure equality between men and women in Ukraine with European prevention and limitation of discrimination experience. Administrative and judicial practice should be oriented to the application of the provisions of legislative acts such a manner that difference in treatment of persons who are in the same situation consistent with the principle of proportionality.

Keywords: anti-discrimination test, discrimination, equality, men's rights, women's rights.

РЕЗЮМЕ

На основе анализа состояния законодательного регулирования административной и судебной практики, отчетов международных и правозащитных организаций автор в статье раскрывает отдельные аспекты обеспечения равенства между мужчиной и женщиной в Украине с учетом европейского опыта предупреждения и ограничения дискриминации. Административная и судебная практики должны быть ориентированы на применении положений актов законодательства таким образом, чтобы разница в обращении с лицами, которые находятся в одинаковом положении, соответствовала принципу пропорциональности.

Ключевые слова: антидискриминационный тест, дискриминация, равенство, права женщин, права мужчин

Введение. Стандарты защиты прав человека с точки зрения обеспечения равенства между мужчиной и женщиной должны соответствовать международным стандартам защиты, которые являются по своей природе минимальными. Это также накладывает соответствующие стандарты на национальное законодательство и практику его применения. В частности, они должны согласовываться с существующим сводом международно-правовых норм в области прав человека; иметь фундаментальный характер и основываться на присущих человеческой личности достоинств и ценностей; быть достаточно определенным, служить источником прав и обязанностей, которые поддаются определению и осуществлению; предусматривать, если это уместно, реалистический и эффективный механизм осуществления, в том числе системы представления докладов; пользоваться широкой международной поддержкой [1].

В то же время, общая картина с состоянием обеспечения равенства в правах между мужчиной и женщиной в Украине не является безупречной. В частности, женщины сталкиваются с дискриминацией во многих важных сферах жизни, причем в некоторых сферах положение значительно хуже, чем в других. Индекс гендерного равенства Программы

развития Организации Объединенных Наций от 2014 года, который измеряет «степень, до которой национальные достижения в области репродуктивного здоровья, расширения прав и возможностей и участия на рынке труда нивелируются гендерным неравенством», дает Украине 0,326 балла рейтинга восемьдесят третьей с 187 оцениваемых стран. Отчет Всемирного экономического форума «Глобальный гендерный разрыв» от 2014 года, измеряющий гендерный разрыв участия в экономике, политической жизни, образовании и здравоохранении, отдает Украину пятьдесят шестое место из 142 стран по оценке 0,706.

Указанное обуславливает актуальность исследования проблем обеспечения равенства между мужчиной и женщиной. Этой проблеме уделяли внимание такие отечественные и зарубежные ученые, как М. Витрук, Л. Воеводин, Н. Грицак, А. Дацковская, К. Левченко, А. Лушников, Т. Марценюк, М. Новак, С. Погребняк, С. Рабинович, Р. Сандер, А. Уварова, Г. Холевски и др.

В этой статье автор имеет целью раскрыть отдельные аспекты обеспечения равенства между мужчиной и женщиной в Украине с учетом европейского опыта предупреждения и ограничения дискриминации. С этой целью будет исследовано

состояние законодательного регулирования, соответствующая административная и судебная практика, а также отчеты международных и правозащитных организаций.

Основная часть. Человечеству известна длинная история борьбы за становление равенства прав и свобод женщин и мужчин. От появления патриархальной семьи, которая пришла на смену матриархата в период неолита (6 тыс. До н.э. - нач. 4 тыс. До н.э.), она продолжается до настоящего времени с периодическим обострением[2, с. 29].

С конца XIX в. женщины, которые занимали активную гражданскую позицию, начали объединять свои усилия: это привело к тому, что движение за права женщин получило массовое распространение сначала в Великобритании и США, а впоследствии и во всем мире. Наиболее ярким его воплощением стало движение феминисток.

Как таковой, феминизм нельзя считать какой-то единой идеологией, так как существует большое количество его течений и групп. По общепринятым определениям, феминизм - это общественно-политическое движение за эмансипацию женщин (то есть за предоставление женщинам всей полноты прав и свобод наравне с мужчинами) [3, с. 704].

Выделяют три основные исторические периоды развития феминизма. Первый период - связан с суфражизмом (от фр. Suffrage - избирательное право) (кон. XIX - нач. XX в.в.) - движением за предоставление женщинам избирательных прав. Именно в это время была выдвинута идея об отсутствии только одного верного «естественного призвание» женщины - поддерживать домашний уют. Первыми в мире общее и равное (по сравнению с мужчинами) избирательное право получили женщины Новой Зеландии (1893), в Европе - женщины Великого княжества Финляндского в составе Российской империи (1906) [3, с.705]. 10 декабря 1948 года Генеральная Ассамблея ООН приняла Всеобщую декларацию прав человека, в частности, в ст. 2 которой сказано, что «каждый человек должен обладать всеми правами и всеми свободами, провозглашенными настоящей Декларацией, без различия расы, цвета кожи, пола ...» [4]. Все это стало первым весомым шагом на пути к становлению юридического равенства прав и свобод, так как именно с этого момента женщины получили легальный способ влияния на политику государства по отношению к ним - перестали надеяться только на милость мужчин-чиновников. Сейчас, последними избирательное право на муниципальных выборах, которые состоятся в декабре 2015 года, получили жительницы Саудовской Аравии[5].

На второй период развития феминизма (нач. 60-х

- кон. 80-х годов XX в.) приходится развертывания движения за фактическое равенство прав и свобод женщин и мужчин. В отличие от суфражисток, которые прежде всего стремились к преодолению неравенства в политической сфере, на законодательном уровне, феминистки «второй волны» пошли дальше, в частности начали заниматься решением проблем, связанных с фактическим неравенством возможностей женщин и мужчин во всех сферах общественной жизни: семейных отношениях, труду, общественном устройстве, предпринимательской деятельности. В итоге, было принято отдельный международно-правовой акт - Конвенция ООН о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (1979), в котором окончательно отменено любую дискриминацию женщин по признаку пола [6].

Ряд исследователей проблемы равенства прав и свобод женщин и мужчин дополнительно выделяют третий период развития феминизма (с нач. 90-х годов XX в. до наших дней) - в котором решения проблемы дискриминации по признаку пола соединилось с движениями против торговли людьми, расизма, насилия в семье, сексуальной эксплуатации и т.д. [7].

Исследуя отечественную историю движения за равенство прав и свобод женщин и мужчин, следует обратить внимание на то, что избирательное право женщин в Украине (которая тогда находилась в составе Российской империи) появилось 15 апреля 1917 - и стало одним из первых в Европе. Среди последних из женщин в Европе, которые получили избирательное право, можно считать женщин Лихтенштейна в 1986 году [8, с.87].

В советские времена, равенство прав и свобод женщин и мужчин гарантировалось на всесоюзном уровне ст. 122 Конституции СССР (1936) [9] и ст. 35 Конституции СССР (1977) [10]. Большое внимание уделялось уважению к женщине, заботе за ее здоровьем, сочетанию труда женщины и материнства, ее участия в социально-экономической и политической жизни советского общества и тому подобное.

Вскоре после провозглашения независимости Украины, 28 июня 1996 года была принята Конституция Украины, ст. 24 которой окончательно закрепила юридическое равенство прав и свобод женщин и мужчин в Украине [11].

В соответствии с Всеобщей декларацией прав человека (1948), Международного пакта о гражданских и политических правах (1966), Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (1966), Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950), Протокола № 12 к Конвенции о защите прав человека и

основных свобод (ETS № 177) (2000 г.), Конвенции о политических правах женщин (1952) и Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (1979), был принят Закон Украины «Об обеспечении равных прав и возможностей женщин и мужчин» от 8 сентября 2005 [12] и Закон Украины «О принципах предотвращения и противодействия дискриминации в Украине» от 6 сентября 2012 [13].

В соответствии с Законом Украины «Об обеспечении равных прав и возможностей женщин и мужчин», гендерное равенство - это равный правовой статус женщин и мужчин и равные возможности для его реализации, позволяет лицам обоих полов принимать равное участие во всех сферах жизнедеятельности общества. Не считаются дискриминацией по признаку пола (так называемая позитивная дискриминация):

- 1) специальная защита женщин во время беременности, родов и грудного вскармливания ребенка;

- 2) обязательная срочная служба для мужчин, предусмотренная законом;

- 3) разница в пенсионном возрасте для женщин и мужчин, предусмотренная законом;

- 4) особые требования по охране труда женщин и мужчин, связанные с охраной их репродуктивного здоровья;

- 5) положительные действия - специальные временные меры, направленные на устранение дисбаланса между возможностями женщин и мужчин реализовывать равные права, предоставленные им Конституцией и законами Украины [12].

Так, процентное соотношение полов в общей численности населения не изменяется и составляет 53,9% женщин среди общего количества населения. Доля женщин в возрасте 65 лет и старше составляет 28% женского населения, мужчин - соответственно 20% мужского населения.

Доля женщин среди высших руководящих кадров государственной службы увеличилась до 28,3% в 2013 году, доля женщин среди высших руководящих кадров органов местного самоуправления - до 6,7%. По состоянию на 1 марта 2014 доля женщин среди судей всех судов составила 49,7% [14, с. 7-8].

Вопрос гендерного равенства включено в ряд ведущих международных отчетов, свидетельствует о важности ценности гендерного равенства. В частности, индекс по гендерному равенству (Gender Equality Index) - один из важных компонентов ежегодного международного отчета с человеческого развития Программы развития ООН (UNDP Human Development Report). По состоянию

на 2014 Украина занимает 83 место по уровню развития человеческого потенциала [15]. В Отчете по глобальному гендерному разрыву 2014 (Global Gender Gap Report 2014), что готовится Всемирным экономическим форумом (World Economic Forum), измеряемая величина гендерного разрыва (gender gap) в четырех важных сферах неравенства между мужчинами и женщинами: экономическое участие, уровень образования, политическое представительство и сфера здоровья. В 2014 году Украина занимала 56 место с 142 исследуемых стран (чем выше позиция в списке, тем больше страна близка к гендерному равенству) [16].

3% женщин лично сталкивались с любой из форм дискриминации, 11% женщин имели опыт испытать хотя бы один вид дискриминации, 5% - множественной дискриминации. Экстраполируя эти процentsы на абсолютные цифры можно утверждать, что опыт дискриминации имеют более 1,5 миллиона женщин, а опыт множественной дискриминации - более 700 000 женщин [14, с. 13].

Женщины в Украине составляют значительную часть (48%) экономически активного населения. В возрасте 25-39 лет экономическая активность женщин составляет более 90%. Несмотря на такую положительную динамику, средняя заработная плата мужчин в Украине на 23% превышает среднюю заработную плату женщин. Большая часть женщин (87%) не знает, что неравенство в оплате труда является нарушением их прав. Следует обратить внимание на то, что еще по советской традиции законодательством Украины запрещено более 500 профессий и специальностей для женщин. Сегодня только 22% бизнеса в Украине принадлежит женщинам. В европейских странах этот показатель вдвое выше [14, с. 13]. В общем ситуация такая, что в законодательстве сохраняются необоснованные ограничения для женщин, которые часто основаны на сексистских стереотипах. В частности, это приобретает следующие формы: во-первых, положения, препятствуют (или ограничивают) возможности женщин по выполнению определенных видов работ; во-вторых, положения, которые предназначены для предоставления преимуществ или преференций для женщин через различные формы государственной помощи, но на самом деле укрепляют негативные гендерные стереотипы [2, с. 32].

Информация о судебных разбирательствах по делам, вероятно связанным с дискриминацией по полу, полученная от Государственной судебной администрации Украины, свидетельствует, о том, что «... предоставить статистическую информацию о количестве решений суда по уголовным, гражданским делам и делам об административных

правонарушениях, связанных с гендерной тематикой и количества судебных решений, которыми подтверждаются факты дискриминации женщин нельзя, потому что такая информация в отчетности судов отдельно не выделяется. Кроме этого, в случае совершения нескольких преступлений учет ведется по статье Уголовного кодекса Украины, санкции которого предусматривают более строгое наказание. Поэтому некоторая часть преступлений исследуемой категории может быть не учтена в отчетности судов ». За период с 2012 по 2014 год в Украине впервые были рассмотрены два судебных дела о дискриминации женщин, которые были представлены общественной организацией «Ла Странда - Украина» против премьер-министра Азарова за его дискриминационное высказывание о том, что женщинам не место в правительстве; и против МВД за дискриминацию женщин при приеме в вузы. В обоих случаях суды первой инстанции обнаружили дискриминации по признаку пола, апелляционные и высший суды оставили решение неизменными [14, с. 17].

Вместе с тем следует подчеркнуть, что значительное количество положений законодательства и практика его применения является дискриминационной по отношению к мужчинам. Например, Закон Украины «О государственной помощи семьям с детьми» в статьях 181 - 183 предусматривает ряд дискриминационных положений, в силу которых мужчины-одиночки лишаются такой помощи по сравнению с матерями-одиночками. Так же, Закон Украины «О службе в органах местного самоуправления» в частях 1, 2 статьи 17 предусматривает, исключения из требования обязательного прохождения аттестации каждые четыре года не распространяют на мужчин, которые находятся в отпуске по уходу за ребенком или после родов своей женщины, устанавливает неоправданную разницу в правовом регулировании, которое ставит их в очевидное положение по сравнению с женщинами этой же категории.

Напротив в практике Суда ЕС сложился противоположный подход к данному вопросу. В решении от 19.09.2013 г. по делу C-5/12 Суд ЕС признал, что Директива 92/85 от 19 октября 1992 о принятии мер по улучшению безопасности и охраны здоровья на производстве беременных работниц, работниц, которые недавно родили или кормят и Директива 76/207 от 9 февраля 1976 об имплементации принципа равного отношения к мужчинам и женщинам в сфере занятости, доступе к профессиональному обучению и возможностей быть повышенным, а также об условиях труда должны толковаться как такие, которые не исключают национальных пред-

писаний, которые предусматривают, что отец ребенка, который является наемным лицом, вправе с согласия матери, которая также является наемным лицом, взять декретный отпуск в период, следующий за периодом продолжительностью 6 недель после родов, на который матери предоставляется обязательный отпуск. Исключение составляют случаи, когда есть угроза для здоровья женщины. В отличие от этого отец ребенка, который является наемным лицом, не наделен правом на такой отпуск, если мать ребенка не является наемным лицом и не охватывается государственной системой социальной защиты [17].

Трудовое законодательство больше изобилует такого рода положениями, которые фактически дискриминируют мужчин без оправдания разницы в обращении. Например, характерным дискриминационным в отношении мужчин является положение о том, что только женщинам в случае ухода за больным членом семьи предоставляется возможность работать неполный рабочий день (п. 1 ст. 56 Кодекса законов о труде). Хотя возникает вопрос, а как быть человеку в аналогичной ситуации, когда необходим его уход за больной неработающей женой?

Согласно принципу недискриминации, такая необоснованная разница в обращении между мужчинами и женщинами, может быть преодолена судами путем толкования законодательства, ссылаясь на антидискриминационный тест, изложенного в п. 2 ч. 1 ст. 1 с учетом положений ч. 3 ст. 6 Закона Украины «О принципах предотвращения и противодействия дискриминации в Украине».

О способах применения судами антидискриминационного теста дает ответ ч. 5 ст. 13 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей», которая признает возможность судам в случае отклонения от правовой позиции, сформулированной в постановлении Верховного Суда Украины, приводить соответствующие мотивы, ссылаясь на формулу, изложенную п. 2 ч. 1 ст. 1 Закона Украины «О принципах предотвращения и противодействия дискриминации в Украине». В то же время, такая практика соответствует сложившимся подходам, сформулированным Europeanским судом по правам человека, решения которого согласно статье 17 Закона Украины «О выполнении решений и применении практики Europeanского суда по правам человека» признаются источником права в Украине.

На сегодня политика гендерного равенства и гендерного интегрирования является приоритетной для ЕС и выходит за пределы принципа равного отношения и запрета половой дискриминации. Europeanская Комиссия подчеркнула, что равные

возможности для женщин и мужчин является экономически необходимыми, и что примерно одна пятая годового роста ВВП в странах ЕС получена благодаря увеличению количества женщин, которые работают [17].

Важным элементом системы права ЕС является продвижение гендерного равенства (gender mainstreaming). Оно стало неотъемлемой частью политики демократических государств Европы с начала 1980-х гг. А стандарты равного отношения к женщинам и мужчинам вошли как к первичному, так и к вторичному законодательству ЕС. Термин «гендерный подход» впервые появился в законодательстве ЕС только в Третьей программе действий относительно равных возможностей для различных статей (1991-1995 гг.), а Комиссия ЕС официально обязалась проводить политику, основанную на гендерном подходе в феврале 1996 года [17].

На современном этапе евроинтеграционного процесса главным ориентиром для нашего государства выступает Соглашение об ассоциации между Украиной, с одной стороны, и Европейским Союзом, Европейским сообществом по атомной энергии и их государствами-членами, с другой стороны (Закон Украины о ратификации 16.09.2014 г. № 1678-VII). Глава 21 Соглашения «Сотрудничество в области занятости, социальной политики и равных возможностей» указывает на обязательства Сторон усилить диалог и сотрудничество по обеспечению достойного труда, политики занятости, безопасных и здоровых условий труда, социального диалога, социальной защиты, социального привлечения, гендерного равенства и дискриминации (ст. 419). Соответствующее приложение к Соглашению приводит перечень ключевых Директив ЕС в сфере обеспечения недискриминации и гендерного равенства [17].

Следует отметить, что несмотря на присоединение к международным соглашениям и принятия национального законодательства о равных правах и возможностях женщин и мужчин, в Украине наблюдается нехватка политической воли по реализации гендерных преобразований на уровне руководителей законодательного и исполнительных органов и на уровне местной власти. Очень низким является уровень представленности женщин в общественной и политической жизни. Как следствие, женщины имеют ограниченные возможности влиять на принятие решений, касающихся их жизни, жизни их общин и всей страны. Значительной проблемой остается устойчивость стереотипов относительно распределения ролей мужчин и женщин в обществе и семье.

Интересное наблюдение о законодательных

ограничений работать женщинам в ночное время приводит А. Уварова. Отечественный ученый объясняет запрет работы в ночное время для женщин, за исключением ситуаций, когда на предприятии работают только члены одной семьи, необходимости обеспечить их безопасность, в первую очередь физическую и сексуальную неприкосновенность. При таком варианте государство фактически снимает с себя позитивное обязательство по обеспечению правопорядка и личной безопасности граждан. Подобное ограничение права на труд не может считаться приемлемым в демократическом обществе, поскольку легитимная цель, на которую может ссылаться публичная власть (безопасность женщины), достигается явно непропорциональным и обременительным для самой женщины способом. Кроме того, в обществе в результате такого правового регулирования утверждается представление о женщине как о беззащитном существе, которое всегда требует внешней защиты - или со стороны государства, либо со стороны членов его семьи. Более того, ей даже не предоставляют возможности собственного выбора - работать или не работать ночью.

Второй вариант понимания рассматриваемой нормы ставит под сомнение способность женщины к самоконтролю и поведения, в том числе сексуальному. Ведь запрет работы для женщины в ночное время, кроме случаев ее работы вместе с членами своей семьи, имеет целью исключить возможность нахождения женщины в ночное время с лицами мужского пола, с которыми она не находится в родстве [18, с. 25-26].

Особую проблему в Украине составляет насилие в семье. При общей численности взрослого женского населения примерно 21 млн., средний уровень жалоб на семейное насилие составляет около 160 тыс. в год, при том, что 90% из них принадлежат женщинам, означает, что одна из 145 взрослых женщин ежегодно подает жалобу о насилии в семье. Однако, институты гражданского общества утверждают, что такое количество официальных жалоб является лишь верхушкой айсберга. Согласно оценкам Ла Страда - Украина, количество жалоб отражает лишь 10-15% от общего количества инцидентов [2, с. 46]. Раздел III Закона Украины «О предупреждении насилия в семье» предусматривает ряд мер по предотвращению такого явления, реализация которых зависит от качества административной практики Национальной полиции принимает решение об объявлении предупреждения лицу, совершившему насилие, и занесения его в соответствующий реестр для обеспечение профилактического учета таких случаев

и принятия реабилитационных мероприятий с целью дальнейшего недопущения насилия в семье. На сегодня положение дел таково, что не в каждой области функционируют приюты для лиц, пострадавших от насилия в семье (на начало 2015 таких было всего лишь 15 в крупнейших городах Украины), в которых довольно слабо оказывается психологическая и юридическая помощь. И даже такая ограниченная помощь не предоставлялась тем, кто не был зарегистрирован в этом городе [19].

В свою очередь, в сфере занятости женщины в Украине сталкиваются с существенной дискриминацией и неблагоприятным положением, включая: практику дискриминационного найма; ниже, чем у мужчин, заработную плату за такую же работу; трудности при возвращении на рабочее место после отпуска по беременности и родам; иексуальные домогательства на рабочем месте [20].

Выводы. При обеспечении равенства в правах между мужчиной и женщиной можно выделить два основных направления обеспечения недопущения дискриминации.

Во-первых, при принятии актов законодательства важно их правовая экспертиза в соответствии с антидискриминационным тестом может существенно ограничить формы проявления прямой и косвенной дискриминации. Согласно этим правилам разница в поведении при одинаковых обстоятельствах должна основываться на законе, быть общественно необходимой и такая разница должна быть достаточной и соразмерной мерой для обеспечения выравнивания в положении этих лиц.

Во-вторых, в административной и судебной практике обеспечения принципа запрета дискриминации может быть преодолена путем толкования законодательства, ссылаясь на антидискриминационный тест, изложенный в п. 2 ч. 1 ст. 1 с учетом положений ч. 3 ст. 6 Закона Украины «О принципах предотвращения и противодействия дискриминации в Украине». Суды также должны иметь в виду состоявшуюся практику Европейского суда по правам человека, решения которого в Украине официально признаются источником права.

Библиографические ссылки:

1. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН № 41/120 від 04.12.1986 р. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/resolution/gen/nr0/500/56/img/nr050056.pdf?OpenElement>
2. На межі. Вирішення проблем дискримінації та нерівності в Україні / Equal Rights Trust у партнерстві з правозахисним ЛГТБ центром «Наш Світ». – Лондон, 2015. – 443 с.
3. Брокгауз Ф.А., Ефрон И.А. Энциклопедический словарь / Ф.А. Брокгауз, И.А. Ефрон. – Санкт-Петербург: «Брокгауз-Ефрон». Т. XLa, 1904. – 956 с.
4. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_015.
5. Історичне рішення: жінки Саудівської Аравії вперше зможуть проголосувати на виборах [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://tsn.ua/svit/istorichne-rishennya-zhinkisaudivskoyi-araviyi-vpershe-zmozhut-progolosuvati-na-viborah-480106.html>.
6. Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18.12.1979 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_207.
7. Third-Wave Feminism [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://civilliberty.about.com/od/gendersexuality/p/third_wave.htm.
8. Донченко Ю., Смоляніков С. Жіноче виборче право в Європі / Ю. Донченко, С. Смоляніков // Вісник Центральної виборчої комісії. – 2007. – №1(7). – С. 82-87.
9. Конституция (Основной Закон) СССР от 05 декабря 1936 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1936.htm>.
10. Конституция (Основний Закон) СРСР від 07.10.1977 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/n0001400-77>.
11. Конституція України від 28.06.1996 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
12. Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» від 08.09.2005 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2866-15>.
13. Закон України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» від 06.09.2012 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5207-17>.
14. Доповідь про виконання Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок в Україні. Восьма періодична доповідь. – К: Міністерство соціальної політики України, 2014. – 69 с.
15. Human Development Report, Gender Equality Index, UNDP [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://hdr.undp.org/en/statistics>.
16. The Global Gender Gap Report 2014. – Geneva: World Economic Forum, 2014. – Р. 358. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www3.weforum.org/docs/GGGR14/GGGR_CompleteReport_2014.pdf.
17. Рівність за ознакою статі в економічній сфері: зобов'язання України перед ЄС (ключові Директиви ЄС щодо забезпечення гендерного балансу на ринку праці та в професійній діяльності, їх розвиток у практиці Суду Справедливості) / Упорядник О.О. Уварова. – Х.: Вид-во «НТМТ», 2015. – 150 с.
18. Уварова О. Бар'єри, механізми і належні практики в сфері доступу жінок до правосуддя в Україні / О. Уварова; Сприяння доступу жінок до правосуддя у п'яти країнах Східного Партнерства. – Харків, 2015. – 93 с.
19. United States Department of State, Human Rights Report 2011: Ukraine, 2012. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.state.gov/documents/organization/186627.pdf>
20. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding Observations: Ukraine, UN Doc. CEDAW/C/UKR/CO/7. - 5 February 2010. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://l.facebook.com/l.php?u=http%3A%2F%2Fwww2.ohchr.org%2Fenglish%2Fbody%2Fcedaw%2Fdocs%2Fco%2FCEDAW-C-UKR-CO-7.pdf&h=GAQEG8CBj>

Dreptul european

ВОПРОСЫ ОНТОЛОГИИ АССОЦИАЦИИ В ДОКТРИНЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Ярослав КОСТЮЧЕНКО,

кандидат юридических наук,

докторант Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

SUMMARY

The article is devoted to the definition of a legal nature, essence, forms and other issues in the doctrine of ontology Association of the European Union; It defines the concept and characteristics of the association in the contract law of the European Union; marked features of the association agreements with the European Union countries such as Moldova, Ukraine and others; characterized by the purpose and form of the association of the European Union with third countries; discusses specific examples from the association in the doctrine of the European Union; analyzed the main directions of cooperation between the European Union and other countries, based on the Association Agreements.

Keywords: European Union, an association, a doctrine, a third country, the Association Agreement, the forms, purposes.

* * *

Статья посвящена определению правовой природы, сущности, формам и другим вопросам онтологии ассоциации в доктрине Европейского Союза; определяется понятие и особенности ассоциации в договорном праве Европейского Союза; отмечаются характерные черты соглашений об ассоциации Европейского Союза с такими странами как Молдова, Украина и другими; характеризуются цели и формы ассоциации Европейского Союза с третьими странами; рассматриваются на конкретных примерах формы ассоциации в доктрине Европейского Союза; производится анализ основных направлений сотрудничества Европейского Союза с другими странами, основанного на соглашениях об ассоциации.

Ключевые слова: Европейский Союз, ассоциация, доктрина, третьи страны, соглашение об ассоциации, формы, цели.

Введение. Европейский Союз (далее – ЕС) – надгосударственное образование, обладающее всеми атрибутами субъекта международного права, что позволяет ему вступать во всевозможные правоотношения, как со своими членами, так и с другими государствами. Одной из форм международного сотрудничества ЕС с третьими странами является заключение соглашений об ассоциации. Данная форма сотрудничества характеризуется отличительными особенностями, обусловленными спецификой целей, приоритетными направлениями развития отношений с ассоциированными членами, а также другими характерными чертами, которые в совокупности образуют доктрину ЕС в вопросах ассоциации.

Исследование проблемы онтологии ассоциации в праве ЕС является актуальным направлением современной науки международного права, поскольку посредством изучения и разрешения данных вопросов возможно достичь понимания сущности и правовой природы ассоциации, установить причинно-следственную связь между различными этапами развития международных отношений ЕС с третьими странами, в числе которых находится и Украина.

Актуальность темы исследования подтверж-

дается так же недостаточностью научных трудов, посвященных вопросам онтологии ассоциации в доктрине ЕС, что в сочетании с необходимостью проведения комплексного научного анализа поднятой проблемы обуславливает важность и своевременность данной статьи.

Цель статьи. Целью статьи является проведение комплексного анализа вопросов онтологии ассоциации в доктрине ЕС, то есть определение понятие, особенностей и целей заключения соглашений об ассоциации ЕС с третьими странами, а также иных форм ассоциации.

Методы и использованные материалы. Для достижения поставленной цели автор использовал всевозможные методы научного познания. Так, для определения ключевых понятий были применены знания и концепции общей теории права и теории и практики международного права. Анализ соглашений об ассоциации и других документов ЕС совершился посредством использования формально-юридического метода. Использование сравнительного метода дало возможность выявить определенные особенности форм ассоциации ЕС с разными государствами. В статье также использовались другие специальные методы – структурный, системно-логический и т.д.

Для формирования теоретических разработок и выводов, содержащихся в данной статье, использованы материалы специализированной энциклопедической литературы, научных статей, диссертационных исследований, монографий и материалы научных конференций таких учёных, как Т. Н. Анакина, И. О. Березовская, В. И. Муравьёв, Ю. Олийник. Эмпирическую базу исследования составили документы ЕС – Договор о функционировании Европейского Союза, Соглашение об ассоциации с Украиной и др.

Исследование вопросов онтологии ассоциации в доктрине ЕС следует начать с определения ключевого понятия – ассоциация, поскольку именно в содержании данного термина кроется ключ к пониманию сущности соглашений об ассоциации, часто используемых в практике ЕС.

В толковых словарях «ассоциация» определяется, как: 1) объединение лиц, учреждений, организаций одного рода деятельности для достижения общей - политической, научной, хозяйственной и т.п. – цели; 2) группа, соединение, сообщество чего-л. [1, с. 13]; 3) (от лат. *associatio* — соединение) – добровольное объединение физических и (или) юридических лиц с целью взаимного сотрудничества при сохранении самостоятельности и независимости входящих в объединение членов. Ассоциация представляет наиболее «мягкую» форму объединения, совместных действий, взаимопомощи экономических субъектов [2, с. 41].

Таким образом, этимология категории «ассоциация» позволяет сделать вывод о том, что в основе её значении лежат такие термины, как «объединение», «добровольное», «сотрудничество» и др. При этом, следует отметить, что ассоциация представляет собой такую форму объединения, которая предполагает сохранение независимости его участников.

В доктрине международного права, как утверждает И. А. Березовская, под понятием «ассоциация» подразумевается выраженная определенным образом постоянная связь между его субъектами, призванная обеспечить достижение общих целей. Чаще всего ассоциациями называют объединение государств (или зависимых стран и территорий) с международными организациями. При этом ассоциация может иметь характер ограниченного членства в организации, для определения которого обычно используют термин «ассоциированное членство», а может и не сопровождаться таким членством [3, с. 10].

Термин «ассоциация» широко используется в различных сферах, включая международное право и право ЕС. В связи с этим, необходимо обратиться к определению этого понятия в контексте его применения в праве ЕС.

Так, по мнению Ю. Олийник, термин «ассоциация» можно определить как налаживание связей между ЕС и третьим государством или междуна-

родной организацией, основанных на привилегированных договорных взаимоотношениях, направленных на достижение общих целей, которые реализуют паритетные органы, правомочные принимать обязательные для сторон решения, и в рамках которых обеспечено долевое участие ассоциированного партнера в правпорядке ЕС [4, с. 134].

Сформулированная учёным дефиниция достаточно чётко передаёт основной смысл ассоциации в праве ЕС и позволяет акцентировать внимание на таких её характерных чертах, как цели вступления в ассоциацию, пути вступления в соответствующие правоотношения, статус участников ассоциации и др.

При этом следует согласиться с Т. Н. Анакиной в отношении того, что в ЕС ассоциация как организационно-правовая форма взаимоотношений с третьими странами имеет свою специфику и реализуется особым образом. Учёный справедливо отмечает, что понятие «ассоциация» не раскрывается в Соглашение ЕС с Украиной, как и с любым другим государством. Четкая его дефиниция также не приводится ни в одном нормативном акте Союза. На основании анализа содержания учредительных договоров ЕС Т. Н. Анакина сделала вывод о том, что термин «ассоциация» используется в двух основных смыслах. Во-первых, под ним понимается специфическая правовая связь неевропейских стран и территорий, зависимых от отдельных государств-членов ЕС (Великобритания, Дания, Нидерландов, Франции) с Союзом. Правовыми основами отношений Союза с такими территориями служат нормы части IV Договора о функционировании ЕС 1957 г. Во-вторых, указанная категория используется для обозначения правового режима отношений между ЕС и третьими странами или международными организациями в соответствии со ст. 217 Договора о функционировании ЕС и осуществляется на основе международных договоров об ассоциации. В этом случае говорится об ассоциированном партнерстве, которое осуществляется через специально созданные органы и заключается в введении взаимовыгодного усиленного сотрудничества сторон в различных областях предметной компетенции ЕС [5, с. 315].

С выводами учёного следует в целом, согласиться, между тем, они всё же требуют определённого уточнения.

Действительно, одной из форм ассоциации в соответствии с Договором о функционировании ЕС является ассоциация с заморскими странами и территориями.

Так, согласно ст. 198 вышеупомянутого Договора государства-члены соглашаются установить ассоциацию с Союзом неевропейских стран и территорий, которые поддерживают особые отношения с Данией, Францией, Нидерландами и Соединенным Королевством. Эти страны и территории перечислены в списке, содержащемся в приложении II [6].

Онтологическая сущность ассоциации в доктрине ЕС в наибольшей мере выражается через её цели. Они определены в ст. 199. К ним относятся:

1) государства-члены должны применять к своей торговле со странами и территориями такой же режим, какой они предоставляют друг другу согласно Договорам;

2) каждая страна или территория должна применять к своей торговле с государствами-членами и с другими странами и территориями такой же режим, какой она применяет к европейскому государству, с которым поддерживает особые отношения;

3) государства-члены должны содействовать инвестициям, которые требуется для поступательного развития данных стран и территорий;

4) применительно к инвестициям, финансируемым Союзом, участие в торгах и поставках должно быть открыто на равных условиях для всех физических и юридических лиц, которые имеют гражданство (национальность) государств-членов, стран и территорий;

5) в отношениях государств-членов со странами и территориями право учреждения граждан и обществ должно регулироваться в соответствии с положениями и путем применения процедур, которые предусмотрены в главе о праве учреждения, и на недискриминационной основе, при соблюдении специальных положений, принимаемых согласно ст. 203 [6].

Таким образом, особенностями данной формы ассоциации являются: 1) возникает на основании одного из учредительных договоров – Договора о функционировании ЕС и не требует заключения дополнительных соглашений; 2) условия такой ассоциации приравниваются к условиям, установленным для государств-членов ЕС, с которыми установлен особый режим отношений. Случаи применения отдельных условий ассоциации определяются в Протоколах (например, Протокол № 31 – об импорте в ЕС нефтепродуктов, переработанных на Нидерландских Антильских островах, Протокол № 14 – об особом режиме, подлежащем применению к Гренландии и др.); 3) данная форма ассоциации распространяется лишь на ограниченный, чётко определённый круг, стран и территорий – Гренландия, Новая Кaledония и подчинённые ей территории, Французская Полинезия и т.д.; 4) целями такой ассоциации являются сотрудничество во всех направлениях, определённых для государств-членов ЕС, с которыми установлены особый режим правоотношений.

Второй формой является ассоциация с третьими странами и международными организациями, основная на соглашениях об ассоциации. Правомочность ЕС в сфере заключения таких соглашений основана на ст. ст. 216-221 Договора о функционировании ЕС.

Так, в соответствии со ст. 216 Договора ЕС может заключать соглашения с одной или нескольки-

ми третьими странами или международными организациями, когда это предусматривают Договоры, а также в тех случаях, когда заключение соглашения либо является необходимым для достижения в рамках политики Союза одной из целей, указанных Договорами, либо предусмотрено в юридически обязательном акте Союза, либо способно затрагивать общие правила или изменять их действие. В свою очередь в ст. 217 указывается, что Союз может заключать с одной или несколькими третьими странами или международными организациями соглашения о создании ассоциации, характеризующейся взаимными правами и обязанностями, совместными действиями и особыми процедурами [6].

Исходя из анализа вышеизложенных статей, можно сделать вывод о том, что вторая форма ассоциации предусматривает применение особых процедур сотрудничества к третьим странам или международным организациям, отличным от тех, что характерны для стран-участниц ЕС.

Однако, как указывает В. И. Муравьёв, при заключении международных соглашений с третьими странами ЕС широко использует практику включения в эти соглашения положений, аналогичных тем, что содержатся в учредительном договоре или актах институтов ЕС. Этим создаются правовые основания для усвоения установленных в международных соглашениях положений права ЕС во внутренний правопорядок третьих стран [7, с. 13]. Примером таких положений могут послужить некоторые требования, выдвинутые к Украине в Соглашении об ассоциации между Украиной, с одной стороны, и ЕС, Европейским сообществом по атомной энергии и их государствами-членами, с другой [8]; Соглашении об ассоциации с Республикой Молдова [9] и др. Это требования относительно обеспечения верховенства права в соответствующем государстве, предотвращение коррупции, принятие мер по борьбе с преступностью, терроризмом и т.д. Только при выполнении данных условий сотрудничество в форме ассоциации (ассоциированного членства) становится возможным. Между тем, полное отождествление условий и требований, выдвигаемых к государствам-членам и к государствам - ассоциированным членам, было бы ошибочным, поскольку между ними есть существенные отличия. Например, ассоциированные члены, как правило, не принимают участия в разработке и утверждении решений ЕС; они (их граждане) так же лишены возможности пользоваться всеми привилегиями и льготами государств-участниц – доступными являются лишь некоторые из них.

Отсюда следует, что соглашения об ассоциации ЕС с третьими государствами или международными организациями имеет ряд особенностей, которые в наибольшей мере находят своё выражение в целях ассоциации. Одними из последних стран, с которыми ЕС заключил соглашения об ассоциа-

ции, стали Грузия, Молдова и Украина. Следует отметить, что данные соглашения находятся на стадии ратификации странами-членами ЕС. При этом, анализ соглашений об ассоциации с этими странами даёт основание утверждать про некую схожесть целей их заключения.

Так, целями ассоциации ЕС с Украиной признаются:

- а) способствовать постепенному установлению дружеских отношений между Сторонами на основе общих ценностей и особых связей, а также приобщению Украины к принципам ЕС и ее участию в программах и деятельности органов ЕС;
- б) обеспечить надлежащую основу для интенсивного политического диалога во всех областях, представляющих взаимный интерес;

с) продвигать, сохранять и укреплять мирные отношения и стабильность в региональном и международном измерениях согласно принципам Устава ООН, Заключительного акта Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (известного как Хельсинский заключительный акт, от 1975 года), а также целям Парижской хартии для новой Европы (от 1990 года) и др. [8].

Таким образом, можем очеркнуть онтологические особенности ассоциации ЕС с третьими странами или международными организациями: 1) возникает на основании соглашения об ассоциации, в котором чётко прописываются все условия, порядок и способы сотрудничества с ЕС; 2) является следствием необходимости достичь неких общих целей, как правило, в сфере торговли, энергетики, мировой безопасности и др.; 3) государства – ассоциированные члены получают ряд льгот – в отношении визового режима, трудовой миграции, вопросах взыскания пошлины и налогообложения, осуществления правосудия и др., однако, они не могут влиять на политику ЕС.

Помимо перечисленных выше форм ассоциации (про которые упоминала Т. Н. Анакина [5]) в доктрине ЕС, необходимо так же указать на существование третьей формы. В данном случае речь идёт об отношениях ЕС с государствами, по которым членство заменено на ассоциацию (Норвегия, Исландия, Лихтенштейн, Швейцария). Они основаны на Соглашении «О Европейском экономическом пространстве». ЕС консультирует эти государства по проектам законодательства Союза, но они не участвуют в принятии его решений [10]. При этом эти страны могут принимать участие в ряде его интеграционных процессов (например, Норвегия и Исландия являются членами Шенгенского пространства свободного передвижения людей).

Выводы. Ассоциация является одной из форм сотрудничества ЕС с третьими государствами, международными организациями, некоторыми странами и территориями, имеющими особый статус. Она выражается в трёх формах – с государствами, в отношении которых членство заменено на ассо-

циацию; ассоциация с государствами и территориями, с которыми страны-участницы ЕС имеют особую связь; с третьими государствами и международными организациями на основании соглашений об ассоциации. Все эти формы объединяет ряд особенностей: такое сотрудничество характеризуется сохранением относительной национальной независимости стран и территорий в отношениях с ЕС при одновременном возложении на них обязательства по имплементации норм и стандартов ЕС во внутреннем законодательстве. В большинстве случаев, целями ассоциации становится перспектива членства третьих стран в ЕС, основанного на необходимости решения общих задач и более плотного всестороннего сотрудничества.

При этом, во избежание неточностей и неясных моментов, целесообразным является определение в Договоре о функционировании ЕС, а так же в соглашениях об ассоциации понятия «ассоциации». Разработка соответствующих определений должна стать перспективой последующих научных исследований.

Библиографические ссылки

1. Современный толковый словарь русского языка: в 3 т. / под ред. Т. Ф. Ефремовой – М. : АСТ, Астрель, Харвест, 2006. – 368 с.
2. Современный экономический словарь. 5-е изд., перераб. и доп. / Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцева Е. Б. – М. : ИНФРА-М, 2007. – 495 с.
3. Березовська І. А. Правове регулювання відносин Європейського Союзу з асоційованими країнами: автореф. канд. юр. наук: спец. 12.00.11 «Міжнародне право» / І. А. Березовська. – К., 2005. – 15 с.
4. Олійник Ю. Угода «Про асоціацію» ЄС з «третіми» державами: досвід Польщі / Ю. Олійник // Українська національна ідея: реалії та перспективи розвитку. – 2014. – Випуск 26. – С. 133-140.
5. Анакіна Т. М. Асоціація як форма співробітництва Європейського Союзу з третіми державами / Анакіна Т. М. // Правова доктрина - основа формування правової системи держави : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 20-річчю Нац. акад. прав. наук України та обговоренню п'ятитом. моногр. «Правова доктрина України», Харків, 20-21 листоп. 2013 р. – X., 2013. – С. 314–317.
6. Договор о функционировании Европейского Союза: Международный документ [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://eulaw.ru/treaties/tfeu>.
7. Муравйов В.І. Правові засади регулювання економічних відносин Європейського Союзу з третіми країнами (теорія і практика) / Муравйов В. І. – К. : Академ-Прес, 2002. – 426 с.
8. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Міжнародний документ від 27.06.2014 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 75. – Ст. 2125.
9. Acord de asociere între Uniunea Europeană și Comunitatea Europeană a Energiei Atomice și statele membre ale acestora, pe de o parte, și Republica Moldova, pe de altă parte: Jurnalul Oficial al Uniunii Europene [Electronic resource]. – 2014. – Access: <http://dcfta.md/uploads/0/images/large/http-eur-lex-europa.pdf>.
10. Сібекіна А. Ю. Різновиди асоційованих формувань та реальність укладення угоди про асоціацію між україною та ЄС / А. Ю. Сібекіна // Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право. – 2010. – №4-5. – С. 98-104.