

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

**Publicație științifico-practică de drept
„НАЦИОНАЛЬНЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ:**

ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА” O.O.O.

Научно-практическое правовое издание

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

Scientific and practical Publication in law

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

ISSN 2345-1130

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

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 Învățământ
Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată
Întreprinderea cu capital străin «Demsta» S.R.L.**

Se editează din martie 2013

Nr. 1(46) 2021

**Redactor-șef Valeriu Bujor, doctor în drept,
profesor universitar**

Redactor științific O. Bejan, doctor în drept

Colegiul de redacție:

G. Alecu, doctor în drept, prof. univ., (România, Constanța);
L. Arsene; *Gh. Botnaru*; *L. Buga*, doctor în drept; *M.C. Firica*, dr.,
prof. univ., (România); *V. Guțuleac*, doctor în drept, prof. univ.;
I. Guceac, Doctor habilitat în drept, profesor universitar;
E. Haritonov, doctor în științe juridice, profesor, membru-
correspondent al Academiei de Drept din Ucraina, (Ucraina, Odesa);
I. Iațenko, doctor în științe juridice, profesor, academician,
(Federația Rusă, Moscova); *V. Pleșakov*, doctor în științe juridice,
profesor, (Federația Rusă, Moscova); *V. Șepitko*, doctor în științe
juridice, profesor, membru corespondent al Academiei de Drept
din Ucraina, (Ucraina, Harkov); *Al. Tighineanu*, doctor în drept;
*Dj. Vasilo*i, doctor în drept.

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

СОДЕРЖАНИЕ

**КОНСТИТУЦИОННОЕ
И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО**

Аліна ЛЕВЧЕНКО. Гарантії забезпечення конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції в умовах надзвичайного стану в Україні: проблеми та шляхи вирішення..... 5

Армен НЕРСЕСЯН. Дозвіл на зброю в контексті забезпечення конституційного права людини на самозахист.....12

Лілія НІКІТЕНКО, Богдана ДОВГАНЬ. Ключові питання реформи децентралізації влади в аспекті об'єднання територіальних громад..... 17

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Daniel CRISTEA. Unele abordări empirice privind aplicarea Regulamentului UE 2016/679 de protecție a datelor cu caracter personal..... 23

Іван ПАЛАМАРЧУК. Щодо забезпечення механізму при реалізації «внутрішнього» публічного правонаступництва..... 29

ФИНАНСОВОЕ И НАЛОГОВОЕ ПРАВО

Вікторія ПАНЧЕНКО. Організаційно-правові питання щодо дисциплінарної відповідальності арбітражних керуючих в Україні..... 34

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Igor BĂCU, Adelina BĂCU. Protecția persoanelor prin intermediul măsurilor de ocrotire judiciară.....39

ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Дем'ян СМЕРНИЦЬКИЙ. Формування громадського суспільства: ринкові відносини як чинник розбудови.....46

**УГОЛОВНОЕ ПРАВО,
УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО**

Larisa BUGA. Unele referiri cu privire la influența comportamentului victimei asupra răspunderii penale....50

Victor GUȚULEAC, Tatiana ICHIM. Respectarea principiului legalității în procesul activității polițienești – condiție de bază a aplicării juste a constrângerii statale.....56

Костянтин ОРОБЕЦЬ. Оціночні поняття
у кримінальному праві: аксіологічний підхід.....63

КРИМИНОЛОГИЯ

Alexandra TIGHINEANU, Mirela TIGHINEANU.
Abordări conceptuale cu privire la criminalitatea
„gulerelor albe”..... 69

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА

Александр БАБИКОВ. Ключевые проблемы правового
регулирования противодействия коррупции
в уголовном процессе Украины, пути их решения.....75

Олена ГАРАСИМІВ, Олена РЯШКО. Пред’явлення
для впізнання як слідча (розшукова) дія
у кримінальному провадженні..... 81

Галина КУЧЕРУК. Питання визначення
поняття кримінального провадження,
що містить відомості, які становлять
банківську таємницю.....88

Олексій МЕТЕЛЕВ. Проблемні аспекти
оформлення протоколу про проведення
зняття інформації із транспортних
телекомунікаційних мереж..... 94

Ельвіра ОРЖИНСЬКА. Криміналістична
характеристика кримінального правопорушення:
поняття та практичне значення..... 99

Конституционное и муниципальное право

УДК 342.9

ГАРАНТІЇ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА НА ТАЄМНИЦЮ ЛИСТУВАННЯ, ТЕЛЕФОННИХ РОЗМОВ, ТЕЛЕГРАФНОЇ ТА ІНШОЇ КОРЕСПОНДЕНЦІЇ В УМОВАХ НАДЗВИЧАЙНОГО СТАНУ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ВИРІШЕННЯ

Аліна ЛЕВЧЕНКО,

аспірантка кафедри конституційного та кримінального права
ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена вивченню гарантій забезпечення права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції в умовах надзвичайного стану в Україні. Досліджено сутність, ознаки та види таких гарантій. Проаналізовано законодавство та наукові думки з досліджуваної теми, на підставі чого автором визначено гарантії забезпечення конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції в умовах надзвичайного стану. У статті висвітлено проблемні аспекти в забезпеченні досліджуваного права в Україні. Автором запропоновано можливі шляхи розв'язання зазначених проблем.

Ключові слова: гарантії, право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, надзвичайний стан, забезпечення.

GUARANTEES OF ENSURING THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO THE SECRET OF CORRESPONDENCE, TELEPHONE CONVERSATIONS, TELEGRAPH AND OTHER CORRESPONDENCE

Alina LEVCHENKO,

Postgraduate Student at the Department of Constitutional and Criminal Law
Kyiv National Economic University named after Vadim Hetman

SUMMARY

The article is devoted to the study of guarantees of ensuring the right to secrecy of correspondence, telephone conversations, telegraph and other correspondence in a state of emergency in Ukraine. The essence, signs and types of such guarantees are investigated. The legislation and scientific opinions on the researched topic are analyzed, on the basis of which the author determines the guarantees of ensuring the constitutional right to secrecy of correspondence, telephone conversations, telegraph and other correspondence in a state of emergency. The article highlighted the problematic aspects in ensuring the studied law in Ukraine. The author suggested possible ways to solve these problems.

Key words: guarantees, right to secrecy of correspondence, telephone conversations, telegraph and other correspondence, State of Emergency, ensuring.

GARANȚII DE ASIGURARE A DREPTULUI CONSTITUȚIONAL LA SECRETUL CORESPONDENȚEI, CONVORBIRILOR TELEFONICE, TELEGRAF ȘI ALTE CORESPONDENȚE ÎN STARE DE URGENȚĂ ÎN UCRAINA: PROBLEME ȘI SOLUȚII

REZUMAT

Articolul este dedicat studiului garanțiilor dreptului la secretul corespondenței, convorbirilor telefonice, telegraf și alte corespondențe în stare de urgență în Ucraina. Se cercetează esența, semnele și tipurile de astfel de garanții. Se analizează legislația și opiniile științifice pe tema cercetată, în baza căreia autorul determină garanțiile asigurării dreptului constituțional la secretul corespondenței, convorbirilor telefonice, telegraf și alte corespondențe în stare de urgență. Articolul evidențiază aspectele problematice în asigurarea studiului dreptului în Ucraina. Autorul sugerează posibile modalități de rezolvare a acestor probleme.

Cuvinte cheie: garanții, dreptul la secretul corespondenței, convorbiri telefonice, telegraf și alte corespondențe, stare de urgență, securitate.

Постановка проблеми. У чинній Конституції України розділ «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина» вміщено другим після загальноюридичних констант, що підкреслює значущість положень цього розділу. Справді, це можна вважати одним із свідчень виняткового значення гарантування прав і свобод людини і громадянина, яке надано в державі, яка декларує себе демократичною, соціальною і правовою, в якій визнається і діє принцип верховенства права.

Водночас у всіх випадках конституційного регулювання забезпечення, дотримання і реалізації прав і свобод людини і громадянина важлива роль належить гарантіям [1, с. 93]. Бо як би широко не були задекларовані права людини, вони не становлять реальної цінності без гарантій їхньої реалізації. Гарантії ж прав, у свою чергу, реальні лише тоді, коли ефективно працює механізм їх реалізації [2, с. 73].

Існує думка, що гарантії прав і свобод людини і громадянина, зокрема й у сфері особистого і сімейного життя, залежать від конституційно-правового ладу в державі та досягнутого рівня верховенства права та конституціоналізму [3, с. 166]. Відомо, що в конституціях держав із тоталітарним режимом було проголошено широкі права та свободи. Але вони були лише задекларовані, скористатися ж ними на практиці було неможливо. Тому лише реальне забезпечення прав і свобод людини і громадянина є однією з найголовніших ознак демократичної правової держави [4, с. 183]. Це ж стосується і гарантій забезпечення конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції в умовах надзвичайного стану.

Актуальність теми дослідження полягає в необхідності вдосконалення механізмів реалізації гарантій конституційного регулювання прав і свобод людини і громадянина в умовах надзвичайного стану, зокрема й права особи на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, що обов'язково має відобразитися на посиленні конституційно-правового статусу людини і громадянина. Проте для такого вдосконалення необхідно насамперед охарактеризувати такі гарантії, а для цього необхідно з'ясувати їхню суть, ознаки, види, проаналізувати їх законодавче закріплення.

Аналізу різних аспектів дотримання, захисту й обмеження права людини на таємницю кореспонденції приділено значну увагу в науковій літературі, зокрема в дослідженнях В. Маляренка, І. Петрухіна, О. Бандурки, В. Тертишника, Л. Восводіної. Важливими є також дослідження науковців із пи-

тань обмеження права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (М. Шумило, Ю. Грошевого, А. Бурилова, М. Погорецького, Є. Захарова, К. Попова). Чимало вчених присвятили свої наукові доробки питанням визначення та порядку запровадження надзвичайного стану й обмеження прав і свобод людини в умовах його запровадження. Серед них Л. Демидова, С. Кузнichenko, С. Магда, Ю. Фігель, О. Ларин. Проте більшість цих праць торкаються саме специфіки надзвичайного стану як особливого правового режиму та загальної характеристики обмежень, які стосуються прав і свобод людини. Тоді як в науковій літературі не надто повно висвітлено доцільність існування всіх передбачених законодавством про надзвичайний стан обмежень прав і свобод людини [5, с. 74]. Водночас можна відзначити відсутність наукових праць, які б висвітлювали особливості обмеження окремих прав і свобод людини та гарантій їх забезпечення в умовах надзвичайного стану, зокрема конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Тому очевидно, що натеper рівень дослідження питання гарантій забезпечення права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції в умовах надзвичайного стану неможливо вважати належним. Тому через специфічність це питання потребує подальших досліджень [6, с. 190].

Метою статті є вивчення сутності, ознак і видів гарантій забезпечення конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції в умовах надзвичайного стану, аналіз їх законодавчого закріплення з метою вдосконалення механізмів їх реалізації.

Виклад основного матеріалу. Варто відзначити, що в науковій юридичній літературі існують різні погляди щодо поняття та змісту юридичної категорії «гарантії прав і свобод людини». Так, В. Погорілко та В. Федоренко під гарантіями конституційних прав і свобод людини розуміють систему умов і засобів та юридичних механізмів забезпечення належної реалізації визначених Конституцією та законами України прав і свобод людини [7, с. 235–236]. П. Рабінович та М. Хавронюк визначають гарантії реалізації прав і свобод людини як встановлені державою з наданням їм формальної обов'язковості принципи та норми, які забезпечують здійснення зазначених прав і свобод шляхом належної регламентації порядку їх здійснення, а також їх охорони й захисту [8, с. 249–253]. Під гарантіями прав і свобод людини і громадя-

нина, зокрема національними (внутрішньодержавними), О. Скакун розуміє систему загальних і юридичних засобів та інститутів, що створюють умови, необхідні й достатні для їх (прав і свобод) реалізації, охорони й надійного захисту. Такі гарантії науковець поділяє на загальні та юридичні, останні з яких за формою закріплення ділять на конституційні (загальні), галузеві (адміністративно-правові, цивільно-правові, кримінально-правові) та інші закони й підзаконні нормативно-правові акти [9, с. 77–78]. А. Колодій і А. Олійник характеризують гарантії реалізації прав і свобод людини і громадянина як систему умов і засобів, які в сукупності забезпечують здійснення конституційних прав і свобод людини і громадянина [10, с. 261].

Безумовно, правову природу гарантій прав людини і громадянина неможливо пізнати без визначення ознак цих гарантій, які є специфічними рисами, за допомогою яких можна відокремити гарантії від інших інститутів правового статусу особи, оскільки вони охоплюють найсуттєвіші властивості цього поняття [11, с. 223].

На думку І. Магновського, головними характеристиками гарантій прав і свобод людини і громадянина є передусім матеріальний зміст, тобто те, у чому гарантії прав і свобод у загальному вигляді знаходять своє виявлення в реальному повсякденному житті, а також функціональне призначення, тобто ті завдання, які стоять перед цими гарантіями у правовому суспільстві. Учений вважає, що гарантіям притаманна низка таких ознак: нормативність, доцільність, формальна визначеність, системність, фундаментальність, безперервність, значущість, забезпеченість державою, універсальність, пріоритетність, індивідуальність дії та представлення їх як утілення справедливості [12, с. 9].

Для більш змістовного розуміння сутності поняття гарантій забезпечення прав громадян Ю. Гаруст визначає такі ознаки:

1) державна природа гарантій, яка означає, що гарантії створюються державою на виконання її обов'язків перед суспільством загалом та кожною особою окремо. Дійсно, держава виступає головним суб'єктом забезпечення суспільного добробуту, рівень і стан якого прямим чином залежать від кола, якості й ефективності діючих в державі гарантій. Окрім того, виконання цих гарантій підтримується і забезпечується силою державного впливу аж до примусу;

2) основні гарантії так чи інакше відображаються на рівні відповідних нормативно-правових актів. Так, формальна визначеність гарантій у текстах законів і підзаконних нормативно-правових актів наділяє ці гарантії такими властивостями, як

загальність, загальнообов'язковість та законодавча захищеність;

3) універсальний та безперервний характер гарантій, який передбачає відсутність обмежень у часі та території, а також у колі осіб, яким вони адресовані;

4) відображення за допомогою гарантій стану та рівня розвитку основних сфер суспільного життя, оскільки аналіз кола діючих в державі гарантій дозволяє скласти уявлення про пріоритети державної політики, про політичну, економічну і соціальну атмосферу у країні, є показником рівня розвиненості національної системи права;

5) реальний та доцільний характер гарантій. Розуміється, що гарантії – це не «порожній звук», не просте декларування, а умови та чинники, що існують в об'єктивній дійсності та роблять процес утілення в життя громадянами своїх прав і свобод зрозумілим, вільним, безперешкодним і безпечним. Доцільність вимагає встановлення гарантій таким чином, щоб вони максимально відповідали рівню державного розвитку та нагальним потребам суспільства, тобто встановлювали баланс між суспільними запитами та державними можливостями щодо їх реального задоволення;

6) складність системи гарантій забезпечення прав і свобод людини і громадянина, яка має свою внутрішню структуру, елементи якої перебувають у нерозривному зв'язку та постійній взаємодії [13, с. 78–79].

Загалом усі конституційно-правові гарантії прав і свобод людини прийнято поділяти на дві основні групи – нормативно-правові гарантії та організаційно-правові гарантії. Нормативно-правові гарантії розглядають як сукупність правових норм, за допомогою яких забезпечується реалізація, порядок охорони і захисту прав і свобод людини і громадянина. До них належать гарантії, закріплені в Конституції України та в інших нормативно-правових актах, зокрема й у міжнародно-правових. За своїм характером нормативно-правові гарантії є правовими нормами. Водночас до організаційно-правових гарантій належать діяльність органів державної влади, місцевого самоврядування, їх посадових осіб, політичних партій та громадських організацій, засобів масової інформації, міжнародних правозахисних організацій та їхня діяльність у сфері правотворчості та правозастосування, яка спрямована на створення сприятливих умов для реального користування правами і свободами [4, с. 188–189].

Вельми цікавою є класифікація правових гарантій прав і свобод людини в дисертаційному дослідженні Л. Ємчук «Конституційно-правове

регулювання особистого та сімейного життя людини і громадянина». Так, під гарантіями прав у сфері особистого і сімейного життя людини і громадянина автор розуміє сукупність юридичних засобів, матеріальних та процесуальних, за допомогою яких досягається втілення найбільш повного змісту й обсягу цих прав у суспільну практику. Такі гарантії Л. Ємчук поділяє на нормативні, які розділяє на матеріальні і процесуальні, правореалізаційні та правозастосовні.

Зазначається, що нормативні гарантії становлять норми Конституції, а також норми конституційного та галузевого законодавства, які закріплюють права у сфері особистого і сімейного життя людини і громадянина, порядок їх здійснення, обмеження і захисту від свавільного втручання з боку держави й інших суб'єктів права.

Правореалізаційними гарантіями автор називає сукупність юридичних засобів, за допомогою яких особа може самостійно забезпечити втілення змісту й обсягу своїх прав у сфері особистого і сімейного життя, зокрема і шляхом оскарження дій органів державної влади і місцевого самоврядування, щодо втручання в ці права або щодо невиконання ними своїх позитивних обов'язків із забезпечення цих прав.

Нарешті, до правозастосовних гарантій Л. Ємчук відносить діяльність органів державної влади й місцевого самоврядування, у процесі якої відбувається захист порушених прав у сфері особистого і сімейного життя людини і громадянина або вдається запобігти їх порушенню [3, с. 167–168].

З огляду на те, що норми українського та міжнародного законодавства, а також практика Європейського суду з прав людини розглядають конституційне право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції в контексті права на приватне (особисте) і сімейне життя, логічно, що гарантії прав у сфері особистого і сімейного життя людини, визначені в дисертації Л. Ємчук, будуть виступати гарантіями забезпечення і конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції.

А отже, нормативні гарантії забезпечення права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції представлені нормами Конституції України, зокрема ст. 31, а також нормами конституційного і галузевого законодавства, серед яких, зокрема, варто виділити ст. 306 Цивільного кодексу України, ст. ст. 14 та 261–264 Кримінального процесуального кодексу України, ст. 9 Закону України «Про телекомунікації» та ст. 6 Закону України «Про поштовий зв'язок». До того

ж нормативними гарантіями забезпечення досліджуваного права можуть виступати і норми міжнародного законодавства – ст. 12 Загальної декларації прав людини, ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та ст. 17 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права.

Водночас, як зазначалось раніше, нормативні гарантії прийнято розділяти на матеріальні і процесуальні. Процесуальні гарантії забезпечення права на таємницю кореспонденції мають місце під час розгляду справ у судах за умов виникнення для особи загрози позбавлення цього права або його суттєвого обмеження. Варто зауважити, що процесуальні гарантії забезпечення права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції будуть аналогічними до процесуальних гарантій інших прав і свобод людини і громадянина. До таких гарантій варто віднести право кожної особи на справедливий та відкритий розгляд її справи протягом розумного строку незалежним і неупередженим судом у разі порушення її права на таємницю кореспонденції; можливість скористатися правовою допомогою, необхідною для забезпечення ефективного доступу до правосуддя та відновлення в результаті порушеного права.

Матеріальні гарантії забезпечення права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції передбачають компенсацію завданої шкоди й інших збитків у разі порушення цього права. Ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод не обов'язково вимагає грошової компенсації для потерпілого, якщо існують інші механізми відшкодування збитків [14 с. 32]. Окрім того, Європейський суд з прав людини застерігає, що законодавство, яке передбачає застосування державами технологій для масового стеження за комунікаціями, має містити необхідні гарантії від зловживання стосовно ухвалення рішення і самого проведення заходів стеження за комунікаціями, а також будь-які потенційні можливості відшкодування [14, с. 100].

Правореалізаційні гарантії забезпечення права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції надають особі можливість за допомогою сукупності юридичних засобів самостійно забезпечити втілення змісту й обсягу досліджуваного права, наприклад шляхом оскарження дій правоохоронних органів щодо незаконного або надмірного втручання в таємницю її кореспонденції.

До правозастосовних гарантій забезпечення права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції відно-

сять діяльність органів державної влади і місцевого самоврядування, у процесі якої відбувається захист порушених прав або вдається запобігти їх порушенню. Такими гарантіями передусім є визнання неконституційними актів, які безпідставно обмежують конституційне право на таємницю кореспонденції. Конституційним Судом України (далі – КСУ) неодноразово розглядалися справи щодо конституційності норм, які стосуються права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Так, у рішенні у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положень ч. 3 ст. 62 Конституції України від 20 жовтня 2011 р. № 12-рп/2011 Суд зазначив, що порядок збирання доказів, передбачений національним правом, має відповідати основним правам, визнаним Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, серед яких право на таємницю кореспонденції. Даючи офіційне тлумачення ч. 3 ст. 62 Основного Закону України, КСУ виходить із того, що обвинувачення особи у вчиненні злочину не може ґрунтуватися на доказах, одержаних у результаті порушення або обмеження її конституційних прав і свобод [15].

Варто відзначити, що важливу роль у забезпеченні права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції в умовах надзвичайного стану відіграють організаційно-правові гарантії діяльності Президента України та Верховної Ради України, оскільки саме ці суб'єкти ухвалюють рішення про введення на всій території України чи в окремих її місцевостях надзвичайного стану.

Так, на Верховну Раду України покладається завдання нормативного закріплення всієї сукупності прав і свобод та визначення системи захисту цих прав. Верховна Рада України наділена повноваженнями стосовно нормативного врегулювання діяльності державних органів, формування органів судової влади та прокуратури. Отже, від того, наскільки правильно, чітко, законно й оперативно український парламент здійснює свої функції, залежить належний рівень гарантування прав і свобод людини. До того ж великого значення в гарантуванні прав і свобод людини і громадянина Верховною Радою України набуває її функція парламентського контролю за додержанням прав людини [10, с. 262–264].

Ст. 12 Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану» регулюється діяльність Верховної Ради України в умовах надзвичайного стану, у разі запровадження на території України або її частині режиму надзвичайного стану, пов'язано-

го з обмеженням конституційних прав громадян. Зокрема, Верховна Рада України може затвердити Указ Президента України про запровадження режиму надзвичайного стану й передбачені ним заходи повністю, частково, відхилити його або надати Президенту України пропозиції щодо доопрацювання Указу з його попередніми затвердженнями. У разі схвалення Верховною Радою України Указу Президента України про затвердження режиму воєнного чи надзвичайного стану та передбачених ним заходів набирають чинності лише положення, схвалені Верховною Радою України. Про ухвалення рішення Верховна Рада України негайно (протягом трьох годин) повідомляє Президента України й робить повідомлення через засоби масової інформації [16, с. 65].

Гарантом додержання прав і свобод людини і громадянина відповідно до ст. 102 Конституції України визнається Президент України. Зміст наведеного конституційного припису реалізується через здійснення конкретних повноважень Президента України, визначених Конституцією України. Поєднання функцій Президента України щодо забезпечення прав і свобод людини і громадянина зі сферою виконавчої влади забезпечується існуванням такого органу, як Рада національної безпеки і оборони України, і головуванням глави держави в цьому органі. Конституційний статус цієї Ради і головування в ній Президента України значно зміцнює статус самого глави держави у процесі забезпечення прав і свобод людини і громадянина [10, с. 264–265].

Зрештою, Президент України здійснює загальне керівництво діяльністю державних органів щодо забезпечення надзвичайного стану. До основних завдань очолюваної главою держави Ради національної безпеки і оборони України в умовах режиму надзвичайного стану належать:

- координація та контроль діяльності органів виконавчої влади у сфері національної безпеки й оборони в умовах надзвичайного стану та в разі виникнення ситуацій, що загрожують національній безпеці України;

- координація і контроль діяльності органів місцевого самоврядування в межах наданих повноважень під час введення надзвичайного стану;

- координація і контроль діяльності органів виконавчої влади щодо організації захисту населення та забезпечення його життєдіяльності, охорони життя, здоров'я, конституційних прав, свобод і законних інтересів громадян, підтримання громадського порядку в умовах надзвичайного стану та в разі виникнення ситуацій, що загрожують національній безпеці України [16, с. 70–71].

Висновки. Варто зазначити, що ст. 22 Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану» закріплено, що передбачені цим Законом обмеження конституційних прав і свобод громадян, які можуть бути застосовані за умов надзвичайного стану, є вичерпними і розширеному тлумаченню не підлягають. В умовах надзвичайного стану не можуть бути обмежені права і свободи людини і громадянина, зазначені в ч. 2 ст. 64 Конституції України. Зважаючи на відсутність у цьому переліку конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, варто зробити висновок про можливість обмеження такого права в умовах надзвичайного стану та відсутність чітких, конкретних гарантій його забезпечення саме в умовах надзвичайного стану.

Натепер наявні факти, які засвідчують, що органи державної влади, діяльність яких має бути спрямована на забезпечення й утвердження прав і свобод людини, не завжди зацікавлені в такому утвердженні та забезпеченні [17, с. 52]. Деякою мірою це зумовлено відсутністю належного закріплення на законодавчому рівні юридичної відповідальності держави в особі її державних органів перед людиною за порушення або неправомірне чи надмірне обмеження її прав і свобод.

Уважається, що інститут відповідальності держави перед особою є однією з основних гарантій прав і свобод людини, що закріплені в чинному законодавстві. А однією із причин безвідповідальності держави виступає відсутність ефективних механізмів реалізації відповідальності держави перед особою [18, с. 63]. Тому одним із напрямів удосконалення інституту гарантій забезпечення права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції в умовах надзвичайного стану є створення і законодавче закріплення ефективних механізмів реалізації юридичної відповідальності держави перед людиною за порушення її прав і свобод. Для усунення такої законодавчої прогалини варто внести відповідні зміни до Основного закону України й ухвалити спеціальний закон, у якому передбачити процедури і механізми реалізації юридичної відповідальності держави перед людиною.

Важливим напрямом удосконалення й посилення гарантій конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції в умовах надзвичайного стану є доповнення й узгодження з міжнародно-правовими стандартами положень ст. 64 Основного закону України, якою передбачено обмеження окремих прав і свобод в умовах надзвичайного стану.

Так, видається доречним трансформувати українську модель регулювання обмежень прав і свобод людини в умовах надзвичайного стану, за якої Конституція встановлюватиме перелік тих прав, які можна обмежити. Зокрема, рекомендується внести зміни до ст. 64 Основного закону України таким чином, щоб замість переліку статей Конституції, які гарантують права, які не можуть бути обмежені, зазначити чіткий перелік прав і свобод людини, які можуть бути обмежені в умовах надзвичайного стану. Це дозволить ефективно забезпечувати і захищати ці права, зокрема і право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції.

До того ж зазначену статтю варто доповнити положеннями, які б враховували усталені положення Європейського суду з прав людини та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ратифікованої Україною в 1997 р., викласти ч. 3 статті в такій редакції: «Обмеження прав і свобод під час воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватись виключно в тих межах, яких вимагає гострота становища, і за умови, що такі обмежувальні заходи не будуть завдавати шкоди сутності й призначенню цих прав і свобод та суперечити іншим зобов'язанням держави згідно з міжнародним правом».

Окрім того, цю ж статтю необхідно доповнити положеннями, у яких зазначити підстави для обмеження прав і свобод людини відповідно до міжнародно-правових стандартів. Зокрема, ч. 4 ст. 64 можна сформулювати так: «Обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина, які можуть бути встановлені в умовах воєнного чи надзвичайного стану, повинні бути передбачені законом, бути необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб, бути пропорційним такій меті».

Список використаної літератури:

1. Олійник А. Юридичні гарантії реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність в Україні. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 2. С. 93–96. URL: http://lsei.org.ua/2_2020/25.pdf (дата звернення: 16.10.2021).
2. Ткачук Л. Правозахисні гарантії прав людини в Україні: теоретико-правова характеристика. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 4. С. 73–77.
3. Ємчук Л. Конституційно-правове регулювання особистого та сімейного життя людини і громадянина : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Ужгород, 2015. 225 с.

4. Молдован В., Чулінда Л. Конституційні права, свободи та обов'язки людини і громадянина : навчальний посібник. Київ, 2012. 206 с.

5. Славко А. Обмеження прав і свобод людини і громадянина за умов дії режиму воєнного стану: порівняльно-правовий аспект. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2016. Вип. 41 (2). С. 74–78.

6. Левченко А. Забезпечення права на таємницю кореспонденції в умовах надзвичайного стану: закордонний досвід для України. *KELM (Knowledge, Education, Law, Management)*. 2020. № 4 (32). С. 189–194.

7. Погорілко В., Федоренко В. Конституційне право України : навчальний посібник. Київ : КНТ ; Ліра-К, 2011. 532 с.

8. Рабінович П., Хавронюк М. Права людини і громадянина : навчальний посібник. Київ : Атіка, 2004. 464 с.

9. Скакун О. Теорія держави і права : підручник. 4-те вид., доп. і перероб. Київ : Правова єдність ; Алєрта, 2014. 524 с.

10. Колодій А., Олійник А. Права, свободи та обов'язки людини і громадянина в Україні : підручник. Київ : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. 350 с.

11. Мацькевич М. Поняття гарантій конституційних культурних прав і свобод людини та громадянина в Україні. *Форум права*. 2014. № 3. С. 219–227. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2014_3_37 (дата звернення: 16.10.2021).

12. Магновський І. Гарантії прав і свобод людини і громадянина в праві України (теоретико-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2003. 19 с.

13. Гаруст Ю.В. Поняття та ознаки гарантій забезпечення прав громадян у податковій сфері. *Форум права*. 2014. № 2. С. 76–80. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index (дата звернення: 16.10.2021).

14. Довідник із застосування ст. 8 Європейської конвенції з прав людини. Право на повагу до приватного і сімейного

життя, житла і кореспонденції. Європейський суд з прав людини. Переклад з доповненнями адвокатів, кандидатів юридичних наук О. Дроздова та О. Дроздової. 2018. 118 с.

15. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 62 Конституції України від 20 жовтня 2011 р. № 12-рп/2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11#Text> (дата звернення: 16.10.2021).

16. Кузнєченко С. Закон України «Про правовий режим надзвичайного стану». Науково-практичний коментар. Харків : Право, 2015. 164 с.

17. Лазарева М. Стан забезпечення прав людини в Україні на сучасному етапі. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 1. С. 51–53. URL: http://lsei.org.ua/1_2020/13.pdf (дата звернення: 16.10.2021).

18. Комарницький Д. Удосконалення інституту юридичної відповідальності держави перед особою як дієва гарантія забезпечення прав і свобод людини. *Часопис Київського університету права*. 2009. № 3. С. 60–64.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

ЛЕВЧЕНКО Аліна Валеріївна – аспірантка кафедри конституційного та кримінального права ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

LEVCHENKO Alina Valeriivna – Postgraduate Student at the Department of Constitutional and Criminal Law of Kyiv National Economic University named after Vadim Hetman;
AVLevchenko@i.ua

УДК 623.5:342.7

ДОЗВІЛ НА ЗБРОЮ В КОНТЕКСТІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ЛЮДИНИ НА САМОЗАХИСТ

Армен НЕРСЕСЯН,

кандидат юридичних наук,

старший науковий співробітник відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою
Інституту держави і права імені В.М. Корецького Національної академії наук України

АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено встановленню взаємозв'язку дозволу на зброю та забезпечення реалізації права людини на самозахист. Визначено, що легалізація обігу зброї серед цивільного населення має більше переваг, ніж негативних наслідків. Відсутність чіткого врегулювання обігу зброї в Україні та реальної можливості легального її застосування створює проблеми під час практичного застосування окремих положень кримінального законодавства щодо необхідної оборони, а також конституційного законодавства щодо права на самозахист. Неможливість законного застосування зброї в Україні значно обмежує право людини на самозахист. Питання легалізації зброї в Україні має бути вирішено в найкоротші терміни, з урахуванням національних особливостей, можливих негативних наслідків та із чітко визначеними критеріями.

Ключові слова: право людини на самозахист, дозвіл на зброю, легалізація зброї, необхідна оборона.

WEAPONS PERMIT IN THE CONTEXT OF ENSURING THE CONSTITUTIONAL HUMAN RIGHT TO SELF-DEFENSE

Armen NERSESYAN,

PhD in Law, Senior Researcher at the Department of Criminal Law, Criminology and Judiciary
Institute of State and Law named after V.M. Koretsky of the National Academy of Sciences of Ukraine

SUMMARY

The article is devoted to establishing the relationship between weapons permits and ensuring the realization of the human right to self-defense. It has been determined that the legalization of arms trafficking among the civilian population has more advantages than negative consequences. The lack of a clear regulation of arms trafficking in Ukraine and the real possibility of its legal use creates problems in the practical application of certain provisions of criminal law on self-defense, as well as constitutional law on the right to self-defense. The impossibility of legal use of weapons in Ukraine significantly limits the human right to self-defense. The issue of arms legalization in Ukraine should be resolved as soon as possible, taking into account national characteristics, possible negative consequences and clearly defined criteria.

Key words: human right to self-defense, permission to bear arms, legalization of arms, necessary defense.

PERMISUL DE ARME ÎN CONTEXTUL ASIGURĂRII DREPTULUI CONSTITUȚIONAL AL OMULUI LA AUTOAPĂRARE

REZUMAT

Articolul este dedicat stabilirii relației dintre permisele de arme și asigurării realizării dreptului omului la autoapărare. Se constată că legalizarea traficului de arme în rândul populației civile are mai multe avantaje decât consecințe negative. Lipsa unei reglementări clare a traficului de arme în Ucraina și a posibilității reale de utilizare legală a acestuia creează probleme în aplicarea practică a anumitor prevederi ale legii penale privind legitima apărare, precum și ale legii constituționale privind dreptul la autoapărare. Imposibilitatea utilizării legale a armelor în Ucraina limitează semnificativ dreptul omului la autoapărare. Problema legalizării armelor în Ucraina ar trebui rezolvată cât mai curând posibil, ținând cont de specificul național, de posibilele consecințe negative și de criterii clar definite.

Cuvinte cheie: dreptul omului la autoapărare, permis de arme, legalizarea armelor, apărare necesară.

Постановка проблеми. Право людини на самозахист є одним з основоположних невід'ємних природних прав людини, яким вона на-

діляється від народження. Окрім того, це право закріплене як у міжнародних нормативно-правових актах, так і на рівні національного законодавства.

Це право зумовлене тим, що життя та здоров'я людини є найвищою цінністю, що закріплено у ст. 3 Конституції України: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави». Також у ст. 27 Конституції вказується, що «ніхто не може бути свавільно позбавлений життя. Обов'язок держави – захищати життя людини». Право людини на самозахист регламентоване в ч. 2 ст. 27 Конституції («кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань») та в ч. 5 ст. 55 Конституції України («кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань»). До того ж право людини на самозахист закріплене в одній із норм Кримінального кодексу (далі – КК) України – ст. 36 «Необхідна оборона»: необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання.

Держава має всебічно забезпечити право людини на життя і здоров'я, а так само і право людини на їх захист самостійно, якщо держава не може вчасно відреагувати на загрозу. Але, незважаючи на нормативне врегулювання права людини на самозахист у чинному вітчизняному законодавстві, проблема особистої безпеки людини залишається однією з найбільш актуальних і, на жаль, далеких від свого реального вирішення. Адже, як правильно зазначається, питання самозахисту є актуальним для кожної без винятку людини, незалежно від її віку, соціального статусу, родинних зв'язків, фінансового благополуччя, а тому логічно, що кожна з них намагатиметься захистити життя і здоров'я власне та близьких усіма можливими засобами [1].

У контексті проблеми забезпечення реалізації людиною суб'єктивного права на самозахист логічно постає питання: чи можливе застосування зброї для здійснення необхідної оборони? У цьому контексті цілком логічно постає питання легалізації володіння зброєю в Україні, що останніми роками набуло особливої актуальності.

Вирішенню проблеми дозволу на зброю для самозахисту та законодавчого його закріплення було присвячено досить велику кількість досліджень. Зокрема, питання легалізації обігу зброї досліджували О.Ю. Бусол, В.І. Варивода, С.В. Діденко, П.Л. Фріс та інші; право людини на самозахист стало предметом дослідження Д.Е. Аблязова, К.Г. Волинки, К.О. Гориславського, В.К. Колпакова, С.П. Параниці й інших. Особливо варто відмітити праці П.Л. Фріса, який досліджує проблеми легалізації обігу зброї і обстоює позиції необхідності надати дозвіл на застосування зброї цивільним населенням [2].

Але натеper це питання залишається відкритим і потребує якомога швидкого вирішення.

Метою статті є встановлення відповідності між легалізацією обігу зброї та забезпеченням права людини на самозахист. У межах поставленої мети будуть вирішені такі завдання, як визначення аргументів та контраргументів щодо легалізації зброї, урахування зарубіжного досвіду в цьому питанні, визначення проблем правозастосування та висловлення пропозицій для їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. Як вказується у джерелах, самозахистом є можливість у разі порушення свого цивільного права або інтересу, цивільного права чи інтересу іншої особи, виникнення реальної загрози такого порушення застосувати доцільну й адекватну протидію, яка не заборонена законом і не суперечить моральним засадам суспільства та спрямована на попередження або припинення цього порушення чи ліквідацію його наслідків [3, с. 9]. Водночас способи реалізації людиною права на самозахист у законодавстві не регламентовані. Лише зазначається, що ці способи – це дія або система дій для захисту цивільних прав, що застосовуються уповноваженими на те законом або договором особами без звернення у відповідні державні або інші правоохоронні органи [4].

З одного боку, визначити способи та засоби самозахисту на нормативному рівні досить важко, оскільки вони можуть бути досить різноманітними. Але все ж таки це можливо, до того ж, на думку дослідників, це сприятиме підвищенню ефективності і встановленню правомірності застосування цих засобів. Такий підхід надасть можливість особам, які потребують здійснити самозахист (необхідну оборону), обирати для цього певний законний засіб, орієнтуючись на його законність, діяти відповідно до цього для захисту своїх прав та інтересів [4]. А тому їх перелік повинен фіксуватися в національному законодавстві.

Ми не будемо заглиблюватися у проблему законодавчого визначення всіх допустимих способів та

засобів реалізації людиною свого права на самозахист, оскільки це не є метою даного дослідження. Натомість зупинимося на одному з аспектів даної проблематики, а саме можливості/неможливості здійснення самозахисту (необхідної оборони) шляхом застосування зброї.

Проблема законодавчого дозволу на застосування зброї під час реалізації людиною права на самозахист існує вже давно. Так, перший законопроект щодо врегулювання права на зброю був створений ще в 1994 р., авторами якого були В.В. Костицький та П.Л. Фріс. Тоді цей документ так і лишився на рівні законопроекту. Починаючи із 2014 р. питання легалізації зброї для цивільного населення поставало знову, що було зумовлено початком збройного конфлікту на території України. Це зумовлено загрозою, яка виникла в умовах зростання рівня обігу нелегальної зброї, а також із підвищенням рівня небезпеки для цивільного населення в умовах анексії та загроз в умовах ведення бойових дій на окремих територіях України.

Отже, виникла потреба в нормативно-правовому врегулюванні обігу зброї на території України. Те законодавство щодо регламентації обігу вогнепальної зброї, що чинне нині в Україні, як зазначається, практично в усіх положеннях фактично дублює відповідне законодавство радянських часів, а більшість норм є тепер анахронізмом та не регламентують навіть усталених суспільних відносин у сфері обігу зброї [5]. А така невідповідність сучасним потребам суспільства в досліджуваній сфері вимагає якомога швидшого вирішення. Окрім того, акцентується увага на тому, що нині немає повного єдиного державного реєстру власників зброї, немає чітко визначених на законодавчому рівні будь-яких класифікацій сучасної зброї, відсутня єдина узгоджена термінологія в даній сфері. Усе це призводить, з одного боку, до неузгодженого і свавільного тлумачення окремих питань, а з іншого – є досить плідним підґрунтям для утворення і зміцнення корупційних зв'язків у даній сфері регулювання [5].

Вочевидь, відсутність відповідного нормативно-правового регулювання у сфері обігу зброї не може забезпечити реалізацію та захист основоположних прав і свобод людини, зокрема і права людини на самозахист. Тому для вирішення зазначених вище питань у 2020 р. було створено черговий законопроект «Про цивільну зброю та боєприпаси» (законопроект № 4335–1 від 24 листопада 2020 р.). Мета вказаного законопроекту визначається Пояснювальною запискою до нього: «законодавче врегулювання права громадян на самозахист через доступ до належних засобів захисту, та врегулю-

вання правового режиму власності та умов застосування цивільної вогнепальної зброї фізичними та юридичними особами. Норми проекту закону спрямовані передусім на гарантування конституційного права громадян України на захист свого життя, здоров'я і власності та узгодження з Конституцією нормативного регулювання цієї сфери суспільних відносин» [5]. І для забезпечення вказаної мети разом із цим законопроектом було створено проект закону України, яким пропонувалося внести відповідні зміни в адміністративне та кримінальне законодавство (законопроект № 4336–1). Та, на жаль, цей законопроект так і не було ухвалено. А це означає, що проблема врегулювання обігу зброї, зокрема і для забезпечення права людини на самозахист, так і лишається невирішеною. Варто зазначити, що нині Україна – єдина країна в Європі, у якій питання легалізації вогнепальної зброї залишається відкритим [6].

Узагалі проблема легалізації обігу зброї серед цивільного населення не має однозначного ставлення і в теорії юридичної науки. Так, зазначається, що легалізація зброї може мати непередбачувані наслідки, які можуть виявлятися в підвищенні небезпеки для правоохоронних органів під час затримки осіб, що вчинили кримінальне правопорушення; імовірність отримання дозволу на зброю потенційними чи реальними злочинцями; зростання кількості випадків перевищення меж необхідної оборони; застосування зброї не за призначенням (поза межами легального дозволу) тощо [7]. Але ці негативні наслідки цілком реально передбачити, зважаючи на досвід тих країн, у яких зброя легалізована, і забезпечити законодавче врегулювання вказаних можливих проблемних аспектів обігу зброї.

Не можна сказати, що ставлення до проблеми легалізації обігу зброї є однозначним в інших країнах. Про це, зокрема, свідчить різний підхід до можливості використання зброї цивільним населенням. Зазвичай зарубіжні країни за критерієм законодавчого визначення правомірності обігу зброї поділяються на три групи: перша група, до якої віднесені держави, у яких зброя легалізована повністю і перебуває у вільному доступі; друга група, у яку включені держави, у яких дозвіл на використання зброї можна отримати, але за умови проходження певної процедури легалізації; третя група, яка включає держави, у яких зброя не легалізована або легалізовані лише певні її види в чітко визначених сферах застосування [6].

Хоча легалізація обігу зброї в окремих країнах зумовлюється цілою низкою чинників (наприклад, специфіка історичного розвитку, географічного

становища, рівня соціального захисту людей), але є спільні чинники, які свідчать на користь такого дозволу. Зокрема, варто зазначити, що за статистичними показниками в деяких окремо взятих країнах легалізація зброї серед цивільного населення здатна зменшити рівень насильницької злочинності аж на 25%, а згідно із середніми показниками – сприяє зменшенню загального рівня злочинності загалом на 8% [6]. Наприклад, у Фінляндії та Швейцарії, у яких обіг зброї є легалізованим, загальний рівень злочинності найнижчий серед країн Європи, а із часу легалізації обігу зброї в Естонській Республіці та Республіці Молдова рівень злочинності тут знизився на 20% [1]. Зазначимо, що обіг зброї легалізовано у США, Швейцарії, Франції, ФРН, Фінляндії, Ізраїлі, Естонській Республіці, Латвійській Республіці, Литовській Республіці, Республіці Молдова, Швеції, Норвегії, Канаді, Сербії, Панамі, Гондурасі [8]. І рівень злочинності в цих країнах, зокрема насильницької, із часу ухвалення відповідних нормативно-правових актів про легалізацію зброї серед цивільного населення значно знизився.

Наведені вище дані, звичайно, також є аргументами на користь легалізації обігу зброї і застосування її для реалізації права на самозахист та кримінально-правового положення про необхідну оборону, але в даному разі зарубіжний досвід має бути розглянутий максимально об'єктивно і всебічно. І хоча на противагу цим аргументам, як було зазначено вище, висловлюються вагомі контраргументи, ми вважаємо, що легалізація використання зброї як засобу для самозахисту допоможе усунути і певні юридичні неточності та прогалини.

Так, зокрема, право на самозахист, як уже вказувалося, полягає в застосуванні певних заходів та способів протидії загрозі, які не заборонені законом. У ч. 5 ст. 36 КК України вказується, що «не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення в житло чи інше приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає». Тобто, виходячи зі змісту даної норми, застосування зброї у вказаних випадках є не забороненим, а навпаки – дозволенням засобом самозахисту, отже, відповідає сутності права людини на самозахист.

Але вище вже зазначалося, що питання легалізації зброї є невирішеним, а застосування цивільним населенням зброї унеможливується відсутністю нормативного регулювання отримання правомірного дозволу на її застосування в межах, визначе-

них законом. Отже, утворюється невідповідність між кримінально-правовим положенням щодо дозволу на застосування зброї в окремих випадках необхідної оборони і законодавчою заборонаю на нелегальне використання зброї та відсутністю можливості її легалізувати цивільними. Отже, заборона застосування зброї як засобу здійснення необхідної оборони (самозахисту), як і неможливість отримання дозволу на це суперечать положенням ч. 5 ст. 36 КК України.

Висновки. Отже, проведене дослідження дає змогу зробити низку висновків щодо легалізації обігу зброї як засобу реалізації права людини на самозахист.

По-перше, легалізація обігу зброї серед цивільного населення, виходячи із зарубіжного досвіду, має більше переваг, ніж негативних наслідків. Окрім того, усебічне вивчення такого досвіду надасть можливість передбачити і врахувати можливі негативні наслідки легалізації зброї і запобігти цьому на законодавчому рівні.

По-друге, відсутність чіткого врегулювання обігу зброї в Україні, відсутність реальної можливості легального її застосування створює проблеми під час практичного застосування окремих положень кримінального законодавства щодо необхідної оборони, а також конституційного законодавства щодо права на самозахист. І така невідповідність має бути усунута.

По-третє, неможливість законного застосування зброї в Україні значно обмежує право людини на самозахист. Але особа має реалізувати вказане природне право з використанням максимуму можливих засобів, які також мають бути максимально ефективними.

Забезпечення легальності таких заходів – це один із важливих кроків до підвищення рівня соціального захисту населення як однієї з основних складових частин демократичної правової держави. І питання легалізації зброї для цивільного населення в Україні має бути вирішено в Україні в найкоротші терміни, з урахуванням національних особливостей, можливих негативних наслідків та із чітко визначеними критеріями.

Список використаної літератури:

1. Діденко С.В. Громадяни як суб'єкти обігу та застосування зброї в Україні. *Наукові записки Кіровоградського державного університету імені Володимира Винниченка. Серія «Право»*. 2017. Вип. 1. С. 81–87. URL: https://www.cuspu.edu.ua/images/nauk_zapiski/pravo/1_2017/81-87.pdf (дата звернення: 23.10.2021).
2. Фріс П.Л. «Право громадян на зброю – pro et contra»: про право громадян на володіння бойовою вогнепальною

зброєю. *Протокол* : сайт. 17.04.2016. URL: https://protocol.ua/ua/pravo_gromadyan_na_zbroyu_pro_et_contra_pro_pravo_gromadyan_na_volo_dinnya_boyovoyu_vognepalnoyu_zbroeyu/ (дата звернення: 23.10.2021).

3. Антонюк О.І. Право учасників цивільних правовідносин на самозахист : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2004. 20 с.

4. Ляшевська О.І., Хлистун О.В. Правова природа самозахисту цивільних прав як засіб протидії цивільним правопорушенням. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2018. Вип. 51. Т. 1. С. 110–114. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/31035/1/ПРАВОВА%20ПРИРОДА%20САМОЗАХИСТУ%20ЦИВІЛЬНИХ%20ПРАВ.pdf> (дата звернення: 26.04.2021).

5. Пояснювальна записка до проєкту закону України «Про право на самозахист та володіння цивільною вогнепальною зброєю» від 12 липня 2021 р. № 5708–І. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/GI05695A?an=3> (дата звернення: 25.10.2021).

6. Зуров Ф.Ф. Досвід зарубіжних країн щодо легалізації вогнепальної зброї та запровадження її в Україні. Підготовка поліцейських в умовах реформування системи МВС України. Харків, 2021. URL: http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/10660/Dosvid%20zarubizhnykh_Zurov_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 26.04.2021).

7. Право населения на владения оружием как фактор обеспечения личной и общественной безопасности / В.И. Дьяконов и др. *Збірник наукових праць Харківсько-*

го університету Повітряних сил. 2013. Вип. 3. С. 242–251. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/ZKhUPS_2013_3_59 (дата звернення: 23.10.2021)

8. Бусол О.Ю. Зарубіжний досвід легалізації вогнепальної зброї та можливість запровадження на території України. *Центр досліджень соціальних комунікацій НБУВ*. URL: http://www.nbuviap.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=2757:zarubizhnijdosvid-legalizatsiji-vognepalnoji-zbroji&catid=8&Itemid=350 (дата звернення: 26.10.2021).

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

NERSESYAN Армен Сабірович – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою Інституту держави і права імені В.М. Корецького Національної академії наук України;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

NERSESYAN Armen Sabirovych – PhD in Law, Senior Researcher at the Department of Criminal Law, Criminology and Judiciary of the Institute of State and Law named after V.M. Koretsky NAS of the National Academy of Sciences of Ukraine; sabiry4@gmail.com

УДК 332.145

КЛЮЧОВІ ПИТАННЯ РЕФОРМИ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ ВЛАДИ В АСПЕКТІ ОБ'ЄДНАННЯ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД

Лілія НІКІТЕНКО,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного, міжнародного і кримінального права
Донецького національного університету імені Василя Стуса

Богдана ДОВГАНЬ,

студентка юридичного факультету
Донецького національного університету імені Василя Стуса

АНОТАЦІЯ

У статті зроблено акцент на ключових питаннях реформи децентралізації влади в аспекті об'єднання територіальних громад, а саме: 1) досліджено стан нормативного врегулювання питань реформи для забезпечення ефективності функціонування територіальних громад; 2) проаналізовано практичну реалізацію новачій законодавства в цій сфері. Зроблено висновок про необхідність удосконалення окремих норм Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» у питанні здійснення процедури такого об'єднання. Наголошено на доцільності ухвалення законів про територіальний устрій та про місцевий референдум після внесення відповідних змін до Конституції України. Встановлено ефективність реалізації Закону України «Про співробітництво територіальних громад» та співпрацю з міжнародними організаціями в питанні здійснення проєктів щодо забезпечення інтересів громадськості.

Ключові слова: *місцеве самоврядування, децентралізація, об'єднана територіальна громада (ОТГ), реформа, співробітництво, територіальна організація влади, місцевий референдум.*

KEY ISSUES OF GOVERNMENT DECENTRALIZATION REFORM IN THE ASPECT OF ASSOCIATION OF TERRITORIAL COMMUNITIES

Liliya NIKITENKO,

Doctor of Law, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Constitutional, International and Criminal Law
Vasyl Stus Donetsk National University

Bohdana DOVHAN,

Student at the Faculty of Law
Vasyl Stus Donetsk National University

SUMMARY

The article focuses on the key issues of decentralization reform in terms of association of territorial communities, namely: the state of normative regulation of reform issues to ensure the effectiveness of the functioning of territorial communities has been studied; the practical implementation of innovations in the legislation in this area has been analyzed.

Emphasis was placed on necessity to improve certain provisions of the Law "On Voluntary Association of Territorial Communities" and the expediency of adopting laws on territorial organization and local referendum after the relevant amendments to the Constitution of Ukraine. The effectiveness of the reform has been installed.

Key words: *local self-government, decentralization, united territorial community (UTG), reform, cooperation, territorial organization of power, local referendum.*

PROBLEMELE CHEIE ALE REFORMEI DESCENTRALIZĂRII ÎN CEEA CE PRIVEȘTE UNIFICAREA COMUNITĂȚILOR TERITORIALE

REZUMAT

Articolul pune accent pe problemele cheie ale reformei descentralizării sub aspectul unificării comunităților teritoriale, și anume: 1) starea reglementării normative a problemelor de reformă pentru asigurarea eficacității comunităților teritoriale;

2) se analizează implementarea practică a inovațiilor în legislația în acest domeniu. S-a ajuns la concluzia că este necesară îmbunătățirea anumitor prevederi ale Legii Ucrainei „Cu privire la asocierea voluntară a comunităților teritoriale” în punerea în aplicare a procedurii unei astfel de asocieri. Accentul a fost pus pe oportunitatea adoptării legilor privind organizarea teritorială și referendumul local după modificările relevante la Constituția Ucrainei. Eficacitatea punerii în aplicare a Legii Ucrainei „Cu privire la cooperarea comunităților teritoriale” și cooperarea cu organizațiile internaționale în implementarea proiectelor pentru a asigura interesele publicului.

Cuvinte cheie: *autogovernare locală, descentralizare, comunitate teritorială unită (UTG), reformă, cooperare, organizare teritorială a puterii, referendum local.*

Постановка проблеми. З метою формування ефективного місцевого самоврядування, передусім удосконалення системи територіальної організації влади, підвищення ефективності управління суспільним розвитком на відповідній території із 2014 р. в Україні проводиться реформа децентралізації влади [1; 2]. Її ключовим напрямом є добровільне об'єднання територіальних громад. У Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні від 1 квітня 2014 р. № 333-р наголошується на головних причинах проведення реформи, як-от: 1) неналежна та неякісна система надання публічних послуг на відповідних територіях; 2) надмірна кількість територіальних громад, які є фінансово затратними, але малоефективними, зважаючи на незначну кількість жителів, практичну неможливість здійснення повноважень представницькими органами місцевого самоврядування тощо [2].

За сім років реформи вдалося досягнути значних результатів, серед яких варто виділити сформовану нову законодавчу базу, що спрямована на впровадження децентралізації в Україні в питаннях фінансової самостійності органів місцевого самоврядування (далі – ОМС), розширення повноважень ОМС і оптимізації надання адміністративних послуг, передачі землі у власність громад тощо; а також об'єднання 1469 територіальних громад (далі – ОТГ) [3]. Під час виступу на Всеукраїнському форумі «Україна 30. Децентралізація» Президент України Володимир Зеленський назвав реформу місцевого самоврядування «однією з найуспішніших реформ, яка продовжує реалізовуватися в Україні». Водночас він зауважив, що перш ніж перейти до наступного етапу, треба здійснити детальний аудит та виправити допущені помилки та прорахунки [4].

Варто зазначити, що на доктринальному рівні окремі питання здійснення реформи місцевого самоврядування розглядали В. Бурега, М. Горбатюк, А. Круглашов, О. Марцеляк та інші. Однак, оскільки реформа ще триває, питання дослідження її здобутків та прогалин для визначення подальших шляхів реформування місцевого самоврядування в

Україні є актуальними. Саме це формує мету написання статті.

Виклад основного матеріалу. Важливим у процесі створення передумов для вдосконалення системи місцевого самоврядування на відповідній території є питання визначення процедури внутрішньої територіальної організації держави, що включає утворення, ліквідацію, зміну меж адміністративно-територіальних одиниць нижчого рівня. Саме для його вирішення був ухвалений Закон України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» [5]. Цим Законом встановлено принципи, суб'єкти, основні умови, порядок добровільного об'єднання територіальних громад, приєднання до об'єднаних територіальних громад, а також передбачено державну підтримку цього процесу. Однак варто зацентрувати увагу саме на мірі можливої участі громадськості у процесі об'єднання, тобто з'ясувати, наскільки таке об'єднання є волею членів територіальної громади і відповідає принципу добровільності (п. 2 ч. 1 ст. 2 Закону). Так, роль членів територіальної громади у процесі об'єднання полягає в такому: 1) можуть бути ініціаторами добровільного об'єднання територіальних громад сіл, селищ, міст поруч із сільським, селищним, міським головою, не менш як третиною депутатів від загального складу відповідної ради, органами самоорганізації населення відповідної території (ч. 1 ст. 5 Закону); 2) беруть участь у громадському обговоренні ініціювання об'єднання (також громадські обговорення суміжної територіальної громади) (ч. 3 ст. 5 і ч. 2 ст. 6 Закону) та обов'язковому громадському обговоренні підготовлених спільною робочою групою проектів рішень щодо добровільного об'єднання територіальних громад (ч. 2 ст. 7 Закону); 3) можуть брати участь у місцевому референдумі щодо підтримки об'єднання територіальних громад, про проведення якого ухвалює рішення відповідна рада (ч. 5 ст. 7 Закону).

З вищезазначеного випливає низка проблемних питань, серед яких:

1) відсутність процедури проведення громадських обговорень (яким способом вони проводяться, яка мінімальна чисельність таких об-

говорень, скільки голосів необхідно для ухвалення рішення, яким документом зазначається офіційність їх проведення тощо). Відповідно до ч. 4 ст. 5 Закону порядок проведення громадського обговорення з питань, передбачених Законом, визначається сільською, селищною, міською радою. Така ситуація призводить до множинного розуміння цих норм Закону відповідними територіальними громадами та може призвести до зловживання правом зацікавлених осіб. Також досить нелогічна конкретизація форм громадського обговорення (громадські слухання, збори громадян, інші форми консультацій із громадськістю) лише в ч. 2 ст. 7 та її відсутність у ч. 3 ст. 5 і ч. 2 ст. 6 Закону);

2) спільна робоча група, до компетенції якої належить підготовка проєкту відповідних рішень щодо об'єднання, формується з однакової кількості представників від кожної територіальної громади, що об'єднується (відповідно до абз. 2 ч. 3 ст. 6 Закону). Проте хто може входити до складу цієї робочої групи: жителі територіальної громади, представницькі органи, чи може до цієї групи входити місцевий голова, чи можуть входити неповнолітні особи, чи є обмеження для недієздатних осіб, осіб із обмеженою дієздатністю, – у Законі не зазначено. Питання також викликає мінімальна та максимальна кількість членів спільної робочої групи;

3) Законом передбачено ухвалення рішення про добровільне об'єднання шляхом місцевого референдуму. Однак Верховна Рада України в неконституційний спосіб фактично скасувала можливість проведення місцевих референдумів ухваленням Закону «Про всеукраїнський референдум» 6 листопада 2012 р., через що був визнаний таким, що втратив чинність, Закон України «Про всеукраїнський та місцевий референдуми» (неконституційність була підтверджена рішенням Конституційного Суду України № 4-р/2018 від 26 квітня 2018 р.) [6]. Тому нині фактично неможливо провести жодного місцевого референдуму через відсутність законодавчого врегулювання процедури такого проведення. Це досить суттєва проблема також з огляду на те, що згідно зі ст. 5 Європейської хартії місцевого самоврядування зміни територіальних кордонів місцевого самоврядування не можуть здійснюватися без попереднього з'ясування думки відповідних територіальних громад, зокрема, якщо це можливо, – шляхом проведення місцевого референдуму [7]. Як відомо, максимальна відповідність європейським стандартам є ключовим моментом у питанні подальшої євроінтеграції України. Із цього випливає

необхідність ухвалення закону про місцевий референдум як складової частини наступного етапу реформи децентралізації.

Щодо принципу добровільності, варто зауважити, що він є досить суперечливим. Так, на початковому етапі реформи було добровільно об'єднано значну кількість ОТГ, неспроможних забезпечити відповідний рівень послуг та власний економічний розвиток. З метою забезпечення їхньої фінансової спроможності було переглянуто межі адміністративно-територіальних одиниць шляхом укрупнення раніше створених на добровільній основі ОТГ. Станом на травень 2020 р., за даними Асоціації ОТГ, під укрупнення мали потрапити приблизно 120 об'єднаних громад, а це приблизно 10% із тих, які пройшли шлях добровільно [8, с. 28]. Наскільки така політика відповідає нормам чинного законодавства, безпосередньо принципу добровільності, відповісти досить складно.

Окрім того, варто окремо зосередити увагу на принципі повсюдності місцевого самоврядування (п. 5 ч. 1 ст. 2 Закону), за яким місцеве самоврядування на всіх рівнях має здійснюватися по всій Україні, що означає відсутність територій, на які не поширюється юрисдикція ОМС усіх рівнів [9]. Для повного забезпечення цього принципу у 2020 р. було затверджено адміністративно-територіальний устрій базового рівня – схвалено 24 розпорядження щодо визначення адміністративних центрів та територій територіальних громад у кожній області. Такі новації розширюють спектр питань, які можуть вирішити обрана місцева влада. Наприклад, забезпечення можливості ОМС здійснювати комплексне просторове планування своєї території, яка б мала бути баченням коротко-, середньо- та довгострокової перспективи розвитку території громади [10].

Значним здобутком законодавця також є ухвалення Верховною Радою України постанови «Про утворення та ліквідацію районів», спрямованої на реорганізацію районного (субрегіонального) рівня адміністративно-територіального устрою України шляхом укрупнення районів. Кількість районів зменшилась із 490 до 136 [11]. Попри значні успіхи в цьому питанні, в Україні досі немає закону про адміністративно-територіальний устрій. Натомість досі чинним залишається Указ Президії Верховної Ради Української РСР «Про порядок вирішення питань адміністративно-територіального устрою Української РСР», який є застарілим в умовах сьогодення, суттєво суперечить Конституції та законам України [12]. Зважаючи на це, актуальною є проблема визнання неконституційним

у повному обсязі цього Указу як такого, що не відповідає ст. 75, п. 29 ч. 1 ст. 85, ч. 1 ст. 113, 132, 133 та іншим статтям Конституції України [13]. Отже, нормативне закріплення територіального устрою України існує лише на рівні Конституції України (ст. ст. 132, 133). Водночас нормативно-правовий механізм зміни меж територіальних громад нині відсутній.

Пріоритетним завданням реформи децентралізації є не лише укрупнення територіальних громад із метою забезпечення більшої ефективності діяльності місцевого самоврядування в політико-правовому аспекті, а також сприяння найбільш широкому розвитку інфраструктури відповідної ОТГ, стимулювання міжрегіональної інтеграції і загалом здійснення проєктів, спрямованих на забезпечення високого рівня якості життя людей на всій території України. Для досягнення цієї мети було ухвалено Закон України «Про співробітництво територіальних громад» (далі – закон про співробітництво) [14]. За офіційними даними, що містяться в Реєстрі договорів по співробітництву територіальних громад, від червня 2014 р. до листопада 2021 р. загалом було укладено 744 таких договори. Станом на березень 2020 р. ця кількість становила 597, у 2019 р. було зареєстровано 229 договорів співробітництва територіальних громад, що становить майже 44% від усієї кількості договорів, укладених за 2014–2019 рр. А це означає, що попит на співпрацю ОТГ із кожним роком зростає [15; 16, с. 12].

Серед головних переваг такої співпраці варто виділити таке: 1) дозволяє місцевому самоврядуванню працювати з вищою ефективністю, витрачати менше часу та матеріальних ресурсів; 2) сприяє професійному розвитку персоналу органів місцевого самоврядування, бо фахівець не сам розбирається із проблемою, а взаємодіє з колегами із сусідньої громади, які спеціалізуються з тих самих питань; 3) дає громадам широку свободу дій, допомагає вирішувати пріоритетні проблеми відповідних територій; 4) сприяє зростанню зацікавленості членів територіальних громад у вирішенні питань місцевого значення та рівня їхньої правосвідомості тощо [16, с. 10–11].

Проте варто врахувати таке: якщо йдеться саме про співпрацю щодо надання адміністративних послуг (є одним із найактуальніших питань для більшості територіальних громад – з 597 договорів про співпрацю ОТГ, укладених станом на березень 2020 р., понад 130 стосувалися питань надання адміністративних послуг, що становить майже 22% від загальної кількос-

ті), то за чинним законодавством комунальне підприємство, установа чи організація не можуть надавати адміністративні послуги. На рівні місцевого самоврядування надавати ці послуги може суто сам ОМС як суб'єкт надання адміністративних послуг або ЦНАП (п. 3 ст. 1, ст. 12 Закону «Про адміністративні послуги»), тому утворення або спільне фінансування (утримання) комунальних підприємств, установ чи організацій у контексті цього питання є неефективним. Натомість оптимальною формою співпраці у сфері адмінпослуг вважається реалізація спільних проєктів [16, с. 12, 18–19].

Отже, відповідні програми розвитку реформи децентралізації загалом позитивно впливають на функціонування місцевого самоврядування на відповідних територіях, що підтверджується зростанням кількості укладених договорів про співпрацю ОТГ. Це говорить про зацікавленість територіальних громад у здійсненні влади саме таким способом. Однак співпраця ОТГ не єдиний спосіб реалізації проєктів, спрямованих на покращення життя територіальних громад та роботи місцевого самоврядування загалом. Усе більшої популярності набуває підтримка реформи децентралізації в Україні міжнародною спільнотою, зокрема й різноманітними міжнародними організаціями. Найбільш масштабною є співпраця з Американським агентством з міжнародного розвитку USAID, Німецьким товариством міжнародного співробітництва GIZ, Шведським агентством міжнародного співробітництва SIDA. Два останніх здійснюють особливо комплексний і систематичний проєкт під назвою “U-LEAD with Europe”, в основному фінансований ЄС [17, с. 151]. Одним із найбільш цікавих проєктів “U-LEAD with Europe” у співпраці із громадами є мобільний ЦНАП – спеціально обладнаний транспортний засіб, у якому облаштовані два повноцінні робочі місця для надання адміністративних послуг. Такий ЦНАП потрібен для тих громад, у складі яких є багато віддалених невеликих населених пунктів, де неефективно або й неможливо облаштувати стаціонарні приміщення для надання адмінпослуг. Також однією з переваг проєкту є кейс з обладнанням, що дозволяє обслуговувати відвідувачів удома (наприклад, осіб дуже поважного віку чи хворих, які не можуть покинути помешкання або заклад охорони здоров'я) [16, с. 38–39; 18]. Надзвичайно позитивним чинником розвитку інституту ОТГ є те, що існує низка проєктів співпраці територіальних громад із міжнародними партнерами, спрямованих на підвищення

правової свідомості громад. Наприклад, Програма USAID DOBRE та Теребовлянської ОТГ (з 2017 р.) мала на меті запровадити та розвинути систему навчання для працівників ОМС, депутатів місцевих рівнів, представників бізнесу та малого підприємництва, активних жителів та ініціативної молоді [19]. Також у 13 областях України за фінансової підтримки Міжнародного фонду «Відродження» діють Ресурсні центри з розвитку місцевої демократії, експерти яких професійно надають консультації, проводять навчання, сприяють діалогу громадських організацій з органами місцевого самоврядування; адвокатують інтереси громад, а також просувають зміни до політики щодо місцевої демократії [17, с. 155–156].

Висновки. Аналіз ключових питань реформи децентралізації влади для забезпечення максимальної ефективності функціонування місцевого самоврядування в Україні дає підстави зробити висновок, що загалом у процесі реформи ухвалено низку нормативно-правових актів, які сприяли значним позитивним змінам у питанні розвитку місцевого самоврядування. Проте деякі закони потребують удосконалення (наприклад, окремі норми Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» у питанні здійснення процедури такого об'єднання). До того ж низку законів, що є надзвичайно важливими в аспекті децентралізації, ще потрібно ухвалити (наприклад, про територіальний устрій, про місцевий референдум). Ухвалення цих законів має відбуватись після внесення відповідних змін до Конституції України.

Дослідження практичної реалізації новачій законодавства показало, що реформа загалом дієва, особливо ефективним є впровадження в життя Закону України «Про співробітництво територіальних громад» та співпраця з міжнародними організаціями в питанні здійснення проєктів, спрямованих на забезпечення інтересів територіальних громад. Водночас варто розглянути можливість залучення стартаперів, малого та середнього бізнесу до створення проєктів, максимального забезпечення розвитку громад на принципах екологічності, економічної ефективності, малої ресурсозатратності тощо.

Отже, з усього вищезазначеного випливає, що наступний етап реформи децентралізації влади має розпочатися з урахуванням та виправленням усіх недоліків, які виникли протягом перших двох етапів.

Список використаної літератури:

1. Реформа децентралізації. Єдиний вебпортал органів виконавчої влади України «Урядовий портал». URL: <https://cutt.ly/5E353iA> (дата звернення: 10.10.2021).
2. Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні : розпорядження Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р. *Офіційний вебпортал Верховної Ради України*. URL: <https://cutt.ly/qE36oCV> (дата звернення: 10.10.2021).
3. Навіщо децентралізація? Загальна інформація. *Вебпортал Децентралізація*. URL: <https://cutt.ly/ME36cJT> (дата звернення: 10.10.2021).
4. Децентралізація – одна з найуспішніших реформ в Україні, – Президент. *Вебпортал Децентралізація*. URL: <https://cutt.ly/EE36WCE> (дата звернення: 10.10.2021).
5. Про добровільне об'єднання територіальних громад : Закон України від 5 лютого 2015 р. № 157–VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 13. Ст. 91 (Із змінами).
6. Рішення Конституційного Суду України від 26 квітня 2018 р. № 4-р/2018 (справа щодо відповідності Конституції України Закону України «Про всеукраїнський референдум»). *Офіційний вебпортал Верховної Ради України*. URL: <https://cutt.ly/PE8qo3d> (дата звернення: 10.10.2021).
7. Європейська хартія місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 р. *Офіційний вебпортал Верховної Ради України*. URL: <https://cutt.ly/tE8qjed> (дата звернення: 10.10.2021).
8. Реформа децентралізації в Україні: проблеми здійснення в умовах суспільної кризи. *Political Studies*. 2021. № 1. С. 22–40.
9. Глосарій. *Вебпортал Децентралізація*. URL: <https://cutt.ly/KE8qFKp> (дата звернення: 10.10.2021).
10. Те, чого ніколи не було в Україні: Уряд затвердив адмінтерустрій базового рівня, що забезпечить повсюдність місцевого самоврядування. *Вебпортал Децентралізація*. URL: <https://cutt.ly/5E8qZPE> (дата звернення: 10.10.2021).
11. Пояснювальна записка до проєкту Постанови про утворення та ліквідацію районів від 12 червня 2020 р. *Офіційний вебпортал Верховної Ради України*. URL: <https://cutt.ly/RE8q9A4> (дата звернення: 10.10.2021).
12. Про порядок вирішення питань адміністративно-територіального устрою Української РСР. *Офіційний вебпортал Верховної Ради України*. URL: <https://cutt.ly/eE8welc> (дата звернення: 10.10.2021).
13. Конституція України : Закон України 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141 (Із змінами).
14. Про співробітництво територіальних громад : Закон України від 17 червня 2014 р. № 1508–VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 34. Ст. 1167 (Із змінами).
15. Реєстр договорів по співробітництву територіальних громад. *Офіційний вебсайт Міністерства розвитку громад та територій України*. URL: <https://cutt.ly/fE8wTOR> (дата звернення: 10.10.2021).

16. Посібник зі співробітництва територіальних громад у сфері адміністративних послуг, підготовленого в рамках міжнародної Програми “U-LEAD з Європою». 2020. 70 с.

17. Стемковська О.І. Особливості імплементації європейських стандартів у діяльність органів місцевого самоврядування в Україні в умовах децентралізації : дис. ... канд. політ. наук: 23.00.02. Луцьк, 2021. 235 с.

18. Перший в Україні мобільний ЦНАП: переваги і ризики. *Вебпортал Покращення якості надання адміністративних послуг для населення “U-LEAD with Europe”*. URL: <https://cutt.ly/tE8eRos> (дата звернення: 10.10.2021).

19. Два роки співпраці з програмою DOBRE. *Вебпортал Децентралізація*. URL: <https://cutt.ly/jE8eFmY> (дата звернення: 10.10.2021).

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРІВ
 НІКІТЕНКО Лілія Олександрівна –
 кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри конституційного, міжнародного і кримінального права Донецького національного університету імені Василя Стуса;
 ДОВГАНЬ Богдана Вікторівна –
 студентка юридичного факультету Донецького національного університету імені Василя Стуса;

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS
 NIKITENKO Liliya Oleksandrivna –
 Candidate of Law, Associate Professor, Associate
 Professor at the Department of Constitutional,
 International and Criminal Law of Vasyl Stus
 Donetsk National University;
 DOVHAN Bohdana Viktorivna –
 Student at the Law Faculty of Vasyl Stus Donetsk
 National University;
Dovganbv89@gmail.com

Административное право и процесс

CZU 342.9

UNELE ABORDĂRI EMPIRICE PRIVIND APLICAREA REGULAMENTULUI UE 2016/679 DE PROTECȚIE A DATELOR CU CARACTER PERSONAL

Daniel CRISTEA,

Ministerul Afacerilor Interne, România,
doctorand în cadrul Universității de Stat din Moldova,
Școala Doctorală „Științe juridice”

REZUMAT

Având în vedere aplicarea pe teritoriul României începând cu 25 mai 2018 a Directivei 680/2016 a Parlamentului European și a Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice referitor la prelucrarea datelor cu caracter personal de către autoritățile competente în scopul prevenirii, depistării, investigării sau urmăririi penale a infracțiunilor sau al executării pedepselor și privind libera circulație a acestor date și Regulamentului general 2016/679 UE al Parlamentului European și al Consiliului privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date, se impune în cadrul procesului penal o analiză a practicii în vederea identificării și cunoașterii în activitățile de investigații a necesităților de modificare a modalităților de lucru.

Cuvinte cheie: *date cu caracter personal, protecție, legislație, măsuri speciale, proces penal, protecția drepturilor la viață privată.*

SOME EMPIRICAL APPROACHES TO THE APPLICATION OF EU DATA PROTECTION REGULATION 2016/679

Daniel CRISTEA,

PhD Student at the State University of Moldova
Doctoral School “Legal Sciences”

SUMMARY

Having regard to the application on the territory of Romania starting with 25 May 2018 of Directive 680/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the competent authorities for the purposes of prevention, detection, investigation or prosecution of criminal offenses or the execution of penalties and on the free movement of such data and General Regulation 2016/679 EU of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, it is necessary in the criminal process to analyze the practice in order to identify and to know in the investigation activities the necessities of changing the working methods.

Key words: *personal data, protection, legislation, special measures, criminal proceedings, protection of privacy.*

Problema. Legislativ, de la data de 25 mai 2018, sunt aplicate pentru statele Uniunii Europene prevederile Directivei 680/2016 a Parlamentului European și a Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice referitor la prelucrarea datelor cu caracter personal de către autoritățile competente în scopul prevenirii, depistării, investigării sau urmăririi penale a infracțiunilor sau al executării

pedepselor și privind libera circulație a acestor date și a Regulamentului UE 679/2016 de la aceeași dată a Parlamentului European și a Consiliului privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date. Aceste 2 prevederi sunt aplicabile în toate domeniile, publice și private, întrucât conceptul de date cu caracter personal a

devenit foarte răspândit în întreaga lume odată cu dezvoltarea tehnologiilor informaționale (utilizarea internetului la scară mondială care a permis datelor să circule cu ușurință în jurul lumii și instantaneu). De menționat ar fi faptul că, în prezent, necunoașterea de către persoanele vizate a prezentelor acte normative impune ca necesară o prezentare amplă, publică, chiar dacă statele Uniunii Europene au adoptat aceste reglementări. Este de fapt problema actuală. Nu numai această necunoaștere să o luăm în calcul, problema se conturează prin aceea că în cadrul procesului penal, la care facem referire, nu trebuie să existe breșe sau posibile încălcări. Garanția statului cu privire la această legalitate trebuie să existe și nu trebuie să existe încălcări așa cum au fost identificate și prezentate, cum sunt cele din prezenta cercetare științifică.

Actualitatea temei de cercetare. Ca și descriere, adoptarea celor 2 prevederi legislative, Regulamentul 679/2016 și Directiva 680/2016, s-a impus datorită faptului că legislațiile nu au ținut pasul cu capacitățile tehnologice din prezent.

Referitor la Regulamentul UE de protecție a datelor cu caracter personal nr. 679/2016 și la Directiva 679/2016, chiar dacă sunt aplicate în România din data de 25 mai 2018, în procesul penal (atât în faza de urmărire penală cât și în faza de judecată), argumentăm, datorită multitudinii problemelor din practică se impun analize în vederea identificării, cunoașterii în activitățile de investigații a aplicării procedurii în același timp cu respectarea, aplicarea și protejarea datelor cu caracter personal părților. Îl privim ca un început de analiză. Astfel, relatăm și exemplificăm câte un exemplu din cazuistica României referitor la încălcarea protecției în faza de urmărire penală și în faza de judecată dar și din dispozițiile art. CPP ROM și CPP RM care impune modificări, motiv pentru care s-a impus dezbaterea acestei cercetări care este de actualitate.

Scopul și sarcinile cercetării. Scopul cercetării științifice a urmărit prezentarea faptului că în aplicarea și desfășurarea procesului penal, respectiv în faza de urmărire penală și de judecată cât și în dispozițiile CPP ROM și CPP RM, există breșe privind încălcarea legislației de protecție a datelor cu caracter personal, care nu ar mai trebui să existe odată cu aplicarea legislației menționate mai sus, respectiv a Regulamentului UE 679/2016 și a Directivei UE 680/2016. Ca sarcini ale cercetării este necesară prezentarea de față și propuneri de modificare a normelor de aplicare a art. din CPP ROM și CPP RM acolo unde se prevăd astfel de încălcări.

Metodele aplicate și materialele folosite. A fost aplicată pentru cercetare metoda logică îmbinată cu metoda analitică prin înțelegerea modului de încălcare a legislației de protecție a datelor cu caracter

personal în aplicarea procesului penal și necesitatea de modificare, propunând astfel modificări normelor de desfășurare a activității dar și de modificare a art. din CPP ROM și CPP RM privind acele norme care trebuie schimbate în vederea respectării și protejării datelor cu caracter personal părților. De asemenea, în cercetarea științifică s-a aplicat metoda comparativă a aplicării art. din CPP ROM și CPP RM unde au fost propuse modificări, absolut necesare, dar și metoda dezvoltării sociologice concrete în cadrul căreia am analizat și am abordat orientări pozitiviste, interpretative cât și orientări critice tocmai datorită faptului că problemele privind protecția datelor cu caracter personal în procesul penal nu sunt clar stabilite și aplicate în societate conform legislației actuale de protecție a datelor cu caracter personal.

Rezultatele obținute și dezbateri. Cadrul legislativ prevăzut de Regulamentul 679/2016 definesc „datele cu caracter personal ca fiind „orice informație privind o persoană fizică identificată sau identificabilă; o persoană fizică identificabilă este o persoană care poate fi identificată, direct sau indirect, în special prin referire la un element de identificare, cum ar fi un nume, un număr de identificare, date de localizare, un identificator online, sau unul sau mai multe elemente specifice, proprii identității sale fizice, fiziologice, genetice, psihice, economice, culturale sau sociale” [1, p. 78].

Datorită noilor reguli și norme stabilite de noul Regulament al UE 679/2016 și Directiva UE 680/2016, care se aplică deja, în România nu trebuie să găsim nereguli de încălcări a protecției datelor cu caracter personal în aplicarea procedurii penale și nici în textele dispozițiilor art. din CPP.

Menționez în acest sens un exemplu din practica României edificator, identificat în urma documentării proprii, în vederea înțelegerii încălcării protecției datelor cu caracter personal unde se impune confidențialitatea datelor:

În cursul anului 2018, minorii CV și IL, ambii în vârstă de 10 ani, din mun. Buzău, au pătruns prin efracție în locuința numitului VL din mun. Buzău, de unde au sustras mai multe bunuri.

În urma activităților desfășurate de organele de poliție au fost identificați pe cei 2 minori însă, potrivit art.113 din CP ROM, minorul care nu a împlinit vârsta de 14 ani nu răspunde penal [2, p. 60]. Deci, cei 2 minori nu răspund penal.

Organul de poliție a întocmit referatul cu propunere de clasare, în temeiul art.315 din CPP (acest art. prevede Clasarea și se dispune când există unul din cazurile prevăzute la art.16, alin.(1) din CPP, în cazul de față o cauză justificativă sau de neimputabilitate) și art.320 din CPP (art. care prevede trimiterea dosarului

la procuror cu propunerea corespunzătoare de organul de cercetare penală care constată incidența unuia dintre cazurile care determină clasarea cauzei).

În referatul organului de poliție s-a consemnat numele și prenumele persoanei vătămate, domiciliul și numele și prenumele celor 2 autori ai faptei și domiciliile lor, așa cum prevede și art. 286, alin.(2), lit.c) din CPP.

Referatul a fost înaintat Parchetului competent.

„Art.316 din CPP ROM stabilește obligația procurorului ca, după emiterea soluției de clasare, să dispună comunicarea, în copie, a persoanei care a făcut sesizarea, care poate fi persoana vătămată sau denunțatorul, suspectului sau inculpatului, dar și altor persoane interesate” [3, p. 533], în cuprinsul căruia sunt menționate datele de identificare iar, „în situația în care procurorul își însușește în integralitate argumentele conținute de referatul întocmit de organul de cercetare penală, va fi comunicată o copie a acestui referat” [3, p. 533], în cuprinsul căruia au fost consemnate numele și domiciliile autorilor, conform art. 286, alin.(2), lit.c) din CPP ROM.

În acest context, persoana vătămată nefiind mulțumită de măsura luată de legiuitor față de minori, prejudiciul nerecuperat, întrucât a luat la cunoștință de domiciliile lor din referatul comunicat de Parchet, s-a deplasat la adresele celor 2 autori, ocazie cu care a exercitat asupra minorilor violențe fizice, cauzându-le vătămări.

Se pun întrebările:

1. Sunt considerate date cu caracter personal domiciliile menționate în referat?

2. Cum trebuie să se procedeze în astfel de cazuri?

Răspunsuri la întrebările formulate:

1. Da, sunt date cu caracter personal care au dus la identificarea locului unde pot fi găsiți.

2. Ordonanța de Clasare însoțită de Referatul organului de poliție trebuiesc înaintate părților cu respectarea normelor de protecție a datelor cu caracter personal, respectiv cu datele de identificare ale părților ascunse/anonimizate/schimbate cu simboluri XXX.

CPP nu prevede modalitatea de protejare a datelor cu caracter personal motiv pentru exemplificăm că aceste încălcări se pot produce oricând.

Acest exemplu ilustrează așa cum se observă nevoia confidențialității urmăririi penale, respectiv luarea de măsuri în vederea stabilirii garantării datelor cu caracter personal de către organele de urmărire penale.

Alte exemple de breșe privind încălcarea protecției datelor cu caracter personal, generice, identificate în urma documentării proprii, produse și de către instanțele de judecată:

A) Accesând portalul instanțelor de judecată din România observăm Judecătoria Carei, a citat în dosarul 3941/218/2018 la data de 26.11.2018 pe inculpatul Varga Marius, cu ultimul domiciliu în Satu Mic este chemat în instanță, în proces cu prelungire arestare preventivă [4].

Se pun întrebările:

1. Sunt date cu caracter personal numele, prenumele și domiciliul prezentat pe portalul instanțelor?

2. Ce măsuri trebuiesc aplicate pe portalul instanțelor referitor la persoanele implicate în cadrul procesului penal, privind date cu caracter personal?

Răspunsuri la întrebările formulate:

1. Da, sunt date cu caracter personal cele prezentate de Judecătoria Carei.

2. Pe portal să existe obligativitatea prezentării situației fără descrierea unor aspecte prin care o persoană poate fi identificabilă, sub sancțiunea răspunderii celui care are obligația de a implementa datele în sistem.

B) Numitul M.F. fiind chemat la instanța civilă, pentru restituirea cu penalități către APIA a unor sume datorate și constatate de această instituție ca urmare a neregulilor constatate în urma verificărilor, a declarat faptul că nu i-a fost adus la cunoștință această datorie contestând „confirmarea de primire” a documentelor instituției factorului poștal și declarând că nu a fost semnată de el și solicitând anularea penalităților întrucât nu a avut cunoștință de decizia instituției.

Instanța civilă a înaintat documentul Poștei Române, Parchetului de pe raza de competență care a întocmit un dosar penal sub aspectul săvârșirii infracțiunii de Fals material în înscrisuri oficiale față de persoane necunoscute.

Nu intrăm în fondul problemei. În urma cercetărilor s-a propus și dispus Clasarea faptei, întrucât exista declarația factorului poștal care susținea că semnătura îi aparține numitului M.F. iar plicul i-a fost predat personal, etc. și o constatare tehnico-științifică a semnăturii, nu o expertiză, în care era specificat faptul că semnătura de pe „confirmarea de primire” îi aparține numitului M.F.

În urma contestării soluției, instanța de judecată a anulat Clasarea și a retrimis dosarul Parchetului pentru completarea urmăririi penale, întrucât numitului M.F. nu i s-a prezentat constatarea tehnico-științifică. Încheierea instanței de judecată a fost înaintată Parchetului și numitului M.F. încheiere ce conținea și era menționat domiciliul factorului poștal de la acea vreme. Spunem faptul că, dosarul fiind retrimis pentru completarea urmăririi penale nu are caracter public.

Urmarea înaintării încheierii instanței, unde era trecut domiciliul factorului poștal, numitul M.F.

a reușit să ia legătura cu factorul poștal în încercarea de a-l convinge să nu mai declare că i-a dat plicul în cauză.

Analizând modul în care numitul M.F. a reușit să interacționeze cu fostul factor poștal apreciez că, în condițiile în care în încheierea instanței nu era trecut domiciliul fostului factor poștal / anonimizate datele lui, interacțiunea dintre cei 2 nu ar mai fi avut lor.

Se pun întrebările:

1. Sunt date cu caracter personal?
2. Încheierea instanței încalcă normele Regulamentului 679/2016 și ale Directivei 680/2016?
3. S-a creat o atingere a dreptului la viața intimă?

Răspunsuri la întrebările formulate:

1. Da, sunt date cu caracter personal în încheierea instanței.

2. Încheierea instanței nu trebuia să conțină și să fie menționat domiciliul fostului factor poștal/ anonimizat/schimbă cu simboluri XXX.

3. Da s-a creat o atingere a dreptului la viața intimă. Datele cu caracter personal obținute, în acest caz, prin înaintarea încheierii numitului M.F., au fost folosite în alte scopuri.

Exemplificăm și un alt exemplu de încălcare a protecției a datelor cu caracter personal prevăzut atât de CPP RM cât și de CPP ROM, cu privire la înmânarea citației.

Astfel, potrivit art. 239, alin.(2) din CPP RM „Dacă persoana citată nu vrea să primească citația...agentul... ..o afișează pe ușa locuinței acestuia, întocmind despre acesta un proces verbal”. Art. 240, alin.(1) „Dacă persoana citată nu se află acasă, agentul înmânează citația soțului, unei rude sau oricărei persoane care locuiește cu ea ori care în mod obișnuit îi recepționează corespondența”, alin.(2), „Dacă persoana citată locuiește într-un imobil cu mai multe apartamente, într-un cămin sau la hotel, în lipsa persoanelor indicate în alin.(1), citația se predă administratorului, persoanei de serviciu sau celor care în mod obișnuit îi înlocuiesc”, alin.(3) Persoana care primește citația semnează dovada de primire...Dacă aceasta nu vrea... agentul afișează citația pe ușa locuinței...” precum și conținutul citației care este prevăzut de art. 237, alin. (2) în cuprinsul căruia se găsesc numele și prenumele celui citat, calitatea procesuală în care este citat și indicarea obiectului cauzei, iar la alin.(3) adresa celui citat” [5, p. 141–143]....etc

Potrivit dispozițiilor CPP ROM privind înmânarea citației altor persoane, art. 261 prevede la alin. (1) „Dacă persoana citată nu se află acasă, agentul înmânează citația soțului, unei rude sau oricărei persoane care locuiește cu ea ori care în mod obișnuit îi primește corespondența” iar la alin.(3) „Persoana care primește citația semnează dovada de primire, iar

agentul, certificând identitatea și semnătura, încheie proces-verbal. Dacă aceasta refuză sau nu poate semna dovada de primire, agentul afișează citația pe ușa locuinței, încheind proces-verbal”; conținutul citației este prevăzut la art. 258, alin.(1), lit.b) unde este menționat „numele și prenumele celui citat, calitatea în care este citat și indicarea obiectului cauzei iar la lit.c) adresa celui citat” [3, p. 464, 459].

Se pun întrebările:

1. Sunt date cu caracter personal datele trecute în citație?

2. Sunt protejate datele cu caracter personal, prin afișarea citației pe ușa locuinței?

3. Ipotetic, în măsura în care persoane străine ajung la ușa locuinței persoanei citate, și află de datele de identificare a persoanei citate pe care le folosesc ulterior în alt scop, putem spune că ne aflăm și observăm o altă breșă de încălcare a datelor cu caracter personal, și care ar fi soluția?

4. Cine a încălcat prevederile privind legislația de protecție a datelor cu caracter personal?

Răspunsuri la întrebări:

1. Da, sunt date cu caracter personal trecute în citație.

2. Nu sunt protejate aceste date.

3. Soluția ar fi ca, și în această situație, afișarea să nu fie a citației ci doar o înștiințare de prezentare la organul care a dispus citarea pentru înmânarea acesteia.

4. Legiutorul a încălcat prevederile privind protecția datelor cu caracter personal. Nu a reglementat modalitatea de citare în conformitate cu prevederile privind protecția datelor cu caracter personal.

Concluzii și recomandări:

Pe scurt, observăm nevoia de cunoaștere și identificare pentru stabilirea tuturor breșelor din sistem, de respectare pe lângă aplicarea CPP și a normelor de protecție a datelor cu caracter personal.

Ca și recomandare consider că trebuie să existe o corelare între CPP și aplicarea în vederea protejării datelor cu caracter personal tuturor părților din proces dar și o modificare a acelor articole din CPP care oferă posibilitatea încălcării normelor regulamentului.

În acest sens, legat de procedura citării, propun **reformularea conținutului dispozițiilor alin. (1),(2),(3) ale art. 239; alin.(1),(2),(3),(4),(5) ale art. 240; art. 241 din CPP RM și reformularea conținutului dispozițiilor alin.(1),(2),(3),(4) și (5), ale art. 261; art. 261¹ din CPP ROM în așa mod încât să includă protejarea datelor cu caracter personal persoanelor citate.** În special, propunem următoarea lor redacție:

Articolul 239 CPP RM. În mînarea citației destinatarului

(1) Citația se înmânează personal celui citat, care va semna dovada de primire. (2) Dacă persoana citată nu vrea să primească citația sau, primind-o, nu vrea sau nu poate să semneze dovada de primire, agentul lasă citația celui citat ori, în cazul refuzului de primire, o afișează pe ușa locuinței acesteia, întocmind despre aceasta un proces-verbal. (3) În cazul în care citarea se face potrivit art. 238 alin. (1), (4)-(6), administrațiile instituțiilor respective sînt obligate să înmîneze de îndată citația persoanei citate contra semnătură, certificîndu-i semnătura în dovada de primire sau indicînd motivul pentru care nu s-a putut obține semnătura acesteia. Dovada de primire se predă agentului procedural, care o înaintează organului de urmărire penală sau instanței de judecată care a emis citația.

Articolul 240 CPP RM. Înminarea citației altor persoane

(1) Dacă persoana citată nu se află acasă, agentul înmînează citația soțului, unei rude sau oricărei persoane care locuiește cu ea ori care în mod obișnuit îi recepționează corespondența. Citația nu poate fi înmînată unui minor sub 14 ani sau unei persoane bolnave mintal. (2) Dacă persoana citată locuiește într-un imobil cu mai multe apartamente, într-un cămin sau la hotel, în lipsa persoanelor indicate în alin. (1), citația se predă administratorului, persoanei de serviciu sau celor care în mod obișnuit îi înlocuiesc. (3) Persoana care primește citația semnează dovada de primire, iar agentul, certificînd identitatea și semnătura, întocmește proces-verbal. Dacă aceasta nu vrea sau nu poate semna dovada de primire, agentul afișează citația pe ușa locuinței, întocmind proces-verbal. (4) În lipsa persoanelor indicate la alin. (1) și (2), agentul este obligat să se intereseze cînd poate găsi persoana citată pentru a-i înmîna citația. Dacă nici pe această cale nu reușește să o înmîneze, agentul afișează citația pe ușa locuinței persoanei citate, întocmind proces-verbal. (5) În cazul în care persoana citată locuiește într-un imobil cu mai multe apartamente, într-un cămin sau la hotel, dacă în citație nu s-a indicat apartamentul ori camera în care locuiește, agentul este obligat să facă investigații pentru a afla aceasta. Dacă investigațiile au rămas fără rezultat, agentul nu afișează citația pe ușa principală a clădirii sau la locul de afișare a informației, doar plicul cunumele și prenumele persoanei citate, întocmind proces-verbal și făcînd mențiune despre circumstanțele care au făcut imposibilă înminarea citației.

Articolul 241 CPP RM. Cercetări în vederea înmînării citației Dacă persoana citată și-a schimbat adresa, agentul se informează pentru a afla noua adresă, menționînd în procesul-verbal datele obținute.

Articolul 261 CPP ROM. Înmânarea citației altor persoane

(1) Dacă persoana citată nu se află acasă, agentul înmînează plicul ce conține citația soțului, unei rude sau oricărei persoane care locuiește cu ea ori care în mod obișnuit îi primește corespondența. Plicul ce conține citația nu poate fi înmînată unui minor sub 14 ani sau unei persoane lipsite de discernămint.

(2) Dacă persoana citată locuiește într-un imobil cu mai multe apartamente sau într-un hotel, în lipsa persoanelor arătate la alin. (1), plicul ce conține citația se predă administratorului, portarului ori celui care în mod obișnuit îl înlocuiește.

(3) Persoana care primește plicul ce conține citația semnează dovada de primire, iar agentul, certificînd identitatea și semnătura, încheie proces-verbal. Dacă aceasta refuză sau nu poate semna dovada de primire, agentul introduce plicul ce conține citația în cutia poștală, încheind proces-verbal.

(4) În lipsa persoanelor arătate la alin. (1) și (2), agentul este obligat să se intereseze cînd poate găsi persoana citată pentru a-i înmîna citația. Cînd persoana citată nu poate fi găsită, agentul introduce în cutia poștală a locuinței persoanei citate o înștiințare care trebuie să cuprindă:

a) anul, luna, ziua și ora cînd depunerea sau, după caz, afișarea a fost făcută;

b) numele și prenumele celui care a făcut afișarea și funcția acestuia;

c) numele, prenumele și domiciliul sau, după caz, reședința, respectiv sediul celui înștiințat;

d) numărul dosarului în legătură cu care se face înștiințarea și denumirea organului judiciar pe rolul căruia se află dosarul, cu indicarea sediului acestuia;

e) mențiunea că înștiințarea se referă la actul procedural al citației;

f) mențiunea termenului stabilit de organul judiciar care a emis citația în care destinatarul este în drept să se prezinte la organul judiciar pentru a i se comunica citația;

g) mențiunea că, în cazul în care destinatarul nu se prezintă pentru comunicarea citației în interiorul termenului prevăzut la lit. f), citația se consideră comunicată la împlinirea acestui termen;

h) semnătura celui care a afișat înștiințarea.

(5) În cazul cînd persoana citată locuiește într-un imobil cu mai multe apartamente sau într-un hotel, dacă în plicul ce conține citația nu s-a indicat apartamentul ori camera în care locuiește, agentul este obligat să facă investigații pentru a afla aceasta. Dacă investigațiile au rămas fără rezultat, agentul încheie proces-verbal și face mențiune despre împrejurările care au făcut imposibilă înmînarea plicului ce conține citația.

Articolul 261¹ CPP ROM. Imposibilitatea de a comunica citația

Când comunicarea plicului ce conține citația nu se poate face, deoarece imobilul nu există, este nelocuit ori destinatarul nu mai locuiește în imobilul respectiv, sau atunci când comunicarea nu poate fi făcută din alte motive asemănătoare, agentul întocmește un proces-verbal în care menționează situațiile constatate, pe care îl trimite organului judiciar care a dispus citarea.

Referințe bibliografice:

1. Șandru D.M., Alexe I., Legislația Uniunii Europene privind protecția datelor personale, Ed. Universitară, București, 2018, 599 p.
2. Noul Cod Penal al României Noul Cod de procedură penală, Editura Hamangiu, București, 2016, 640 p.

3. Neagu I., Damaschin M., Iugan A.V. Codul de procedură penală, Adnotat, Include Legislație și Jurisprudență, Universul Juridic, București 2018, 886 p.

4. Portal.just.ro, [Accesat: 04 martie 2019]

5. Codul de Procedură Penală al Republicii Moldova, actualizat la 01.10.2018, Tipografia Centrală, Chișinău, 2018, 263 p.

INFORMATII DESPRE AUTOR

Daniel CRISTEA – Ministerul Afacerilor Interne, România, doctorand în cadrul Universității de Stat din Moldova, Școala Doctorală „Științe juridice”;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Daniel CRISTEA – PhD student at the State University of Moldova, Doctoral School “Legal Sciences”;
cristeadaniel415@gmail.com

УДК 342.922

ЩОДО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ МЕХАНІЗМУ ПРИ РЕАЛІЗАЦІЇ «ВНУТРІШНЬОГО» ПУБЛІЧНОГО ПРАВОНАСТУПНИЦТВА

ІВАН ПАЛАМАРЧУК,

кандидат юридичних наук,
головний спеціаліст

Управління персоналу Міністерства юстиції України

АНОТАЦІЯ

У статті проводиться теоретичне дослідження сутності «внутрішнього» публічного правонаступництва під час змін в організації виробництва і праці центральних органів виконавчої влади, міністерств, їхніх територіальних органів, місцевих державних адміністрацій, тобто безпосередньо під час реорганізації таких суб'єктів владних повноважень (скорочення чисельності або штату персоналу, скорочення персоналу внаслідок зміни структури або штатного розпису суб'єкта владних повноважень без скорочення чисельності або штату персоналу). Також здійснюється опис сутності й особливостей «внутрішнього» публічного правонаступництва; визначаються поняття та види структурних підрозділів суб'єктів владних повноважень (зокрема, органів державної влади); висвітлюються прогалини в реалізації «внутрішнього» публічного правонаступництва в діяльності органів державної влади, запропоновано шляхи їх усунення.

Ключові слова: публічне правонаступництво, структурний підрозділ, суб'єкт владних повноважень, міністерство, повноваження.

REGARDING THE PROVISION OF THE MECHANISM ON THE IMPLEMENTATION OF “INTERNAL” PUBLIC LEGAL SUCCESSION

Ivan PALAMARCHUK,

Candidate of Law Sciences,
Chief Specialist

Personnel Department of the Ministry of Justice of Ukraine

SUMMARY

The article conducts a theoretical study of the essence of “internal” public legal succession during changes in the organization of production and labor of the central executive bodies, ministries, their territorial bodies, and local state administrations, i.e. directly in the reorganization of subjects of power (reduction of number of personnel, reduction of personnel due to changes in the personnel structure of the subject of power without reducing the number or personnel). The article also describes the essence and features of the concept of “internal” public legal succession; the concepts and types of structural units of the subjects of power (in particular, public authorities); it also highlights the “gaps” while the implementation of “internal” public legal succession regarding the activities of public authorities and proposes the ways to its elimination.

Key words: public legal succession, structural unit, subject of power, ministry, authority.

SĂ OFERE UN MECANISM DE IMPLEMENTARE A SUCESIUNII PUBLICE „INTERNE”

REZUMAT

Articolul realizează un studiu teoretic al esenței succesiunii publice „interne” în timpul schimbărilor în organizarea producției și a muncii a organelor executive centrale, ministerelor, organelor teritoriale ale acestora, administrațiilor locale de stat, adică direct în timpul reorganizării unor astfel de subiecte de putere (reducerea personalului sau a personalului, reducerea personalului ca urmare a modificărilor în structura sau personalul subiectului de putere fără reducerea numărului sau personalului). Sunt descrise și esența și trăsăturile succesiunii publice „interne”; se determină conceptele și tipurile de subdiviziuni structurale ale subiecților puterii (în special, autoritățile publice); sunt evidențiate lacune în implementarea succesiunii publice „interne” în activitățile autorităților publice, sunt propuse modalități de eliminare a acestora.

Cuvinte cheie: succesiune publică, subdiviziune structurală, subiect al puterii, minister, puteri.

Постановка проблеми. П. 7 ч. 1 ст. 4 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) визначено, що суб'єкт владних повноважень – це орган державної влади (зокрема, без статусу юридичної особи), орган місцевого самоврядування, їх посадова чи службова особа, інший суб'єкт під час здійснення ними публічно-владних управлінських функцій на підставі законодавства, зокрема й на виконання делегованих повноважень, надання адміністративних послуг [1].

У розумінні КАС України органи державної влади або місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт під час здійснення ними публічно-владних управлінських функцій на підставі законодавства, зокрема й на виконання делегованих повноважень, є різновидом суб'єктів владних повноважень, які діють з урахуванням основоположних істин: щодо невідворотності та повноцінної відповідальності держави за свою діяльність, яка реалізується через делегованих суб'єктів владних повноважень, у контексті ст. 3 Конституції України: «<...> Держава відповідає перед людиною за свою діяльність» [2].

Варто зазначити, що процедуру передання (набуття) адміністративної (управлінської) компетенції від одного суб'єкта владних повноважень до іншого в теорії адміністративного права визначено як публічне (позапроцесуальне, адміністративне по своїй природі) правонаступництво [3].

Ураховуючи те, що публічне правонаступництво можливе щодо всіх без винятку суб'єктів владних повноважень, доцільно розглянути складову частину виду такого правонаступництва, яким володіє теорія адміністративного права, як «за сферою поширення», зокрема «внутрішнє» публічне правонаступництво, що відбувається в межах одного суб'єкта владних повноважень, коли компетенція передається від однієї організаційно залежної структурної одиниці (департамент, управління, відділ, сектор тощо) до іншої [4].

Варто зазначити, що поміж проблем сучасної теорії адміністративного права й законодавства, які виявляються під час вирішення питань, пов'язаних із правонаступництвом у судовому та процедурному порядкух, доцільно погодитись із думкою вітчизняних учених [3; 4] про цілковиту відсутність теоретичного обґрунтування й законодавчого врегулювання процедури набуття адміністративної компетенції одним суб'єктом владних повноважень після іншого.

Додатково варто зазначити, що ця проблема породжує питання неналежного практичного застосування «внутрішнього» публічного правонаступництва.

Актуальність теми дослідження підтверджується також тим, що в чинному законодавстві України фактично не регламентується питання публічного правонаступництва¹, яке істотно відрізняється від інституту правонаступництва суб'єктів приватного права. Адже інститут правонаступництва органів виконавчої влади є більш широким за змістом та включає правонаступництво в завданнях, функціях та повноваженнях як складових частинах категорії компетенції органу виконавчої влади, а також щодо конкретних управлінських (організаційних) прав та обов'язків, які становлять зміст відповідних правовідносин [5].

Науковий аналіз проблем організаційно-правового забезпечення публічного правонаступництва в Україні здійснюється багатьма вченими. Серед них варто назвати В.М. Бевзенка, Є.Н. Белей, В.М. Гаращука, Ю.А. Дорохину, І.М. Коросташову, П.О. Повара, М.І. Смоковича й інших.

Метою статті є дослідження сутності «внутрішнього» публічного правонаступництва під час змін в організації виробництва і праці центральних органів виконавчої влади, міністерств, їхніх територіальних органів та місцевих державних адміністрацій, тобто безпосередньо під час реорганізації таких суб'єктів владних повноважень (скорочення чисельності або штату персоналу, скорочення персоналу внаслідок зміни структури або штатного розпису суб'єкта владних повноважень без скорочення чисельності або штату персоналу).

Для досягнення цієї мети сформульовані такі завдання:

- описати сутність і особливості «внутрішнього» публічного правонаступництва;
- визначити поняття та види структурних підрозділів суб'єктів владних повноважень, зокрема органів державної влади;
- на основі здійсненого дослідження виявити прогалини в реалізації «внутрішнього» публічного правонаступництва в діяльності органів державної влади, запропонувати шляхи їх усунення.

Виклад основного матеріалу. Відомо, що діяльність будь-яких суб'єктів владних повноважень загалом і безпосередньо структурних підрозділів (штатні структурні одиниці) зазначених суб'єктів залежить від необхідності виконувати відповідні повноваження, що зумовлені наявним публічним інтересом. Тобто важливими для значної кількос-

¹ Питання публічного правонаступництва нині врегульовано лише для центральних органів виконавчої влади постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку здійснення заходів, пов'язаних з утворенням, реорганізацією або ліквідацією міністерств, інших центральних органів виконавчої влади» від 29 жовтня 2011 р. № 1074.

ті фізичних і юридичних осіб потребами, які відповідно до законодавчо встановленої компетенції забезпечуються суб'єктами владних повноважень. Отже, публічний інтерес є не чим іншим, як певною сукупністю приватних інтересів [6].

Тому залежно від наявних особливостей публічного інтересу будь-який суб'єкт владних повноважень, що функціонує з реалізації опосередкованої частини такого або всього інтересу (територіальної громади, конкретної категорії громадян тощо), містить відповідну структуру – штатних структурних підрозділів, діяльність яких залежить від необхідності й об'ємності у виконанні відповідних функцій, які віднесено до повноважень такого суб'єкта владних повноважень, у структурі якого вони функціонують.

Доречно звернути увагу на твердження правника XIX ст. К.Д. Кавеліна, який зазначив: «Велика частина відомств, урядових установ і посадових осіб не є самостійними юридичними особами, хоча мають у своєму розпорядженні майно і вступають у зобов'язання. Вони є лише органами або, так би мовити, уповноваженими, повіреними держави у сфері казни. Мають у своєму віданні казенне майно, вступають в юридичні відносини за її дорученням, під її відповідальність і її коштом. За принципом, усі вони між собою солідарні, як повірені і представники того самого господаря – держави, за вказівками якого діють і якій надають звіт у своїх розпорядженнях» [8, с. 198]. Тобто всі структурні підрозділи суб'єктів владних повноважень однотипні, але відрізняються за повноваженнями, з метою реалізації яких їх утворено.

Структурним підрозділом визначається структурна одиниця суб'єкта владних повноважень, яка має визначені повноваження (права, обов'язки, завдання та функції) у відповідній сфері діяльності такого суб'єкта, відмінні від повноважень інших одиниць², входить до структури такого суб'єкта владних повноважень як організаційно відособлена від інших підрозділів її частина.

² Наприклад, бухгалтерська служба суб'єкта владних повноважень виконує функції, пов'язані з фінансовим забезпеченням та бухгалтерським обліком такого суб'єкта, з урахуванням специфіки його діяльності (питання оплати праці, обліку матеріальних цінностей та інших фінансово-облікових дій мають свої особливості, що виходять із компетенції того суб'єкта владних повноважень, до структури якого ця служба належить), у зв'язку із чим інший структурний підрозділ такого суб'єкта владних повноважень (служба персоналу, діловодства, господарського забезпечення, претензійно-позовної роботи (юридична), цифрового розвитку, а також інші підрозділи, які опосередковано реалізують повноваження відповідного суб'єкта владних повноважень) за змістом своїх повноважень є іншим структурним підрозділом, відмінним від інших.

Також варто зазначити, що вітчизняним законодавством визначено види структурних підрозділів таких суб'єктів владних повноважень, зокрема, як державні органи (міністерства та центральні органи виконавчої влади, їхні територіальні органи, місцеві державні адміністрації) [7], до яких відносять:

1) у складі апарату центральних органів виконавчої влади (окрім міністерств):

– департамент – структурний підрозділ, що утворюється для виконання окремих завдань із реалізації державної політики за певними напрямками діяльності центрального органу виконавчої влади, за умови, що в його складі буде не менш як чотири відділи;

– управління (самостійний відділ) – структурний підрозділ одногалузевого або однофункціонального спрямування. Управління може бути самостійним або входити до складу департаменту;

– самостійний сектор – структурний підрозділ, що утворюється для виконання завдань за окремим напрямом діяльності органу виконавчої влади, функції якого неможливо поєднати з функціями інших структурних підрозділів;

– відділ у складі департаменту (управління) – структурний підрозділ, що утворюється для виконання завдань за одним напрямом (функцією) діяльності органу виконавчої влади;

2) у складі міністерств:

– директорат – самостійний структурний підрозділ, що утворюється для виконання завдань, пов'язаних із забезпеченням формування державної політики в одній або декількох сферах компетенції міністерства, координацією та моніторингом її реалізації, проведення аналізу й оцінки впливу її реалізації на заінтересовані сторони, а також інших завдань, окрім тих, що пов'язані з виконанням функцій з надання адміністративних послуг, управління об'єктами державної власності або здійснення державного нагляду (контролю). До складу директорату входять не менш як дві експертні групи, у разі потреби, відділ (відділи), головне (головні) управління;

– директорат стратегічного планування та європейської інтеграції – самостійний структурний підрозділ, що може утворюватися для виконання завдань, пов'язаних із стратегічним плануванням діяльності та плануванням бюджету міністерства, європейською інтеграцією, координацією виконання міністерством міжнародних зобов'язань, а також координацією роботи із забезпечення формування державної політики у сферах компетенції міністерства;

– експертна група – структурний підрозділ, що входить до складу директорату й утворюється

для виконання завдань за визначеними напрямками (функціями) діяльності директорату;

– головне управління у складі директорату – структурний підрозділ, що утворюється для виконання завдань за одним напрямом / функцією діяльності директорату. До складу головного управління входить не менш як два відділи;

– відділ у складі директорату (головного управління) – структурний підрозділ із штатною чисельністю не менш як три одиниці, що утворюється для виконання завдань за одним напрямом (функцією) діяльності директорату або головного управління;

– секретаріат – сукупність самостійних структурних підрозділів і посад, що здійснюють організаційне, правове, фінансово-економічне, матеріально-технічне забезпечення діяльності міністерства, зокрема щодо: забезпечення функціонування документообігу, здійснення контролю за дотриманням строків виконання завдань і заходів, відповідальним за виконання яких є міністерство; управління персоналом, ведення бухгалтерського обліку і звітності; протокольного забезпечення міжнародного співробітництва; реалізації законодавства щодо доступу до публічної інформації, організації розгляду звернень громадян; забезпечення ІТ-підтримки та захисту інформації; забезпечення здійснення державних закупівель; забезпечення взаємодії із засобами масової інформації та зв'язків із громадськістю; матеріально-технічного та господарського забезпечення; взаємодії з органами державної влади; дотримання вимог щодо охорони праці та цивільного захисту.

Отже, залежно від стратегічних змін у державній політиці країни, науково-технічного прогресу, територіальної компетенції будь-який суб'єкт владних повноважень (центральный орган виконавчої влади, міністерство, їхні територіальні органи та місцеві державні адміністрації) набуває відповідних повноважень або необхідність виконання таких повноважень відпадає, що призводить до здійснення відповідних заходів із реорганізації суб'єкта владних повноважень (змін в організації праці, перепрофілювання, скорочення чисельності або штату працівників).

Проте варто зазначити, що суспільна практика багата як вдалими, так і невдалими рішеннями даної проблеми. Правонаступність є збереженням колишнього правового стану в умовах, що змінились. Вона виражає той «момент спокою», який властивий будь-якому громадському процесу. Слушною є думка, висловлена О.А. Камаловим про те, що державні повноваження, які реалізуються припиненим органом, не можуть бути припиненими та підля-

гають передачі іншим державним органам. Даний процес має знаходити свій прояв в акті про реорганізацію чи ліквідацію того чи іншого органу [9].

Отже, доречно погодитися із зазначеним вище твердженням, адже як у правонаступництві органів державної влади, так і у «внутрішньому» правонаступництві суб'єкта владних повноважень повинен існувати «момент спокою», що виражається в чіткому та зрозумілому механізмі набуття правонаступником (в даному разі структурним підрозділом, що перебрав повноваження ліквідованого структурного підрозділу) не тільки повноважень попередника (ліквідованого або реорганізованого структурного підрозділу), а й результатів його діяльності для здійснення подальшої безперебійної діяльності початих попередником процесів опосередкованого виконання повноважень суб'єкта владних повноважень, до структури якого вони (зазначені підрозділи) входять.

Однак під час ухвалення рішення суб'єктом владних повноважень (посадовою особою суб'єкта владних повноважень) щодо здійснення відповідних заходів із реорганізації, у вигляді наказу або розпорядження, таке рішення зазвичай стосується лише питання вивільнення персоналу та здійснення заходів із його розрахунку (вивільнюваного персоналу) бухгалтерською службою. Натомість питання щодо публічного правонаступництва прав і обов'язків реорганізованих структурних підрозділів у разі їхнього злиття, перетворення або взагалі ліквідації може бути врегульовано у відповідному положенні про структурний підрозділ, але лише як функціональні повноваження³.

Проте в такій неузгодженості зазвичай упускається питання відповідальності за діяльність реорганізованого або ліквідованого структурного підрозділу (якщо персонал такого підрозділу було

³ Згідно з абз. 7–8 п. 6 Загальних положень Довідника кваліфікаційних характеристик професій працівників, затвердженого наказом Міністерства праці та соціальної політики України від 29 грудня 2004 р. № 336, відомо, що до посадових інструкцій може бути внесено зміни, доповнення лише на підставі наказу керівника підприємства, установи, організації за згодою працівника. Наказ про внесення змін, доповнень до посадової інструкції видається в разі перерозподілу обов'язків між працівниками у зв'язку зі скороченням чисельності, раціональним розподілом праці. У разі зміни назви підприємства, установи, організації, їхнього структурного підрозділу або посади до посадових інструкцій вносяться відповідні зміни. Посадові інструкції складаються для працівників усіх посад, що зазначені у штатному розписі. Виняток можуть становити окремі керівники, правове положення яких визначено у Статуті (положенні) підприємства, установи, організації або відповідного підрозділу, де зазначено основні завдання, обов'язки, права і відповідальність за виконання покладених на них функцій.

у встановленому порядку вивільнено та трудові відносини із суб'єктом владних повноважень припинено). правонаступником в такому разі (структурний підрозділ, на який буде покладено повноваження ліквідованого структурного підрозділу) може стати як інший структурний підрозділ із числа уже існуючих, так і новостворений структурний підрозділ суб'єкта владних повноважень, або взагалі таке правонаступництво може бути розподілено між декількома новоствореними або існуючими структурними підрозділами. У такому разі може наставити множинне внутрішнє публічне правонаступництво, а конкретний правонаступник у такій ситуації може взагалі не бути визначеним.

Отже, не забезпечується виконання зазначеного змісту ст. 3 Конституції України, що може негативно відобразитися на організації діяльності такого суб'єкта владних повноважень, його діловий репутації, а також як наслідок виникнення необхідності встановлення фактів, які підлягають підтвердженню або оспорованню в судовому порядку.

Тому для уникнення неузгодженості в питаннях «внутрішнього» публічного правонаступництва набуває необхідності усунення зазначеної прогалини шляхом передбачення в рішенні суб'єкта владних повноважень про реорганізацію питання щодо «внутрішнього» публічного правонаступництва (передача під акт звітної документації, справ тощо, виконавця такого правонаступництва). Проте таке питання потребує передбачення у вигляді нормативно-правового акта з регулювання питань «внутрішнього» публічного правонаступництва, сфера поширення якого має стосуватися всіх юридичних осіб публічного права.

Висновки. Викладене є лише частиною наявних проблем, пов'язаних із неврегульованістю публічного правонаступництва, тому доречно наголосити також на нагальній необхідності теоретичного та комплексного дослідження інституту публічного правонаступництва в теорії адміністративного права, що, як уже було зазначено, уособлює собою недосліджений напрям дослідження публічних відносин. Результати такого дослідження є вкрай затребувані як теоретична основа, яка надалі, цілком можливо, буде вдосконалена результатами інших досліджень, у правовому врегулюванні таких публічних відносин буде запроваджено правовий механізм публічного правонаступництва.

Варто звернути увагу на питання сутності (природи) й особливостей «внутрішнього» публічного правонаступництва (яке включає в себе процес передачі повноважень від однієї організаційно залежної структурної одиниці (департамент, управління, відділ, сектор тощо) до іншої, що відбувається в

межах одного суб'єкта владних повноважень) під час змін в організації виробництва і праці центральних органів виконавчої влади, міністерств, їхніх територіальних органів, місцевих державних адміністрацій (тобто безпосередньо під час реорганізації таких суб'єктів владних повноважень) потребує свого врегулювання в окремому адміністративно-правовому порядку, визначеному відповідним актом законодавства, з подальшим упровадженням у практичну реалізацію всіх суб'єктів владних повноважень, під час здійснення ними заходів із реорганізації.

Список використаної літератури:

1. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35. С. 1358.
2. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. С. 141.
3. Бевзенко В.М. Публічне правонаступництво: сутність, процедура та особливості. *Право і суспільство*. 2013. № 6. С. 140–149. URL: http://pravoisusplstvo.org.ua/archive/2013/6_2013/32.pdf (дата звернення: 23.10.2021).
4. Мельник Р.С., Бевзенко В.М. Загальне адміністративне право : навчальний посібник / за заг. ред. Р.С. Мельника. Київ : Ваіте, 2014. С. 215–217.
5. Висновок Головного науково-експертного управління від 09.07.2020 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69133 (дата звернення: 15.10.2021).
6. Постанова Верховного Суду від 13.02.2019 р. у справі № 810/2763/17 (К/9901/44258/18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79883398> (дата звернення: 23.10.2021).
7. Про упорядкування структури апарату центральних органів виконавчої влади, їх територіальних підрозділів та місцевих державних адміністрацій : постанова Кабінету Міністрів України від 12.03.2005 р. № 179. URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/kp050179?an=35&ed=2019_10_28 (дата звернення: 23.10.2021).
8. Кавелин К.Д. Права и обязанности по имуществам и обязательствам. *Избранные произведения по гражданскому праву*. Москва : АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. 721 с.
9. Белей Є.Н. Публічне правонаступництво органів державної влади. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 2. Т. 2. С. 65–67.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

ПАЛАМАРЧУК Іван Васильович – кандидат юридичних наук, головний спеціаліст Управління персоналу Міністерства юстиції України;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

PALAMARCHUK Ivan Vasylovych – Candidate of Law Sciences, Chief Specialist of the Personnel Department of the Ministry of Justice of Ukraine;
palamar182250@ukr.net

Финансовое и налоговое право

УДК 347.736(477)

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ПИТАННЯ ЩОДО ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АРБІТРАЖНИХ КЕРУЮЧИХ В УКРАЇНІ

Вікторія ПАНЧЕНКО,

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри міжнародного приватного права та порівняльного правознавства

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

АНОТАЦІЯ

У статті проводиться теоретично-практичне дослідження організаційно-правових питань щодо дисциплінарної відповідальності арбітражних керуючих за результатами професійної діяльності. Системно проаналізовано чинне законодавство України у сфері процедур із банкрутства та неплатоспроможності юридичних та фізичних осіб. Визначено недоліки системи контролю з боку державного органу з питань банкрутства та застосування дисциплінарного стягнення стосовно відповідальності арбітражного керуючого. Розглядуване законодавство потребує подальшого вдосконалення з метою активізації належного рівня організаційно-правового забезпечення щодо контролю та застосування дисциплінарного стягнення у сфері процедур із банкрутства та неплатоспроможності.

Ключові слова: дисциплінарна відповідальність, дисциплінарне стягнення, законодавство із процедур банкрутства, арбітражний керуючий, державний орган із питань банкрутства.

ORGANIZATIONAL AND LEGAL QUESTIONS ARE IN RELATION TO DISCIPLINARY RESPONSIBILITY OF ARBITRAGE MANAGING IN UKRAINE

Victoriia PANCHENKO,

PhD in Law, Associate Professor,

Associate Professor at the Private International Law and Comparative Law Department

Yaroslav Mudryi National Law University

SUMMARY

In the article theoretical and practical research of organizational and legal questions is conducted in relation to disciplinary responsibility of the arbitrage managing on results of professional activity. The current legislation of Ukraine is system analysed in the field of procedures from bankruptcy and insolvency of legal and individual persons. It is distinguished lacks of the checking system from the side of public organ on questions bankruptcy and application of disciplinary penalty in relation to responsibility arbitrage managing. The examined legislation needs further perfection with the aim of activation of the proper level of the organizational and legal providing in relation to control and application of disciplinary penalty in the sphere of procedures from bankruptcy and insolvency.

Key words: disciplinary responsibility, disciplinary penalty, legislation from procedures of bankruptcy, arbitrage managing, state agency for bankruptcy.

ASPECTE ORGANIZATORICE ȘI JURIDICE PRIVIND RESPONSABILITATEA DISCIPLINARĂ A ADMINISTRATORILOR DE ARBITRAJ ÎN UCRAINA

REZUMAT

Articolul realizează un studiu teoretic și practic al problemelor organizatorice și juridice ale răspunderii disciplinare a administratorilor arbitrali pe baza rezultatelor activităților profesionale. Legislația actuală a Ucrainei în domeniul procedurilor de faliment și insolvență a persoanelor juridice și persoanelor fizice este analizată sistematic. Au fost identificate deficiențele sistemului de control de către organul de stat privind falimentul și aplicarea sancțiunilor disciplinare în raport cu răspunderea curatorului arbitral. Legislația în cauză trebuie îmbunătățită în continuare pentru a spori nivelul adecvat de sprijin organizatoric și juridic pentru controlul și aplicarea sancțiunilor disciplinare în domeniul procedurilor de faliment și insolvență.

Cuvinte cheie: răspundere disciplinară, sancțiune disciplinară, legislație privind procedurile de faliment, administrator arbitral, organ de stat pe probleme de faliment.

Постановка проблеми. Зниження ефективності процедур із банкрутства в Україні є наслідком порушень та зловживань у процедурах банкрутства недобросовісних арбітражних керуючих під час виконання своїх обов'язків щодо розподілу активів і грошей боржників, тобто виконання арбітражними керуючими організаційно-процедурні функції стосовно управління та реалізації активів юридичних та фізичних осіб для погашення кредиторської заборгованості.

На кожному етапі діяльності арбітражних керуючих щодо виконання своїх професійних обов'язків існують організаційно-правові проблеми та зловживання, що створює корупційні ризики. Саме тому за діяльністю арбітражних керуючих здійснюється контроль державним органом із питань банкрутства, яким є Міністерство юстиції України щодо дисциплінарної відповідальності згідно з Кодексом з України із процедур банкрутства від 18 жовтня 2018 р. [4], а також саморегулювальною організацією арбітражних керуючих «Національна асоціація арбітражних керуючих України» щодо дотримання професійних стандартів етики, яка була створена як некомерційна професійна організація 20 листопада 2019 р. [7]. Окрім зазначених суб'єктів, контроль за професійною діяльністю арбітражного керуючого також здійснює відповідний господарський суд, що призначив його як ліквідатора, розпорядник майна, керуючий санацією та у провадженні якого перебуває справа про банкрутство.

Подвійна юрисдикція судового контролю як наслідок дублювання функцій органів контролю за діяльністю арбітражних керуючих, відсутність узагальненого збірника дисциплінарних правил та норм у зазначеній сфері зумовили необхідність проведення дослідження щодо організаційно-правових питань дисциплінарної відповідальності арбітражних керуючих за результатами професійної діяльності й аналізу законодавства України у сфері процедур із банкрутства та неплатоспроможності з визначенням недоліків системи контролю та відповідальності.

Науковий аналіз проблем організаційно-правового забезпечення притягнення до дисциплінарної відповідальності арбітражних керуючих в Україні, який є важливими й актуальними як у теоретичному розумінні, так і у практичному застосуванні, здійснюється багатьма вітчизняними вченими, серед яких варто назвати таких, як: О. Бірюков, А. Підгородецька, В. Лукашук, О. Ольшанська, Л. Богачова та ін.

Метою статті є дослідження організаційно-правових питань дисциплінарної відповідальності

арбітражних керуючих, системний аналіз чинного законодавства України у сфері процедур із банкрутства та неплатоспроможності, визначення недоліків системи контролю та відповідальності.

Виклад основного матеріалу. Згідно з Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. [5] та положенням ст. 92 Конституції України [6] передбачено, що засади цивільно-правової відповідальності; діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, відповідальність за них визначаються виключно законами України. Тому під час тлумачення норм закону неприпустимим є використання розширення такого тлумачення закріплених у ньому дисциплінарних проступків, що порушує принцип правової визначеності та гарантій прав на професію.

Відповідно до ст. 21 Кодексу України з процедур банкрутства арбітражні керуючі несуть за свої дії та бездіяльність як цивільно-правову, адміністративну, кримінальну відповідальність, так і дисциплінарну в порядку й обсягах, установлених законом. Підставою для притягнення арбітражного керуючого до дисциплінарної відповідальності є вчинення ним дисциплінарного проступку, як-от факт зайняття діяльністю, несумісною з діяльністю арбітражного керуючого, порушення правил професійної етики арбітражного керуючого, невиконання або неналежне виконання своїх обов'язків або ж невиконання статуту та рішень саморегулювальної організації арбітражних керуючих, що встановлено ст. 19 цього Кодексу [4].

Дисциплінарна відповідальність арбітражних керуючих в Україні має неоднозначний характер визначення, оскільки арбітражні керуючі не несуть суто дисциплінарну відповідальність, а відповідальність за порушення як законодавства, так і правил організації своєї професійної діяльності, встановлених Міністерством юстиції України, та правил професійної етики, включаючи регламенти саморегулювальної організації арбітражних керуючих «Національна асоціація арбітражних керуючих України». Отже, під час аналізу простежується наявна заміна категорії тлумачення поняття дисциплінарного проступку через застосування поняття грубого порушення, яке нормативно не визначене.

З аналізу практики органами контролю та проведення перевірок діяльності арбітражних керуючих грубі порушення класифікуються як порушення, що вчиняються арбітражними керуючими, зокрема організаційного характеру, щодо кредиторів та ведення реєстру кредиторів, пов'язані з інвентаризацією та захистом майна боржника, з реалізацією майна боржника, зі здійсненням аналізу

фінансово-господарської діяльності, з виявленням та розпорядженням активами боржника. Саме такі порушення є підставою для позбавлення права на зайняття такою діяльністю арбітражних керуючих, водночас немає чіткого визначення і переліку грубих порушень у законодавстві із процедур банкрутства.

У судовій же практиці зазначається, що грубим порушенням є таке порушення, що призвело до настання незворотних істотно негативних наслідків для боржника (банкрута) чи його кредиторів, які можуть полягати, зокрема, у реальному завданні матеріальної шкоди боржнику (банкруту) чи його кредиторам, за умови наявності причинно-наслідкового зв'язку між протиправними діями (бездіяльністю) арбітражного керуючого і наслідками, що настали [12]. Отже, застосування наведеного поняття поки має спірне тлумачення та потребує нормативного закріплення і роз'яснення.

Подвійність у системі контролю за діяльністю арбітражних керуючих, що є характерною ознакою в Україні, означає дублювання повноважень відомчого та судового контролю, тобто водночас як із боку державного органу з питань банкрутства, так і в межах провадження у справі про банкрутство. Практична взаємодія між державним органом із питань банкрутства та господарським судом відсутня як на законодавчому рівні, так і по суті, з направленням на відмінний один від іншого результат зп однакового підконтрольного суб'єкта.

Так, на відміну від спрямованості відомчого контролю з боку Міністерства юстиції України згідно зі ст. 20 Кодексу України з процедур банкрутства [4], результатом здійснення господарським судом контролю у справі про банкрутство є відсторонення арбітражного керуючого та / або постановлення судового рішення про зобов'язання його вчинити певні дії / заборонити їх учинення в межах конкретної справи про банкрутство, у якій останній здійснює повноваження спеціальних суб'єктів у процедурах банкрутства.

Окрім цього, положення п. 3 ст. 20 Кодексу України з процедур банкрутства, де передбачені позапланові виїзні та невиїзні перевірки, що можуть проводитись за зверненнями фізичних чи юридичних осіб, якщо з таких звернень випливає необхідність здійснення додаткового контролю з боку державного органу з питань банкрутства, та п. 6 ст. 20 Кодексу України з процедур банкрутства, де зазначено, що саморегулювна організація арбітражних керуючих має право за зверненням учасника справи про банкрутство або за власною ініціативою здійснити перевірку діяльності арбітражного керуючого на предмет дотримання ним статуту

саморегулювної організації арбітражних керуючих, Кодексу професійної етики арбітражного керуючого, рішень саморегулювної організації арбітражних керуючих, пов'язаних із діяльністю арбітражних керуючих [4], встановлюють не виправдано необмежене коло осіб, які мають право звернутися зі скаргами на дії арбітражних керуючих, що буде підставою для проведення позапланових перевірок. Окрім цього, комітет кредиторів має право в будь-який час звернутися до господарського суду із клопотанням про відсторонення арбітражного керуючого від виконання повноважень незалежно від наявності підстав згідно зі ст. 28 Кодексу України з процедур банкрутства [4]. Тобто будь-яка особа може звернутись до органу контролю з викладенням обставин невиконання або неналежного виконання арбітражним керуючим покладених на нього повноважень, що є взагалі неприпустимим, зважаючи на те, що будь-які правовідносини, які створюють зобов'язання для виконання арбітражними керуючими комплексу процесуальних дій, виникають у межах провадження у справі про банкрутство з визначеним переліком осіб у конкретній справі. По суті саме такі визначені особи мають право звернутися з інформацією про свої порушені права, що і повинно бути нормативно визначено Кодексом України з процедур банкрутства в аспекті обмеження суб'єктів щодо таких звернень тільки учасниками конкретної справи про банкрутство.

Характерною особливістю дисциплінарної відповідальності арбітражних керуючих є і те, що державний орган із питань банкрутства, який притягує до дисциплінарної відповідальності, не ухвалює рішення про застосування відповідного стягнення, а вже за поданням дисциплінарної комісії застосовує до арбітражних керуючих дисциплінарні стягнення.

Згідно зі ст. 22 Кодексу України із процедур банкрутства саме дисциплінарна комісія, утворена у встановленому державним органом із питань банкрутства порядку, розглядає питання щодо притягнення арбітражних керуючих до дисциплінарної відповідальності за вчинення дисциплінарного проступку [4]. Резолютивне ж рішення про притягнення арбітражних керуючих до дисциплінарної відповідальності ухвалює Міністерство юстиції України.

Варто також зазначити, що дисциплінарна комісія відповідно до свого Положення про Дисциплінарну комісію арбітражних керуючих, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 25 вересня 2019 р. № 2993/5, не є структурним підрозділом Міністерства юстиції України [10], а це означає, що її рішення, які оформлюються у

вигляді протоколу за результатами відповідних засідань, згідно зі ст. 22 Кодексу України із процедур банкрутства [4], не є рішеннями Міністерства юстиції України. Однак притягнення до відповідальності Міністерством юстиції України як державним органом із питань банкрутства оформлюється наказом Міністерства юстиції України, який по суті є адміністративним актом суб'єкта владних повноважень, оскарження якого підпадає вже під адміністративну юрисдикцію, що створює певну колізію підсудності розгляду позовів про оскарження рішень про застосування дисциплінарних стягнень, тобто господарськими судами розглядаються справи по суті про банкрутство, натомість адміністративним судам підсудні справи про притягнення до дисциплінарної відповідальності арбітражних керуючих.

Виникає також і неоднозначність у визначенні строків притягнення до дисциплінарної відповідальності арбітражних керуючих згідно з п. 4 ст. 21 Кодексу України із процедур банкрутства, де передбачено, що рішення про застосування дисциплінарного стягнення ухвалюється протягом двох місяців із дня виявлення дисциплінарного проступку, але не пізніше одного року із дня його вчинення [4], але не зазначено суб'єкта видання такого рішення. Тому це може бути як протокольне рішення дисциплінарної комісії, так і наказ Міністерства юстиції із суттєвим проміжком часу між їх ухваленням, що може бути обґрунтованою обставиною в разі оскарження притягнення до дисциплінарної відповідальності арбітражним керуючим.

Ураховуємо і те, що положення про встановлення порядку здійснення контролю за діяльністю арбітражних керуючих, перевірки організації їхньої роботи, дотримання ними вимог законодавства з питань банкрутства державним органом із питань банкрутства передбачені ст. 3 Кодексу України з процедур банкрутства [4], не передбачено зазначеним органом притягнення арбітражних керуючих до дисциплінарної відповідальності. Але перелік повноважень не є виключним, що надає можливість державному органу з питань банкрутства здійснення інших повноважень, які передбачені законодавством.

Отже, звертаємось до аналізу Положення про Міністерство юстиції України, що і є державним органом із питань банкрутства, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 2 липня 2014 р. № 228. Так, у цьому положенні схожий зміст зі ст. 3 Кодексу України із процедур банкрутства щодо порядку здійснення контролю за діяльністю арбітражних керуючих, перевірки організації їхньої роботи, дотримання арбітраж-

ними керуючими вимог законодавства з питань банкрутства та здійснення такого контролю Міністерство юстиції України [11], водночас також не передбачено здійснення Міністерством юстиції України функції щодо притягнення арбітражних керуючих до дисциплінарної відповідальності. Але, наприклад, зазначеним положенням закріплено здійснення Міністерством юстиції України заходів щодо виявлення та запобігання вчиненню кримінальних правопорушень і дисциплінарних проступків засудженими й особами, узятими під варту, або ж міністром юстиції України здійснення повноважень щодо притягнення до дисциплінарної відповідальності керівника Укрдержархіву та його заступників тощо [11].

Виходячи із цього, наявна відсутність повного комплексу правовідносин між державним органом із питань банкрутства й арбітражними керуючими щодо дисциплінарної відповідальності останнього. Саме це надає підстави стверджувати, що Міністерство юстиції України як державний орган із питань банкрутства не роботодавець щодо арбітражних керуючих, по суті ж арбітражні керуючі призначаються господарськими судами, де розглядається справа про банкрутство, а кредитори, боржники або ліквідаційна маса є джерелом отримання винагороди за їхню роботу. Така правова ситуація є недосконалою та потребує законодавчих змін.

Що стосується розкриття конфіденційної інформації, яка розглядається на засіданнях дисциплінарної комісії щодо дисциплінарного провадження, то таке може бути лише за згодою самого арбітражного керуючого для недопущення будь-якого впливу на ухвалення рішення про застосування дисциплінарного стягнення. З аналізу судової практики зроблено висновки щодо неможливості в більшості випадків встановити мотиви вчинення дисциплінарного проступку арбітражним керуючим на підставі протокового рішення, якими керувалася дисциплінарна комісія, за відсутності його мотивувальної частини, наприклад, у разі відхилення істотних обставин, наданих арбітражним керуючим [3].

Підлягає врахуванню те, що у справі «Руїз Торіа проти Іспанії» Європейський суд з прав людини зазначив, що відповідно до практики, яка відображає принцип належного здійснення правосуддя, судові рішення мають достатньою мірою висвітлювати мотиви, на яких вони базуються [13]. Теоретичним підґрунтям є принцип правової визначеності [1] під час ухвалення будь-якого рішення судом, зокрема і щодо відсторонення арбітражного керуючого від участі у справі [8, с. 163].

Висновки. Отже, подвійна юрисдикція судового контролю за діяльністю арбітражних керуючих, невинуватено необмежене коло осіб, які мають право звернутися зі скаргами на дії арбітражних керуючих, неоднозначність у визначенні строків притягнення до дисциплінарної відповідальності арбітражних керуючих, відсутність повного комплексу правовідносин між державним органом із питань банкрутства й арбітражними керуючими щодо дисциплінарної відповідальності останнього, відсутність мотивувальної частини у протокольному рішенні дисциплінарної комісії через конфіденційність інформації, довготривалість самого процесу притягнення до дисциплінарної відповідальності арбітражних керуючих, паперовий бюрократизм створюють нормативне перенавантаження та корупційну складову частину в цій сфері. Спираючись на зазначене, під час виконання контрольних функцій щодо діяльності арбітражного керуючого та процедури застосування дисциплінарного стягнення до арбітражного керуючого варто враховувати можливість виникнення й інших організаційно-правових та процесуальних проблем, зокрема зловживань на різних етапах контролю та притягнення до відповідальності як із боку органів контролю, так і з боку арбітражних керуючих. Отже, законодавство щодо контролю та застосування дисциплінарного стягнення у сфері процедур із банкрутства та неплатоспроможності потребує подальшого вдосконалення з метою активізації належного рівня організаційно-правового забезпечення.

Список використаної літератури:

1. Богачова Л. Принцип правової визначеності в європейському і національному праві (змістовна характеристика). *Теорія і практика правознавства*. 2013. Вип. 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2013_2_74 (дата звернення: 17.10.2021).
2. Господарський кодекс : Закон України від 16.01.2003 р. № 436–IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (дата звернення: 17.10.2021).
3. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/> (дата звернення: 17.10.2021).
4. Кодекс України з процедур банкрутства : Закон України від 18.10.2018 р. № 2597–VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text> (дата звернення: 17.10.2021).

5. Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 17.10.2021).

6. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 17.10.2021).

7. Національна асоціація арбітражних керуючих України. URL: <https://minjust.gov.ua/news/ministry/stvoreno-samoregulivnu-organizatsiyu-arbitrajnih-keruyuchih-ukraini> (дата звернення: 17.10.2021).

8. Ольшанська О. Відсторонення арбітражного керуючого від участі у справі про банкрутство за новим. *Застосування норм Кодексу України із процедур банкрутства*: збірка наукових статей / за заг. ред. С. Жукова. Київ : Алерта, 2019. С. 160–167.

9. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 р. № 1700–VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text> (дата звернення: 17.10.2021).

10. Положення про Дисциплінарну комісію арбітражних керуючих : наказ Міністерства юстиції України від 25.09.2019 р. № 2993/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1068-19#Text> (дата звернення: 17.10.2021).

11. Положення про Міністерство юстиції України : постановою Кабінету Міністрів України від 02.07.2014 р. № 228. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/228-2014-%D0%BF#Text> (дата звернення: 17.10.2021).

12. Рішення у справі № 280/2854/19 від 10.09.2019 р. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/84424738> (дата звернення: 17.10.2021).

13. Справа «Руїз Торіа проти Іспанії» : рішення ЄСПЛ. URL: <https://taxlink.ua/ua/court/sprava-ruis-toriha-proti-ispanii/> (дата звернення: 17.10.2021).

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА
ПАНЧЕНКО Вікторія Валеріївна – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри міжнародного приватного права та порівняльного правознавства Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
PANCHENKO Victoria Valerievna –
PhD in Law, Associate Professor,
Associate Professor at the Private International Law
and Comparative Law Department
of Yaroslav Mudryi National Law University;
vika09panchenko@gmail.com

Гражданское право и процесс

CZU: 342.726-056.2

PROTECȚIA PERSOANELOR PRIN INTERMEDIUL MĂSURILOR DE OCROTIRE JUDICIARĂ

Igor BĂCU,

lector universitar în cadrul catedrei Protecție, pază și securitate
Universitatea de Educație Fizică și Sport

Adelina BĂCU,

doctor în drept, conferențiar universitar în cadrul Departamentului Drept, ASEM

REZUMAT

În vederea realizării prevederilor tratatelor internaționale la care Republica Moldova este parte, a obiectivelor documentelor strategice naționale, legiuitorul național în ultimii ani a intervenit cu noi mecanisme de protecție socială, dar și judiciară, a persoanelor cu dizabilități psihice și fizice, perfecționând cadrul legislativ-normativ în vederea asigurării accesului acestora la prestații și servicii sociale, de ocupare în câmpul muncii și de reabilitare, dar mai presus de acestea, garantând o protecție sporită împotriva derapajelor care se atestau din partea subiecților ce reprezintă interesele și drepturile acestora, numiți reprezentanți legali, prin reglementarea detaliată a procedurii de aplicare a măsurilor de ocrotire.

Cuvinte cheie: protecția persoanelor cu deficiențe psihice și fizice, măsuri de ocrotire judiciară, principiile protecției persoanelor cu dizabilități, procedura instituirii măsurilor de ocrotire, petiționar, reprezentant, tutelă, curatelă, asistență provizorie.

PROTECTION OF THE INDIVIDUAL THROUGH JUDICIAL PROTECTIVE MEASURES

Igor BACU,

University Lecturer, Department of Projection, Guard and Security of USEFS

Adelina BACU

PhD in law, Associate Lecturer, Department of Law
Academy of Economic Studies of Moldova

SUMMARY

In order to achieve the provisions of international treaties to which the Republic of Moldova is a part of, the objectives of national strategic documents, the national legislator in recent years has intervened with new mechanisms for social and judicial protection of people with mental and physical disabilities, improving the legislative-normative framework in order to ensure their access to benefits and social services, employment and rehabilitation, but above them, guaranteeing increased protection against slips attested by the subjects representing their interests and rights, appointed legal representatives, by detailed regulation of the procedure for applying the protection measures.

Key words: protection of people with mental and physical disabilities, legal protection measures, principles of protection of people with disabilities, procedure for instituting protection measures, petitioner, representative, guardianship, curatorship, temporary assistance.

Problema. Conceptul de securitate este operațional nu doar în raport cu statalitatea sau membrii unei societăți, dar și în raport cu siguranța persoanei, care uneori poate prezenta un pericol pentru sine însuși, nu doar pentru mediul

în care conviețuiește. Desigur, ne referim la acele subiecte care, din cauza unor boli mintale, deficiențe fizice sau psihologice nu pot, în mod deplin, conștientiza acțiunile lor sau nu-și pot exprima voința. În acest context, statul trebuie

prin acte legislative să pună la dispoziția celor interesați instrumente cu ajutorul cărora ar asigura protecția, atât a persoanelor care suferă de anumite tulburări psihice, cât și a celor participanți la viața socială care se confruntă cu asemenea persoane. În acest sens, problema de cercetare se rezumă la următoarele întrebări: în ce măsură normele procesual civile, prin care este consacrată procedura de instituire a măsurilor de ocrotire judiciară, reușesc să asigure îndeplinirea obligațiilor, care revin statului RM, în calitate de parte a Convenției ONU privind drepturile persoanelor cu dizabilități din 13 decembrie 2006.

Actualitatea temei de cercetare. Instituția măsurilor de ocrotire judiciară a îmbrăcat o nouă haină juridică după anul 2017, legiuitorul intervenind cu ample modificări atât în legislația civilă, cât și în cadrul Codului de procedură civilă, fiind operate schimbări și în procedura de instituire a acestor măsuri de către instanța de judecată. Toate aceste transformări necesită o interpretare, explicare, care ar pune în evidență elementele specifice acestei proceduri, dar și unele lacune constatate.

Scopul și obiectivele cercetării. Lucrarea presupune ca scop abordarea modului de reglementare și implementare a procedurii aplicării măsurilor de ocrotire judiciară și relevarea particularităților etapelor de desfășurare a acesteia. Atingerea scopului propus presupune realizarea următoarelor obiective: cercetarea cadrului normativ aplicabil procedurii analizate, relevarea principiilor ce diriguiesc protecția juridică a adulților incapabili, analiza tipurilor măsurilor de ocrotire și a procedurii de instituire a acestora.

Metodele aplicate și materialele utilizate. La elaborarea lucrării au fost utilizate: metoda logică, metoda analizei sistemice, metoda formal-dogmatică, precum și generalizarea. Cercetarea este realizată prin prisma cadrului legislativ național și internațional actual și a doctrinei juridice.

Rezultatele căpătate și dezbateri. La 13 aprilie 2017 Parlamentul RM a adoptat Legea nr. 66 (în vigoare din 2 iunie 2017) [4] ce modifică cadrul legal în privința capacității de exercițiu a persoanelor adulte care, din cauza unei dizabilități mentale, nu își pot exprima pe deplin consimțământul. Pornind de la tradiția dreptului privat roman asemenea persoane erau numite persoane incapabile (*furiosus*), ele erau lipsite de capacitate de exercițiu, iar asupra lor se institua tutela exercitată de un tutore. [9]

Noile dispoziții legislative au schimbat radical vechia abordare, iar pe plan terminologic, de la “persoane incapabile” s-a trecut la “persoane ocrotite”.

De asemenea, la 17 noiembrie 2016 Curtea Constituțională a RM a pronunțat Hotărârea nr. 33 pentru controlul constituționalității unor prevederi din Codul civil și Codul de procedură civilă al Republicii Moldova. [3] În aprecierile sale, Curtea Constituțională a menționat, printre altele:

„108. În lumina prevederilor [Convenției ONU] Curtea constată că, deși persoanele cu dizabilități mintale au dreptul la recunoașterea, oriunde s-ar afla, a capacității lor juridice, este posibilă aplicarea unor măsuri de protecție asupra acestora, adaptate la situația particulară a persoanei (art. 12 alin. (4)).

109. Astfel, Curtea reține că tutela poate fi instituită atunci când restricțiile care le implică sunt proporționale cu nivelul de incapacitate a persoanei cu tulburări psihice și doar pentru o perioadă determinată de timp, cu evaluarea ulterioară a necesității menținerii acesteia de către autoritatea competentă care a instituit-o.”

Prin aceeași hotărâre s-a constatat:

„137. Curtea observă că prevederile Codului de procedură civilă stabilesc nulitatea absolută a actelor procesuale întocmite de persoanele declarate incapabile fără a acorda posibilitate instanței de judecată de a le examina și a decide asupra valabilității acestora în funcție de circumstanțe.

142. În aceste condiții, reieșind din standardele internaționale, Curtea subliniază că actele procedurale întocmite de persoanele incapabile nu pot fi supuse din start unei nulități absolute. La fel, se impune și necesitatea examinării de către instanța de judecată a cererilor de chemare în judecată în funcție de circumstanțe, chiar și fără implicarea obligatorie (acordul) a reprezentantului legal al persoanei incapabile, în cazul în care problema dedusă spre soluționare poate fi examinată doar cu concursul nemijlocit al persoanei care a depus-o.” [3]

Legea adoptată la 13 aprilie 2017 a modificat și completat 16 acte legislative, însă principalele modificări s-au rezumat la:

- introducerea în Capitolul I, Titlul 1, Cartea întâi a Codului civil a Secțiunii 3 „Măsurile de ocrotire contractuală și judiciară”, care cuprinde 100 articole noi, și

- expunerea în nouă redacție a Capitolului XXVIII din Codul de procedură civilă, cu noua denumire „Procedura privind măsurile de ocrotire”, care cuprinde 23 de articole.

Procesul de reformă în domeniul protecției persoanelor cu dizabilități psihice sau fizice a fost ghidat de unele principii cuprinse în Recomandarea nr. R (99) 41 a Comitetului Miniștrilor Statelor Membre privind Principiile privitoare la protecția juridică a adulților incapabili (23 februarie 1999),

menționate și în cadrul Notei informative la proiectul Legii pentru modificarea și completarea unor acte legislative, [5] și anume:

Flexibilitatea în măsura juridică: măsurile de ocrotire și alte mecanisme juridice destinate asigurării ocrotirii intereselor personale și economice ale adulților incapabili ar trebui să fie suficient de largi și flexibile pentru a permite adoptarea unei măsuri juridice potrivite pentru diferite grade de incapacitate și pentru o varietate de situații. Totalitatea măsurilor de ocrotire propuse ar trebui să comporte dispoziții limitându-se la un act concret și fără a impune desemnarea unui reprezentant sau a unui reprezentant cu împuterniciri permanente. Ar trebui elaborate măsuri care obligă reprezentantul să acționeze împreună cu adultul vizat, precum și alte măsuri care prevăd desemnarea mai multor reprezentanți.

Păstrarea maximală a capacității: cadrul legislativ ar trebui, la maxim posibil, să recunoască că pot să existe diferite grade de incapacitate și că incapacitatea poate varia în timp. Drept urmare, o măsură de ocrotire nu ar trebui automat să conducă la o restricționare totală a capacității juridice. Totuși, o limitare a acesteia din urmă ar trebui să fie posibilă atunci când în mod evident apare necesitatea ocrotirii persoanei în cauză.

Caracterul necesar și subsidiar: nici o măsură de ocrotire nu se poate institui față de un adult incapabil decât dacă ea este necesară, ținând cont de circumstanțele particulare și de nevoile celui interesat. Atunci când se pronunță pe marginea necesității unei măsuri, se va aplica mecanismul cel mai puțin formalist și de a ține cont de orice asistență pe care o pot aduce membrii familiei sau oricare altă persoană.

Proportionalitatea: în cazul în care este necesară instituirea ocrotirii, ea trebuie să fie proporțională cu gradul de capacitate al persoanei vizate și adaptată la circumstanțele particulare și nevoile acesteia din urmă. Măsura de ocrotire va limita capacitatea juridică, drepturile și libertățile persoanei vizate doar în limita necesară pentru a atinge scopul intervenției.

Caracterul echitabil și eficace al procedurii: procedurile care duc la adoptarea măsurii de ocrotire a adulților incapabili trebuie să fie echitabile și eficace. Trebuie instituite garanții procedurale corespunzătoare pentru a proteja drepturile persoanei vizate și pentru a preveni eventualele abuzuri.

Preeminența intereselor și bunăstării persoanei vizate: la instituirea sau punerea în aplicare a unei măsuri de ocrotire a unui adult incapabil, se vor lua în cont cu prioritate interesele și bunăstarea acestuia. Acest principiu implică în special faptul că alegerea unei persoane pentru a reprezenta sau asista adultul

incapabil trebuie înainte de toate să se bazeze pe aptitudinea acestei persoane de a proteja și promova interesele și bunăstarea adultului vizat.

Respectul dorinței și sentimentelor persoanei vizate: La instituirea sau punerea în aplicare a măsurii de ocrotire a adultului incapabil, ar trebui, în măsura posibilă, de ținut cont și de a respecta în mod corespunzător dorințele din trecut și prezent și sentimentele celui interesat.

Consultarea: la instituirea și punerea în aplicare a unei măsuri de ocrotire, ar trebui de consultat, în măsura în care este rezonabil și posibil, persoanele care au un interes special în bunăstarea adultului vizat, cum ar fi reprezentantul său, un membru apropiat al familiei sale sau a altor persoane. Cercul de persoane care urmează a fi consultat și efectele consultării sau absența consultării ar trebui determinate în dreptul intern.

Fundamentându-și noile dispoziții în materie de protecție a persoanelor cu dizabilități pe aceste principii, legiuitorul național „a adaptat normele Codului de procedură civilă la dezideratele internaționale în această materie, pentru ca persoana cu dizabilități mintale să aibă, pe de o parte, posibilitate de a exercita drepturi procesuale civile, iar pe de altă parte, de a fi supusă anumitor măsuri de ocrotire”. [8, p. 431]

Măsurile de ocrotire judiciară

Măsura de ocrotire au drept scop ocrotirea, atât a persoanei afectate de maladii psihice sau deficiențe fizice, cât și a intereselor patrimoniale ale acesteia. Astfel, aceste măsuri urmăresc interesul și bunăstarea persoanei în privința căreia se instituie și favorizează, pe cât este posibil, autonomia acesteia. Totodată, având în vedere gravitatea efectelor pe care le determină aceste măsuri, prin restrângerea unor drepturi și libertăți ale persoanei, legiuitorul a încredințat competența de instituire a acestora, doar instanțelor de judecată

Măsurile de ocrotire judiciară diferă după intensitatea intervenției în viața persoanei. Dacă legislația anterioară prevedea unica măsură de ocrotire lipsirea de capacitate de exercițiu și instituirea tutelei, noua legislație propune diversificarea lor pentru a răspunde necesității de a adapta măsura la situația specifică a persoanei fizice vizate.

Actualmente, măsurile de ocrotire judiciare îmbracă trei forme:

1) ocrotirea provizorie – se instituie de către instanța judecătorească asupra persoanelor care au nevoie de ocrotire temporară sau de reprezentare pentru îndeplinirea doar a anumitor acte juridice. Această ocrotire este de scurtă durată (maxim 12 luni) – (art. 97–101 din Codul civil). [2] Ocrotirea

provizorie nu afectează capacitatea de exercițiu a persoanei ocrotite cu excepția domeniului în care acționează ocrotitorul provizoriu;

2) curatela – se aplică persoanei care, fără a fi lipsită complet de discernământ, are nevoie, în temeiul dispozițiilor art. 65 alin. (1) – boală mintală, deficiență fizică -, să fie asistată în mod continuu (art.102 CC). Curatela se instituie doar dacă prin ocrotirea provizorie nu se va putea asigura ocrotirea suficientă a persoanei. Măsura poate fi aplicată pe o durată maximă de 5 ani;

3) tutela – este ultima măsură de ocrotire continuă și se instituie doar dacă nici prin ocrotire provizorie și nici prin curatelă nu se poate asigura ocrotirea suficientă a persoanei. Această măsură durează maxim 5 ani, deși instanța poate în mod excepțional să o stabilească la 10 ani (în situația în care, în baza raportului de expertiză psihiatrică care confirmă că, având în vedere stadiul dezvoltării științei, nu există semne vădite că starea persoanei se va îmbunătăți), (art.103 CC). Mai mult decât atât, dacă se solicită reînnoirea tutelei, instanța de judecată, în baza raportului de expertiză psihiatrică prin care se confirmă că nu există semne vădite că starea persoanei se va îmbunătăți, poate stabili, prin hotărâre motivată, un termen de până la 20 de ani (art.104 al.2 CC). Instanța de judecată va desemna un tutore care va reprezenta persoana ocrotită în toate actele sale. Pornind de la limitele trasate de Hotărârea Curții Constituționale nr. 33 din 17.11.2016, tutorele reprezintă persoana ocrotită în toate actele juridice doar în cazul în care persoana ocrotită este lipsită în totalitate de discernământ.

Procedura instituirii măsurile de ocrotire judiciară

Particularitatea reținută în cazul procedurii instituirii măsurilor de ocrotire judiciară o reprezintă inexistența contrarietății de interese (caracterul unilateral), altfel spus, cererea nu este îndreptată împotriva unui adversar cu potențial interes în a se opune la admiterea acesteia. [7, p. 605] În aceste circumstanțe, instanța, mai curând exercită un control asupra întrunirii condițiilor de instituire, modificare sau revocare a acestor măsuri.

În procedura privind măsurile de ocrotire se examinează, potrivit art.302 al.1 CPC [1] următoarele cauze:

a) de instituire, reînnoire sau revocare a unei măsuri de ocrotire judiciare (ocrotire provizorie, tutelă sau curatelă);

b) de modificare a condițiilor în care se exercită o măsură de ocrotire judiciară;

c) de desemnare și revocare a ocrotitorului provizoriu, curatorului, tutorelui, membrilor

consiliului de familie, curatorului supleant, tutorelui supleant, curatorului special, tutorelui special;

d) de contestare a deciziilor consiliului de familie sau a autorității tutelare în orice aspect ce ține de măsura de ocrotire contractuală sau judiciară;

e) de contestare a faptului producerii efectelor unui mandat de ocrotire în viitor, de suspendare, revocare a mandatului de ocrotire în viitor, precum și de acordare a unor împuterniciri suplimentare mandatarului sau unui mandatar special;

f) de soluționare a altor chestiuni privind măsurile de ocrotire contractuale sau judiciare care, conform legii, sunt de competența instanței de judecată.

Intentarea procedurii

Cererea de pornire a procesului privind măsura de ocrotire se depune, la alegerea petiționarului:

a) la instanța judecătorească de la domiciliul sau reședința persoanei în privința căreia este instituită sau se solicită instituirea unei măsuri de ocrotire (denumită în sensul prezentului capitol – persoană fizică), inclusiv de la locul aflării instituției de tratament sau instituției sociale în care este stabilită aceasta;

b) la instanța judecătorească de la domiciliul sau reședința ocrotitorului provizoriu, curatorului, tutorelui sau mandatarului împuternicit prin mandat de ocrotire în viitor. Această din urmă dispoziție ne sugerează că, înaintarea cererii în instanța de judecată poate avea loc atunci când persoana ocrotită a încheiat un mandat de ocrotire în viitor sau a fost instituită în privința ei o măsură de ocrotire judiciară (ocrotirea provizorie, curatela sau tutela).

Instanța de judecată care examinează cererea de pornire a procesului privind măsura de ocrotire solicită dosarul personal de la autoritatea tutelară de la domiciliul persoanei fizice. După rămânerea irevocabilă a hotărârii judecătorești în procesul privind măsura de ocrotire, instanța de fond va restitui dosarul personal autorității tutelare de la domiciliul persoanei fizice, care îl va păstra cel puțin până la decesul acesteia.

Petiționarul este scutit de plata cheltuielilor aferente procesului privind măsura de ocrotire (art.303 CPC). Dacă analizăm însă, normele generale în materie de scutire de la plata taxei de stat, constatăm că în art.85 CPC, o asemenea prevedere nu se regăsește. În acest sens, apreciem necesară, includerea acestor categorii de subiecți în categoria celor ce beneficiază de scutiri și care sunt incluși în prevederile art.85 al.1 CPC. Dacă se constată că petiționarul a depus cu rea-credință cererea de pornire a procesului privind măsura de ocrotire, instanța îl va obliga la plata tuturor cheltuielilor de

judecată și la reparația prejudiciului cauzat. Este firească o asemenea sancțiune, având în vedere efectele grave pe care le-ar putea suporta persoana în privința căreia se insistă pentru instituirea tutelei (de la schimbarea atitudinii față de ea în societate și până la pierderea locului de muncă sau a unui contract care putea fi încheiat etc.) și, totodată, se răpește și din timpul instanței de judecată, deturnând și sarcinile procesului, petiționarul, de fapt, urmărind cu totul alt scop decât ocrotirea – depozitarea de un anumit bun, șantajul având ca obiectiv obținerea unor foloase etc.

Pregătirea cauzei către dezbateri

Judecătorul, din oficiu sau la cererea participanților, în pregătirea cauzei către dezbateri judiciare, poate ordona efectuarea expertizei psihiatrice a persoanei fizice. Dacă persoana fizică se eschivează în mod vădit de la expertiză, instanța poate pronunța, în ședință de judecată, cu participarea medicului psihiatru, o încheiere privind supunerea forțată a persoanei unei expertize psihiatrice (art.304 CPC).

În literatura de specialitate s-a menționat [6, p. 12–13] că, „în rezultatul efectuării expertizei psihiatrico-legale, indiferent de tipul cauzei judiciare (penală/civilă) și de obiectivele înaintate, expertul psihiatrico-legal trebuie neapărat să reflecte în concluzii următoarele aspecte: structura și gradul de dezvoltare al personalității; în cazul constatării lipsei disfuncțiilor psihice cu semnificație psihiatrico-legală decisivă, se va specifica lipsa tulburărilor și maladiilor psihice, existența criteriilor discernământului și anume – intelectual (capacitatea de a conștientiza acțiunile sale) și volitiv (capacitatea de a dirija acțiunile sale și de a înțelege consecințele lor) și acțiunea realizată cu discernământ; în cazul identificării unor tulburări cu semnificație psihiatrico-legală sau a unor boli psihice, se vor indica diagnosticul psihiatric, prezența tulburărilor sau a bolilor psihice diagnosticate la momentul consumării faptei, capacitatea de a conștientiza și dirija acțiunile sale, de a înțelege consecințele lor, de a acționa cu discernământ”.

Examinarea cererii în fond

În cadrul examinării cauzei în fond, instanța de judecată audiază petiționarul, persoana fizică, cu excepția cazului când s-a pronunțat încheierea de a nu audia persoana, conform art.308¹ CPC, (în această situație audierea se desfășoară la locul aflării persoanei) precum și ceilalți participanți. Cauza se examinează în ședință secretă, cu excepția cazului când la ea pot asista alte persoane (soțul, autoritatea tutelară, persoana cu care locuiește împreună de mai mult de 3 ani).

Un aspect asupra căruia trebuie să atragem atenția este faptul că, deși am menționat caracterul

necontencios a acestei proceduri, totuși, art.305 CPC cu titlu de excepție prevede posibilitatea unor dezbateri contradictorii. În acest sens, doctrina juridică menționează: „Dreptul instanței de judecată de a dispune desfășurarea în contradictoriu a procesului privind măsura de ocrotire este prevăzută de legiuitor în scopul realizării principiului respectului dorinței și sentimentelor persoanelor vizate prevăzut în Recomandarea nr. R (99) 41 a CMSM privind Principiile privitoare la protecția juridică a adulților incapabili. Într-un proces contradictorial instanța de judecată ar putea elucida deplin circumstanțele ce țin de dorințele și sentimentele persoanei ocrotite atunci când aceasta din urmă are o poziție procesuală opusă față de a celorlalți participanți la proces.” [8, p. 439]

Potrivit art.308 CPC persoana audiată poate fi însoțită de altă persoană pe care a ales-o, care nu va avea calitatea de reprezentant în proces. Audierea persoanei fizice se poate desfășura la sediul instanței de judecată, la reședința sa, în instituția de tratament sau instituția socială, precum și în orice alt loc corespunzător. Audierea are loc în ședință secretă, la care pot participa persoanele enumerate în art.94 din Codul civil.

Avocatul persoanei este informat despre timpul și locul audierii. Referitor la rolul avocatului în aceste tipuri de procese, menționăm că, primordial este ca acesta să depună toate eforturile pentru menținerea interacțiunii bazate pe încredere și suport cu persoana reprezentată, totodată verificând nivelul de înțelegere al informației furnizate. În situațiile în care, interesele persoanei cu deficiențe mintale sau fizice o impun, avocatul va trebui să-și asume în mare parte procesul de adunare a probelor prin efectuarea interpelărilor și cererilor către instituțiile care dețin aceste probe. Nu în ultimul rând, avocatul va ține cont ca măsurile de ocrotire să urmărească interesul și bunăstarea persoanei în privința căreia se instituie și să favorizeze pe cit este posibil, autonomia acesteia.

Reglementând procedura de audiere a persoanei în raport cu care se solicită măsura de ocrotire, legiuitorul stabilește că, persoana fizică poate cere să fie audiată în regim individual și închis, fiind însoțită, la dorință, de o persoană pe care a ales-o (art.308 CPC). Dacă consideră necesar, instanța de judecată poate desfășura audierea persoanei fizice în prezența medicului care o tratează sau în prezența altei persoane pertinente. Referitor la acest din urmă subiect, legiuitorul nu menționează care va fi calitatea procesuală a persoanei ce însoțește persoana fizică și acest aspect provoacă dificultăți în ceea ce privește determinarea drepturilor și obligațiile lor în proces. Din acest motiv, apreciem necesară intervenția

legiuitorului pentru a reglementa statutul juridic al însoțitorului, fie în calitate de reprezentant legal, fie de persoană interesată.

Instanța de judecată va depune toate eforturile posibile pentru a constata dorințele și sentimentele persoanei fizice privind cererea supusă examinării, folosind metodele de comunicare care corespund stării și situației persoanei audiate, va analiza ca măsurile de ocrotire să fie instituite și exercitate întru respectarea drepturilor și libertăților fundamentale și a demnității persoanei.

Termene de examinare a cererilor

Analizând aceste termene constatăm că, în dependență de obiectul cererii care urmează a fi soluționată, aceste termene diferă. Astfel:

1) Pentru cererea de instituire a unei măsuri de ocrotire judiciare se prevede termenul de un an din data depunerii, în caz contrar, cererea se scoate de pe rol (art.308⁸ CPC).

2) Cererile adresate, după instituirea măsurii de ocrotire, de către persoana ocrotită sau persoana însărcinată cu ocrotirea, se soluționează într-un termen de 3 luni de la data depunerii acestora (art.308¹⁰ CPC) dacă ele nu necesită obținerea unor informații suplimentare, prezentarea de probe suplimentare sau altă cercetare. În acest caz, instanța de judecată va avertiza petiționarul despre acest fapt și îl va informa despre data la care se va pronunța hotărârea, într-un termen care nu va depăși 9 luni din data depunerii cererii respective, cu excepția cazurilor în care instanța de judecată dispune efectuarea unei dezbateri în contradictoriu conform art.305 CPC.

Deși pentru alte tipuri de proceduri civile, legiuitorul s-a axat pe principiul rezonabilității, totuși în cazul de față vorbim despre niște exigențe mai drastice față de unitatea temporară, fapt explicabil, având în vedere gravitatea consecințelor ce pot interveni, atât pentru persoana a cărei ocrotire se solicită, dacă aceasta pe un timp îndelungat ar fi privată de ocrotire, cât și pentru societate, în general, care ar putea să se confrunte cu acțiuni periculoase din partea acestor subiecți.

Hotărârea judecătorească

Potrivit art.308¹¹ CPC prin hotărârea judecătorească de instituire a măsurii de ocrotire judiciare instanța poate satisface cererea înaintată în sensul stabilirii acelei măsuri de ocrotire care a fost solicitată prin această cerere, fie poate să instituie o altă măsură de ocrotire judiciară decât cea solicitată de petiționar sau de către unul dintre participanți.

Dispozitivul hotărârii judecătorești se comunică petiționarului, persoanei însărcinate cu ocrotirea și tuturor persoanelor cărora le modifică drepturile sau

obligațiile aferente măsurii de ocrotire. Dispozitivul hotărârii judecătorești prin care se soluționează cererea de instituire a măsurii de ocrotire judiciare se comunică persoanei ocrotite personal, dovada anexându-se la dosar. Instanța de judecată, prin încheiere motivată, poate să decidă să nu comunice dispozitivul hotărârii judecătorești de instituire a măsurii de ocrotire judiciare persoanei ocrotite dacă această informație îi poate prejudicia grav sănătatea. În acest caz, dispozitivul se expediază avocatului său, precum și persoanei pe care instanța o consideră cea mai potrivită pentru a primi această comunicare. Dispozitivul hotărârii judecătorești se comunică persoanelor care, conform art. 308¹³ CPC, pot depune apel. Comunicarea se efectuează prin scrisoare recomandată cu aviz de recepție. Dacă este necesar, instanța de judecată poate dispune efectuarea comunicării prin executor judecătoresc.

Concluzii. Necesitatea creșterii pe cât e posibil a autonomiei persoanelor care suferă de tulburări mintale în activitățile desfășurate și măsurile întreprinse, potrivit standardelor consacrate de actele internaționale în domeniu, a provocat schimbări legislative substanțiale în domeniul procedurii de aplicare a măsurilor de ocrotire judiciară prin intermediul instanțelor de judecată. În rezultat, o categorie întreagă de persoane, care decenii la rând erau total izolate de societate, au obținut posibilitatea să-și revendice și să-și apere drepturile în instanțele de judecată, obținând o protecție eficientă și instrumente funcționale pentru a pune capăt abuzurilor din partea reprezentanților legali. Or, garantarea securității cetățenilor statului, indiferent de categoria socială în care se încadrează, constituie o premisă esențială pentru consolidarea statului de drept și sporirea securității naționale, deoarece, actualmente, securitatea statului nostru nu are ca temelie puterea militară, ci anumite valori, cum ar fi justiție funcțională, buna guvernare și instituțiile puternice, chintesența cărora sunt însăși oamenii.

Referințe bibliografice:

1. Codul de procedură civilă al Republicii Moldova, adoptat prin Legea nr.225-XV din 30 mai 2003. Monitorul Oficial al RM din 12.06.2003, nr.111.
2. Codul civil al RM: Nr. 1107 din 06-06-2002. Monitorul Oficial Nr. 82-86 din 22-06-2002. Republicat în Monitorul Oficial nr.66-75 din 01.03.2019.
3. Hotărârea Curții Constituționale a RM: nr. 33 din 17.11.2016 pentru controlul constituționalității unor prevederi din Codul civil și Codul de procedură civilă al Republicii Moldova (drepturile și libertățile persoanelor cu dizabilități mintale). Disponibilă: <https://www.constcourt.md/ccdocview.php?l=ro&tip=hotariri&docid=600> (accesat 7.04.2021)

4. Legea cu privire la modificarea și completarea unor acte legislative: nr. 66 din 13-04-2017. Monitorul Oficial Nr. 171–180 din 02-06-2017.

5. Nota informativă la proiectul Legii pentru modificarea și completarea unor acte legislative. Disponibil: http://www.justice.gov.md/public/files/transparenta_in_procesul_decizional/coordonare/2015/iulie/NOTA_RO-2_2_27.07.2015.pdf (accesat 7.04.2021)

6. Cazacu D. Măsurile contractuale și judiciare de ocrotire a persoanei fizice adulte: noțiuni introductive. În: Revista Institutului Național de Justiție, 2018, nr. 4.

7. Magureanu Fl. Drept procesual civil. București: All Beck, 1998.

8. Prisac Al. Procedura privind măsurile de ocrotire (intentarea, domeniul de aplicare și competența jurisdicțională). Materialele Conferinței „Dezvoltarea cadrului juridic al Republicii

Moldova în contextul necesităților de securitate și asigurarea a parcursului european”, Chișinău, Moldova, 22 ianuarie 2018.

9. Szekely R. Configurații generale ale discernământului în dreptul civil român. Disponibil: <http://arhiva-studia.law.ubbcluj.ro/articol/584> (accesat 7.04.2021)

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

BACU Igor Mircea –
University Lecturer, Department of Projection, Guard
and Security of USEFS, Republic of Moldova;

BACU Adelina Valentin –
PhD in law Associate Lecturer, Department of Law,
Academy of Economic Studies of Moldova;
bacuiigor1974@gmail.com
adelabacu@mail.ru

Хозяйственное право и процесс

УДК 346.5

ФОРМУВАННЯ ГРОМАДСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА: РИНКОВІ ВІДНОСИНИ ЯК ЧИННИК РОЗБУДОВИ

Дем'ян СМЕРНИЦЬКИЙ,

доктор юридичних наук, старший дослідник,

заступник директора

Державного науково-дослідного інституту Міністерства внутрішніх справ України

АННОТАЦІЯ

У статті розглянуто питання формування громадського суспільства. Зазначено, що одним з основних чинників формування та розвитку громадського суспільства є наявність ринкових відносин із багатоманітністю форм власності. Досліджено, що одним з елементів розвитку ринкових відносин в Україні є запровадження системи публічних закупівель. Окрім того, наступним важливим елементом розвитку ринкових відносин, як чинника формування громадського суспільства, є узгодження законодавства України із законодавством Європейського Союзу у сфері технічного регулювання. За результатами проведених досліджень зроблено висновок, що держава повинна створювати відповідне підґрунтя для розвитку економіки та забезпечувати мінімальне втручання в зазначену діяльність, а також створювати належні умови реалізації конституційних прав громадян. Громадські об'єднання повинні сприяти державі в розробці відповідних нормативно-правових актів та нормативних документів сфери технічного регулювання.

Ключові слова: громадське суспільство, громадські об'єднання, ринкові відносини, споживачі, виробники продукції, система публічних закупівель, сфера технічного регулювання, держава, громадяни.

FORMATION OF CIVIL SOCIETY: MARKET RELATIONS AS A FACTOR OF DEVELOPMENT

Demian SMERNYTSKYI,

Doctor of Juridical Sciences, Senior Researcher,

Co-director

State Research Institute of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine

SUMMARY

The article considers the formation of civil society. It is noted that one of the main factors in the formation and development of civil society is the existence of market relations with a variety of forms of ownership. It is investigated that one of the elements of development of market relations in Ukraine is the introduction of the public procurement system. In addition, the next important element in the development of market relations, as a factor in the formation of civil society, is the alignment of Ukrainian legislation with the legislation of the European Union in the field of technical regulation. Based on the results of the research, it was concluded that the state should create an appropriate basis for economic development and ensure minimal interference in these activities, as well as create appropriate conditions for the exercise of constitutional rights of citizens. At the same time, public associations should assist the state in the development of relevant regulations and regulations in the field of technical regulation.

Key words: civil society, public associations, market relations, consumers, producers of products, public procurement system, sphere of technical regulation, state, citizens.

FORMAREA SOCIETĂȚII CIVILE: RELAȚIILE DE PIAȚĂ CA FACTOR DE DEZVOLTARE

REZUMAT

Articolul are în vedere problema formării unei societăți civile. Se observă că unul dintre factorii principali în formarea și dezvoltarea societății civile este existența unor relații de piață cu o varietate de forme de proprietate. Se investighează că unul dintre elementele dezvoltării relațiilor de piață în Ucraina este introducerea sistemului de achiziții publice. În plus,

următorul element important în dezvoltarea relațiilor de piață ca factor de formare a societății civile este armonizarea legislației ucrainene cu legislația Uniunii Europene în domeniul reglementării tehnice. Conform rezultatelor cercetării, s-a ajuns la concluzia că statul ar trebui să creeze o bază adecvată pentru dezvoltarea economică și să asigure interferența minimă în aceste activități, precum și să creeze condiții adecvate pentru exercitarea drepturilor constituționale ale cetățenilor. Asociațiile obștești ar trebui să asiste statul în elaborarea reglementărilor și documentelor normative relevante în domeniul reglementării tehnice.

Cuvinte cheie: *societate civilă, asociații obștești, relații cu piața, consumatori, producători, sistem de achiziții publice, sfera reglementării tehnice, stat, cetățeni.*

Постановка проблеми. Формування та розвиток громадського суспільства є актуальним для нашої держави, зважаючи на бажання України стати членом Європейського Союзу. Саме налагодження Україною тісних ділових стосунків із Європейським Союзом у сфері науково-технічних розробок, упровадження результатів досліджень та розробок у суспільне життя, виготовлення промислової та харчової продукції, торгівлі вимагає створення відповідних умов для вільного розвитку ринкових відносин як у середині держави, так і між державами. А розвиток ринкових відносин є одним з основних чинників подальшого формування громадського суспільства. Отже, проведення ретельного дослідження питання розвитку ринкових відносин як основного чинника формування громадського суспільства та його правового регулювання вбачається вкрай актуальним.

Актуальність теми дослідження підтверджується станом нерозкритості питання щодо розвитку ринкових відносин як основного чинника формування громадського суспільства та його правового регулювання.

Науковий аналіз проблем розвитку громадського суспільства та впливу на цей розвиток ринкових відносин здійснювали численні вчені. Серед них необхідно назвати таких, як: М.П. Требін, Л.М. Герасіна, М.Ю. Рябчук, С.В. Курило, Ю.Г. Кіпселіді, О.С. Лотюк, Є.В. Самусь, В.М. Подоїніцин, М.Є. Александров, Н.Ф. Ващук та інші.

Метою статті є дослідження ринкових відносин як основного чинника формування та розвитку громадського суспільства.

Виклад основного матеріалу. Розбудова демократичної, правової і соціальної держави в Україні, як зазначає М.П. Требін, напряму пов'язана з формуванням громадянського суспільства. У сучасних умовах української дійсності інститути громадянського суспільства всього лише формуються, тому не можуть повною мірою здійснювати дієвий контроль над державною владою. Проте вже зараз простежуються тенденції участі та зростання ролі інститутів громадянського суспільства, що все більше зміцнюються, у механізмі реалізації конституційних прав і свобод людини і громадяни-

на в Україні. Водночас інститути громадянського суспільства не повинні цілком поглинути державу, підмінити здійснення її основних функцій недержавними структурами. Без ефективної реалізації державою її основних функцій неможливі створення і розвиток повноцінного громадянського суспільства в Україні [1, с. 5].

Водночас громадянське суспільство є джерелом легітимності політичних сил, що стоять при владі; контакти з організаціями громадянського суспільства є для держави великомасштабним джерелом інформації про стан суспільства, його інтереси, настрої, ставлення до панівної політичної влади. Держава, сприяючи формуванню громадянського суспільства в Україні, прагне надати людині максимальний ступінь свободи і право самій ухвалювати рішення про використання чи невикористання того чи іншого конституційного права. Становлення інститутів громадянського суспільства і розвиток демократії у країні тісно взаємопов'язані: чим більше розвинене громадянське суспільство, тим демократичнішою є держава. Передумовами розвитку громадянського суспільства є поява у громадян економічної самостійності за розмаїття форм власності і зростання статусу людської особистості [1, с. 5].

Отже, громадянське суспільство – це суспільство, в основі якого лежить розгалужена мережа незалежних від держави інституцій, об'єднань та організацій, створених самими громадянами для виявлення й здійснення різних громадських ініціатив, задоволення своїх суспільних потреб і обстоювання колективних інтересів [2].

Більшість сучасних тлумачень сутності громадянського суспільства, як зазначає Л.М. Герасіна, дозволяє стверджувати, що це – людська спільнота, яка формується і розвивається в демократичних державах і представлена сукупністю недержавних відносин (економічних, соціальних, політичних, етнічних, духовно-культурних, конфесійних, правових, інформаційних, організаційних тощо) та мережею добровільно створених у різних сферах життєдіяльності позадержавних структур – об'єднань, організацій, спілок, асоціацій, клубів, центрів, фондів тощо [1, с. 58].

До основних чинників формування громадського суспільства варто віднести: множинність незалежних політичних сил і партій; вільні й альтернативні політичні вибори; референдуми; не-директивно формовану громадську думку; вільну особистість із розвиненим почуттям власної гідності; незалежні засоби масової інформації; розвиток місцевого самоврядування; наявність ринкових відносин і економічного плюралізму, тобто ринкову економіку із властивою їй багатоманітністю форм власності.

Отже, одним з основних чинників формування та розвитку громадського суспільства ми визначили наявність ринкових відносин із багатоманітністю форм власності.

Демократичне суспільство, яке розвивається, поряд з іншими свободами передбачає встановлення такої системи господарських відносин, що діє за власними економічними законами; тільки дотримуючись їх, можна успішно вести підприємницьку діяльність [1, с. 59–60].

Як зазначає С.В. Курило, ринкові відносини – це відносини і зв'язки, які складаються між продавцями і покупцями у процесі купівлі продажу товарів [3].

Суб'єктами ринкових відносин є споживачі, тобто суб'єкти, які мають гроші та потенційно можуть виступати покупцями відповідної продукції. Виробниками продукції виступають підприємства, установи, організації, які відповідно до своїх статутних документів мають право на виготовлення продукції. Постачальниками ресурсів, як-от земля, праця, капітал, є власники цих ресурсів.

Під час проведення аналізу ринкових відносин прийнято також виділяти два таких основних суб'єкти: домогосподарства і підприємства. Ці суб'єкти властиві моделі чистої ринкової економіки, за якої роль держави в економічних процесах мінімальна. Упровадження ринкових відносин в Україні зумовлює необхідність реформування і зміцнення фінансового сектору економіки з метою посилення його впливу на активізацію інвестиційних процесів, структурну перебудову та подальший економічний розвиток України [3].

Тобто держава повинна створювати відповідне підґрунтя для розвитку ринкових відносин, а також мінімізації свого впливу на економічні процеси.

Одним з елементів розвитку ринкових відносин в Україні є запровадження системи публічних закупівель.

Метою Закону України «Про публічні закупівлі» [4] є забезпечення ефективного та прозорого здійснення закупівель, створення конкурентного середовища у сфері публічних закупівель, запобігання

проявам корупції в цій сфері, розвиток добросовісної конкуренції, а також адаптування законодавства України до законодавства Європейського Союзу на виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [5].

Згідно із Законом [4], з метою проведення публічних закупівель визначено авторизований електронний майданчик. Авторизований електронний майданчик – авторизована Уповноваженим органом інформаційно-телекомунікаційна система, яка є частиною електронної системи закупівель і онлайн-сервісом, що забезпечує реєстрацію осіб, автоматичне розміщення, отримання і передання інформації та документів під час проведення закупівель, користування сервісами з автоматичним обміном інформацією, доступ до якого здійснюється за допомогою мережі Інтернет. Саме започаткування торгів на авторизованому електронному майданчику надає рівні права всім суб'єктам закупівель та дозволяє уникати державного впливу на процес закупівель.

Окрім того, запровадження системи публічних закупівель забезпечує реалізацію конституційного права людини на підприємницьку діяльність, яке визначено ст. 42 Конституції України, та права на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку вона вільно обирає або на яку вільно погоджується, яке визначено ст. 43 [6].

Наступним важливим елементом розвитку ринкових відношень як чинника формування громадського суспільства є узгодження законодавства України із законодавством Європейського Союзу у сфері технічного регулювання відповідно до Угоди Світової організації торгівлі про технічні бар'єри у торгівлі [7], що є додатком до Марракеської угоди про заснування Світової організації торгівлі від 15 квітня 1994 р. [8].

Відповідно до ст. 36 Конституції України [6] громадяни України мають право на свободу об'єднання в політичні партії та громадські організації для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів.

У сфері ринкових відношень переважно створюються громадські організації роботодавців та їх об'єднань, громадські організації споживачів (об'єднань споживачів), інші громадських об'єднань суб'єктів господарювання.

Зазначені громадські об'єднання відповідно до ст. 15 Закону «Про стандартизацію» [9] можуть входити до складу Технічних комітетів стандартизації, забезпечувати обстоювання своїх інтере-

сів під час виконання робіт із міжнародної, регіональної, національної стандартизації у визначених сферах діяльності та за закріпленими об'єктами стандартизації. Таким чином громадські об'єднання впливають на сферу технічного регулювання – розроблення нормативних документів щодо встановлення вимог до продукції та процесів стосовно її виготовлення.

У юридичній науці під функціями громадянського суспільства розуміють однорідні напрями діяльності його інститутів, викликані необхідністю задоволення об'єктивних потреб суспільства, окремих індивідів або їхніх колективних утворень [10].

О.С. Лотюк зазначає, що необхідно розрізняти функції держави і функції громадянського суспільства. Основні відмінності між функціями держави та громадянського суспільства полягають у тому, що держава виконує свої функції в державних інтересах, а громадянське суспільство – в інтересах суспільства. Автор доходить висновку, що на противагу різним функціям, у функції держави входить також створення умов, необхідних для здійснення функцій громадянського суспільства, а суспільство має дбати про державу, про її силу й авторитет [11].

Висновки. У підсумку розгляду питання взаємодії громадянського суспільства, особи і держави через розвиток ринкових відносин як одного з основних чинників формування громадянського суспільства варто зазначити, що держава повинна створювати відповідне підґрунтя для розвитку економіки та забезпечувати мінімальне втручання в зазначену діяльність, а також створювати належні умови реалізації конституційних прав громадян. Громадські об'єднання повинні сприяти державі в розробленні відповідних нормативно-правових актів та нормативних документів сфери технічного регулювання. Тільки в разі взаємодії держави та громадянських об'єднань можна забезпечити сталий розвиток ринкових відносин та подальше формування громадянського суспільства.

Список використаної літератури:

1. Громадянське суспільство: політичні та соціально-правові проблеми розвитку : монографія / Г.Ю. Васильєв та ін. ; за ред. М.П. Требіна. Харків : Право, 2013. 536 с.
2. Рябчук М.Ю. Громадянське суспільство. *Енциклопедія Сучасної України* : електронна версія / гол. ред.: І.М. Дзюба

та ін. ; НАН України, НТШ. Київ : Інститут енциклопедичних досліджень НАН України, 2006. URL: http://esu.com.ua/search_articles.php?id=31976 (дата звернення: 10.06.2021).

3. Курило С.В. Ринкові відносини – довгий, тривалий процес. *Наука в інформаційному просторі* : матеріали VI Міжнародної науково-практичної конференції, 16–17 вересня 2010 р., Кременчуцький університет економіки інформаційних технологій і управління, Україна. URL: http://www.confcontact.com/20100916/ek_kurilo.htm (дата звернення: 10.06.2021).

4. Про публічні закупівлі : Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922–VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 9. Ст. 89.

5. Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Закон України від 16 вересня 2014 р. № 1678–VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 40. Ст. 2021.

6. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

7. Про технічні бар'єри в торгівлі Світової організації торгівлі : Угода ТБТ СОТ від 15 квітня 1994 р. Документ 981_008.

8. Про заснування Світової організації торгівлі : Марракеська угода від 15 квітня 1994 р.

9. Про стандартизацію : Закон України від 5 червня 2014 р. № 1315–VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 31. Ст. 1058.

10. Кипселиди Ю.Г. Антинаркотическая функция российского государства и гражданского общества: вопросы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Волгоград, 2012. 38 с.

11. Лотюк О.С. До проблеми розуміння функцій громадянського суспільства. URL: <http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/2-3-2013/item/106-do-problemy-rozuminnia-funktsii-hromadianskoho-suspilstva-lotiuk-o-s> (дата звернення: 10.06.2021).

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА
СМЕРНИЦЬКИЙ Дем'ян Вікторович –
доктор юридичних наук, старший дослідник,
заступник директора Державного
науково-дослідного інституту
Міністерства внутрішніх справ України;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
SMERNYTSKYI Demian Viktorovich –
Doctor of Juridical Sciences, Senior Researcher,
Co-director of the State Research Institute of the
Ministry of Internal Affairs of Ukraine;
sdv2@ukr.net

Уголовное право, уголовно-исполнительное право

CZU 343.13

ORCID 0000-0001-9548-4009

UNELE REFERIRI CU PRIVIRE LA INFLUENȚA COMPORTAMENTULUI VICTIMEI ASUPRA RĂSPUNDERII PENALE

Larisa BUGA,

doctor în drept

Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

REZUMAT

În acest articol, autorul a analizat unele aspecte ale răspunderii penale a infractorului în coraport cu comportamentul victimei. Se atrage atenția asupra faptului că, uneori, însăși victima are un comportament provocator, iar alteori, însăși infractorul devine victimă. Vinovăția victimei reprezintă atât o categorie penală cât și o categorie criminologică, în acest ultim sens, aceasta reprezentând o categorie mai largă.

Cuvinte-cheie: răspundere penală, comportament, victimă, infractor, vinovăția victimei.

SOME REFERENCES ON THE INFLUENCE OF VICTIMS 'BEHAVIOR ON CRIMINAL LIABILITY

Larisa BUGA,

Doctor of Law

Institute of Criminal Sciences and Applied Criminology

SUMMARY

In this article, the author analyzed some aspects of the criminal liability of the offender in relation to the victim's behavior. Attention is drawn to the fact that sometimes the victim himself has a provocative behavior, and other times, the offender himself becomes a victim. The guilt of the victim represents both a criminal category and a criminological category, in the latter sense, this representing a broader category.

Key words: criminal liability, behavior, victim, offender, the guilt of the victim.

Problema. Răspunderea penală ca cea mai aspră formă a răspunderii juridice rămâne a fi una din cele mai importante probleme în doctrina dreptului penal. Cercetătorii își axează atenția sa asupra acestei probleme, dezvăluind modalitățile și formele de atragere la răspundere penală, inclusiv prin prisma comportamentului victimei. Această analiză ne atrage atenția asupra faptului că nu există uniformitate în această direcție, idei mai limpezi, la acest capitol, fiind regăsite în doctrina rusă. De aceea, am întreprins o cercetare științifică rezultatele căreia le prezentăm în prezenta lucrare.

Actualitatea temei de cercetare. Răspunderea penală este o formă a răspunderii juridice și reprezintă consecința nesocotirii dispoziției normei juridice [1, p. 233]. De regulă, realizarea ordinii de drept penal are loc prin conformare. Există însă întotdeauna un anumit număr de persoane care nu se conformează exigențelor legii penale și săvârșesc infracțiuni. În

această situație, realizarea ordinii de drept penal este posibilă numai prin constrângere, adică prin aplicarea sancțiunilor prevăzute de normele încălcate față de cei care au săvârșit fapte interzise.

Scopul și sarcinile cercetării. Prezentul studiu urmărește scopul de a obține noi cunoștințe privind atragerea la răspundere penală a celor vinovați și cum influențează acest moment comportamentul victimei. Pentru a atinge acest scop, am tarsat următoarele sarcini: 1. a evidenția problema răspunderii juridice prin prisma comportamentului victimei; 2. a îmbogăți doctrina juridică cu încă o lucrare dedicată aspectelor comportamentului victimei și legătura cu răspunderea penală.

Metode aplicate și materiale folosite. Rezultatele prezentate în acest articol au fost obținute prin cercetări care au fost desfășurate aplicând metoda logică prin analiza deductivă și inductivă, generalizarea, metoda sistemică și metoda comparativă. Pentru realizarea

scopului propus, autorul a studiat lucrări științifice ale savanților din Republica Moldova care reprezintă doctrina juridică autohtonă, precum și surse ale doctrinei juridice din România, Federației Ruse etc. La fel, autorul a studiat legislația Republicii Moldova și jurisprudența.

Rezultate obținute și dezbateri. O primă încercare de a defini noțiunea răspunderii penale a fost cea potrivit căreia răspunderea penală și pedeapsa penală ar reprezenta laturi diferite ale aceluiași fenomen, alcătuind în acest sens un tot unitar [2, p. 43–44]. Această opinie, însă, a fost criticată de majoritatea specialiștilor în drept penal, fapt pe deplin înțeles, deoarece însuși legiuitorul delimita clar răspunderea penală de pedeapsă.

O altă viziune a fost cea, potrivit căreia prin răspundere penală ar trebui să se înțeleagă obligația (îndatorirea) persoanei de a răspunde pentru infracțiunea comisă [3, p. 7]. Deși această concepție a înregistrat o largă răspândire în doctrina penală, totuși nu a fost în unanimitate acceptată de către experții acestei ramuri de drept. În viziunea oponenților, obligația persoanei de a răspunde nu poate fi identificată cu însăși răspunderea [4, p. 52].

Unii penaliști au definit răspunderea penală ca fiind reacția statului la infracțiunea comisă [5, p. 103].

Printre opiniile existente în doctrina penală a fost expusă și opinia, potrivit căreia prin răspundere penală ar trebui să se înțeleagă condamnarea publică a faptelor care prezintă pericol social și a persoanelor care le comit [6, p. 51]. Această opinie și-a găsit reflectare și în doctrina penală autohtonă [7, p. 24]. Potrivit altor autori autohtoni, răspunderea penală se înțelege obligația persoanei care a săvârșit o infracțiune de a suporta pedeapsa prevăzută de legea penală. Fiind consecința inevitabilă a infracțiunii ca fapt interzis de legea penală, această obligație apare din momentul săvârșirii infracțiunii și încetează (se stinge) în mod diferit: fie că au expirat termenele de prescripție, fie că persoana a fost liberată de răspundere penală, fie că a fost înlăturată răspunderea penală, fie că a expirat termenul de executare a sentinței de condamnare, fie că persoana a fost liberată de pedeapsă sau că aceasta și-a ispășit pedeapsa [8, p. 19–27].

Potrivit art. 50 CP RM [9], prin răspundere penală se înțelege „condamnarea publică, în numele legii, a faptelor infracționale și a persoanelor care le-au săvârșit, condamnare ce poate fi precedată de măsurile de constrângere prevăzute de lege”.

Prin urmare, trăsăturile caracteristică răspunderii penale, fiind vorba despre:

- condamnarea faptelor infracționale și a persoanelor care le-au săvârșit;
- condamnarea publică;

- condamnarea în numele legii;
- condamnare ce poate fi precedată de măsurile de constrângere prevăzute de lege.

Legea penală nu dezvăluie semnificația acestor trăsături și doar în puține manuale de specialitate se observă tendința unor autori de a interpreta termenii menționați.

Legiuitorul a dat o apreciere legală noțiunii de răspundere penală, scopul său nobil fiind de a pune punct divergențelor de opinii tangențiale acestei instituții. Rezultatul a fost însă altul.

Interpretând aceeași definiție legală a răspunderii penale, unii autori, spre exemplu, consideră că realizarea răspunderii penale începe din momentul aplicării măsurilor de constrângere și se epuizează odată cu condamnarea infracțiunii comise și a persoanei care a săvârșit-o, exprimată în sentința de condamnare [7, p. 342], alții sunt de părere că realizarea răspunderii penale este exprimată în hotărârea de condamnare și de aplicare a pedepsei penale corespunzătoare [10, p. 141]; al treilea grup de autori opinează că cel mai des răspunderea penală se realizează în pedeapsă și în executarea ei [11, p. 95; 12, p. 96]; sunt și autori care susțin că realizarea răspunderii penale începe cu intentarea urmăririi penale și se finalizează cu expirarea termenului antecedentului penal [13, p. 222].

Realizarea răspunderii penale începe odată cu executarea pedepsei și încetează odată cu ispășirea pedepsei sau liberarea persoanei de la executarea pedepsei. Astfel, pedeapsa nu este identificată cu răspunderea penală, deoarece aceasta este elementul de constrângere prin care se realizează răspunderea penală. Fără răspundere penală pedeapsa nu poate fi executată, iar fără executarea pedepsei răspunderea rămâne nerealizată [8, p. 19–27].

În continuare ne vom referi la aspectele legate de vinovăția victimei în cadrul comportamentului criminal. Victimele pot crea condiții pentru săvârșirea infracțiunilor sau pot avea un comportament neatent ori provocator.

Problema vinovăției victimei a căpătat o tratare minuțioasă în cadrul cercetărilor științifice. Se are în vedere vinovăția în sens larg al cuvântului atât ca o categorie juridică, cât și ca noțiune social-psihologică, care servește drept temei al răspunderii sociale a individului, grupului social, colectivului sau persoanei juridice. Așadar, vinovăția victimei este o variantă a vinovăției sociale (în sens larg) și constă în atitudinea negativă a acesteia față de interesele societății [14]. Victimologia criminologică nu poate să examineze problema vinovăției victimei numai ca o categorie a dreptului penal sau, în genere, a dreptului. Vinovăția victimei trebuie să poarte un alt caracter și, respectiv, să fie în alt mod apreciată de către organele de

ocrotire a normelor de drept, comparativ cu vinovăția infractorului. Vinovăția victimei este, în mare parte, o vinovăție morală și constă în „atitudinea negativă a acesteia față de interesele sociale” [15, p. 141]. Vinovăția în victimologie, ca o categorie socială, este exprimată prin comportamentul necorespunzător al victimei infracțiunii, determinat de atitudinea negativă a persoanei vătămate față de interesele societății, instituțiile acesteia sau față de cetățeni [16, p. 74-75]. Categoria de vinovăție reprezintă evaluarea social-psihologică a comportamentului victimei atât sub aspect moral, cât și juridic. Vinovăția victimei reprezintă prin sine o categorie social-psihologică, care nu corespunde cu conținutul și volumul vinovăției în drept. Legea penală definește vinovăția drept atitudine psihică a subiectului față de infracțiunea comisă și consecințele acesteia (art. 17-18 CP RM) și de aceea este un semn necesar al laturii subiective a infracțiunii. Vinovăția reprezintă deci prin sine atitudinea psihică concretă a subiectului față de comportamentul său exterior concret, dar nu starea sau însușirea psihicului persoanei date în genere [17, p. 9]. Dacă în cadrul procesului penal a fost stabilită și vinovăția altor persoane în comiterea de fapte prejudiciabile (în afară de învinuit), atunci, fiind prezente elementele constitutive ale componenței de infracțiune și alte condiții, trebuie pusă problema despre tragerea la răspundere penală a acestor persoane. Victimele infracțiunilor în această privință nu sunt o excepție. În ultimul caz pot fi două (sau mai multe) componente de sine stătătoare cu toate consecințele procesuale ce rezultă din situația dată. Vinovăția victimei, ca unul dintre pretextele comiterii faptei ilicite, nu poate să aparțină laturii subiective a componenței de infracțiune, ci își ocupă locul printre semnele laturii obiective a acesteia ca și orice alte circumstanțe ce contribuie la săvârșirea actului. Aceasta este una din deosebirile principale dintre definiția juridică a vinovăției și noțiunea vinovăției definită în victimologia criminologică [14].

Doar vinovăția victimei reprezintă prin sine atitudinea psihică a acesteia față de comportamentul său în situația preinfracțională, în momentul incidentului și după comiterea infracțiunii, manifestându-se în exterior prin acțiunile sau inacțiunile persoanei vătămate. Individul poate să prevadă și poate să nu prevadă consecințele comportamentului său sau poate să conteze pe un alt rezultat. Când persoana vătămată încalcă norma juridică sau morală provocând infracțiunea, aspectul victimologic al comportamentului acesteia trece pe plan auxiliar, dominând aspectul juridic [16, p. 45]. Aceasta înseamnă că în astfel de cazuri vinovăția victimei parcă absoarbe o parte din vinovăția infractorului, devenind o circumstanță ce atenuează răspunderea făptuitorului (pct. „i” art. 76 C.P. al R.

Moldova). Deci, reducerea gradului de vinovăție a subiectului are loc în urma transferului unei anumite părți a vinovăției pentru infracțiunea comisă asupra persoanei vătămate [18, p. 44].

În unele cazuri, față de victima care a încălcat norma de drept penal, dacă sunt suficiente temeiuri, poate fi chiar pornită urmărirea penală în cadrul căreia persoana vătămată a unei infracțiuni devine subiect al altei infracțiuni. Astfel, uneori, apare situația în care este vinovat nu numai infractorul, dar și victima. În acest caz poate fi vorba despre o vinovăție „mixtă” sau „covinovăție”, dar nu în cadrul definiției juridico-penale, ci într-o accepțiune mai largă a noțiunii de vinovăție (în cadrul vinovăției sociale), unde, de regulă, vinovăția unei părți (a infractorului) apare numai în calitate de semn al laturii subiective a infracțiunii, iar vinovăția celeilalte părți (a victimei) poate fi atât juridică, cât și morală [19, p. 117]. Indiferent care este forma vinovăției victimei, morală sau penală, persoana vătămată în anumite condiții trebuie să poarte răspundere: morală, disciplinară, administrativă, civilă, penală. În ultimul caz, victima se transformă în învinuit, inculpat, condamnat, adică în infractor sau mai exact în „victimă - infractor”. Transformarea dată este posibilă numai atunci când comportamentul victimei conține elementele constitutive ale unei componențe de infracțiuni.

Deci în anumite situații, persoana devine purtătoare concomitent a două roluri sociale contrar opuse: infractor și victimă. Să vedem care este conținutul vinovăției în situația creată. Noțiunii de vinovăție a victimei i se conferă o accepțiune mult mai largă în victimologia criminologică comparativ cu dreptul penal. În acest caz se cercetează vinovăția victimei în cazurile când lipsește rezultatul infracțional /spre exemplu, starea de legitimă apărare/. Anume datorită vinovăției sale, victimei i se cauzează prejudicii, acțiunile victimizatorului însă, cu toate că formal conțin semnele unei fapte prevăzute de legea penală, nu constituie o infracțiune. Conform legii penale a Republicii Moldova, dacă lipsește fapta infracțională, atunci nu poate fi vorba despre vinovăție în fapta/ele persoanei. Vinovăția în dreptul penal este limitată doar la acele fapte prejudiciabile, care sunt recunoscute de lege drept infracțiuni. Conform art. 36-40 CP RM), nu este vinovăție în acțiunile sau inacțiunile persoanei, care, deși formal conțin semnele unei fapte prevăzute de legea penală, nu constituie o infracțiune, deoarece a fost săvârșită în stare de legitimă apărare, extremă necesitate, fiind reținut infractorul ca rezultat al constrângerii fizice sau psihice, dacă în urma acestei constrângeri persoana nu putea să-și dirijeze acțiunile sau în cazul riscului întemeiat pentru realizarea scopurilor socialmente utile.

După cum s-a menționat mai sus, în cadrul victimologiei, vinovăția victimei este o noțiune etico-morală și juridico-criminologică, care este în legătură strânsă cu răspunderea socială a persoanei vătămate pentru comportamentul său imoral sau ilicit. Vinovăția victimei reprezintă atitudinea negativă a victimei față de valorile sociale, care se exprimă prin comiterea de către persoana vătămată a faptelor ilicite sau imorale, ce pot duce la încălcarea funcționării normale a acestor valori, contribuind, în așa mod, la săvârșirea atentatului infracțional asupra sferei de interese a victimei [14].

Victimologia studiază vinovăția victimei sub următoarele aspecte: drept semn al laturii obiective a infracțiunii, pretext al săvârșirii infracțiunii, circumstanță ce influențează asupra vinovăției și răspunderii subiectului infracțiunii, adică drept una dintre verigile legăturilor cauzale care au determinat comiterea faptei penale. Problema vinovăției victimei, în sens victimologic, are importanță nu numai pentru formarea convingerii intime a judecății și la individualizarea pedepsei în cazuri concrete, dar și pentru întreprinderea măsurilor cu caracter profilactic. Categoria vinovăției victimei ne oferă posibilitatea de a determina, în majoritatea cazurilor, „defectele preinfracționale” ale raportului „infractor - victimă” și permite a concretiza conținutul specific al orientării victimologice în prevenirea criminalității [14].

Uneori, însăși victima este aceea, care provoacă comportamentul agresiv al infractorului, îndeosebi în cazul infracțiunilor de viol. Comportamentul provocator al victimei este acela care, în anumite condiții, conține elemente ce excită sexual potențialul victimizator [20, p. 128]. Prin provocare din partea victimei se înțelege forma extremă de contribuire a persoanei vătămate la comiterea infracțiunii. Noțiunii de provocare i se conferă în victimologie o accepțiune mai largă, fiind exprimată prin faptul „chemării” anumitor fenomene și prin deșteptarea la acțiuni concrete [21, p. 392].

Provocarea este un astfel de comportament neadecvat al victimei, care generează reacția de răspuns a subiectului ce se manifestă prin acțiuni ilicite. Comportamentul provocator întotdeauna se află în legătură cauzală cu fapta ilegală a infractorului. Pentru victimologie nu are importanță dacă victima a prevăzut sau nu consecințele comportamentului său negativ, dacă își dădea seama care pot fi urmările acțiunilor sale, dacă aștepta reacția de răspuns a victimizatorului sau nu.

Codul penal al Republicii Moldova prevede comportamentul provocator al victimei (acțiunile imorale sau ilicite) în calitate de circumstanță atenuantă (art. 76, pct. „g”) de care se ține cont la individualizarea pedepsei făptuitorului, precum și ca element necesar

al componentelor de infracțiune „privilegiate” sau cu circumstanțe atenuante (art. 146, Omorul săvârșit în stare de afect și art. 156, Vătămarea gravă a integrității corporale sau a sănătății în stare de afect).

Autorul criminolog autohton Gladchi Gh. consideră că comportamentul provocator al victimei, în geneza actului infracțional, nu poate fi caracterizat pozitiv. Acțiunile legale ale victimei care au stârnit o reacție ilegală din partea infractorului nu pot fi apreciate, în opinia autorului, drept vinovate nici sub aspect juridic și nici moral [14].

Conform regulii stabilite de legea penală, numai vinovăția victimei care a provocat infracțiunea diminuează vinovăția infractorului. Alte forme de vinovăție a victimei nu sunt considerate de Codul penal al Republicii Moldova drept circumstanțe atenuante [14].

În această ordine de idei, prezintă interes opinia academicianul rus Kudriavțev V., care a remarcat că victima, în unele cazuri, va fi considerată unul din factorii situației preinfracționale. Victima, interacționând cu infractorul, îl poate ajuta „să dezvolte” actul volitiv pentru a comite o infracțiune, precum și să înțeleagă consecințele presupuselor sale acțiuni criminale. La fel ca viitorul infractor, viitoarea victimă apreciază situația din punctul de vedere al intereselor sale, în funcție de caracteristicile sale morale și psihologice, capacitățile, ideile sale cu privire la o situație [22, p. 115]. Rivman D. menționează că fapta, deseori, reprezintă consecința comportamentului victimelor și, prin urmare, este necesar să se stabilească acțiunile care au influențat infractorul sau, au creat condiții favorabile survenirea consecințelor negative [23, p. 22]. Acest autor susține ideea potrivit căreia, pentru a răspunde la întrebarea despre rolul victimei în mecanismul infracțiunii, este necesar să se stabilească:

- a) în care măsură situația, care a determinat infractorul să acționeze, s-a datorat victimei;
- b) în care măsură, de victimă, a depins crearea condițiilor propice săvârșirii infracțiunii;
- c) în care măsură, infractorul a fost constrâns de împrejurări obiective;
- d) în care măsură a contribuit victima asupra formării personalității infractorului;
- e) care calități ale personalității victimei au făcut-o, mai mult sau mai puțin, vulnerabilă față de infractor.

În unele cazuri, comportamentul victimei, apriori, contribuie la preschimbarea motivului infracțiunii, alegerea noilor modalități de comitere a acesteia, stabilirea noilor scopuri, luarea de măsuri pentru a ascunde urmele infracțiunii etc. Relația infractor-victimă poate contribui la comiterea infracțiunii. Alegerea victimei de către făptuitor poate rezulta din

relația existentă între ei. Relațiile de până la comiterea infracțiunii între victimă și infractor reprezintă o varietate de relații interpersonale.

Caracterul acestor relații influențează atât posibilitatea atentatului penal, cât și alegerea mijloacelor și modalităților de săvârșire a infracțiunii, formând astfel, caracterul faptei infracționale și viziunea antisocială a infractorului [24, p. 92].

Astfel, vom constata, că unele legături și relații sociale dintre infractor și victimă pot avea o influență semnificativă asupra formării situației premergătoare săvârșirii infracțiunii și sunt diferite pentru diverse tipuri de infracțiuni.

În multe cazuri, victima influențează intenția de a comite infracțiunea. Uneori, doar șansa decide cine va fi victima și cine va fi criminalul, în plus, aceeași persoană în cadrul unei infracțiuni poate fi atât infractor, cât și victimă, de exemplu, în cazul unei bătăi.

Prin urmare, acțiunile victimei se află în legătură cauzală cu infracțiunea săvârșită. Cu toate acestea, un rol important în săvârșirea unei infracțiuni îl joacă faptul că victima conștientizează propriul comportament, care poate constitui motivul comiterii infracțiunii. Victima care conștientizează pericolul social al acțiunilor sale și prevede posibilitatea unor acțiuni de ilicite din partea vinovatului, reprezintă un pericol sporit pentru societate, spre deosebire de victima care nu prevede o astfel de reacție din partea subiectului infracțiunii, cu toate că după natura acțiunilor sale, ar fi putut să le prevadă.

Stabilirea legăturii de cauzalitate, între comportamentul victimei și fapta săvârșită este necesară pentru a determina gradul de pericol social al faptei infracționale. Atitudinea psihică a victimei față de acțiunile/inacțiunile sale și consecințele acesteia prezintă o importanță deosebită pentru constatarea gradului de determinare a vinovatului la comiterea infracțiunii [25, p. 23].

În urma la cele menționate mai sus, putem afirma că comportamentul victimei, care a influențat săvârșirea infracțiunii, se află în legătură interdependentă.

Înțelegerea esenței comportamentului ilegal sau provocator al victimei, care contribuie la săvârșirea unei infracțiuni, se bazează pe faptul că dreptul penal studiază un astfel de comportament în funcție de circumstanțele săvârșirii infracțiunii și îl clasifică la categoria semnelor obiective ale componenței de infracțiune. Aceasta deoarece comportamentul victimei într-o situație criminogenă reprezintă un semn care caracterizează circumstanțele săvârșirii infracțiunii și se atribuie la latura obiectivă a componenței de infracțiune, iar vinovăția subiectului infracțiunii, reprezintă semnul principal al laturii

subiective a componenței de infracțiune. Prin urmare, nu se prezintă posibil în dreptul penal, de a confunda noțiunea de „vinovăție a victimei” și „vinovăția subiectului” infracțiunii.

Atitudinea psihică a victimei față de comportamentul său ilegal poate fi exprimată atât sub formă de intenție, cât și sub formă de imprudență. În acest sens, vom susține opinia autorului rus Deagheli P., care a menționat că, în cazul victimei, comportamentul acesteia ”îmbracă forma intenției sau a imprudenței” [26].

În această ordine de idei prezintă interes chestiunea privind clarificarea sensului expresiei ”comportament ilegal al victimei”.

În opinia noastră, prin comportament ilegal al victimei, care contribuie la săvârșirea unei infracțiuni, vom înțelege acel comportament al victimei, care se află în legătură de cauzalitate cu infracțiunea săvârșită.

În continuare, ne vom axa pe formele și tipurile de comportament al victimelor care contribuie la comiterea unei infracțiuni.

În dependență de acțiunile prin care se produce influența asupra subiectului infracțiunii, se pot distinge următoarele forme de comportament al victimei:

1. Comportamentul ilegal al victimei, care include următoarele tipuri de comportament:

- a) comportament imoral;
- b) delict disciplinare;
- c) delict civile;
- d) delict familiale etc.

2. Comportamentul ilegal al victimei, inclusive prin:

- a) violență;
- b) insultă;
- c) alte acțiuni ilegale și criminale.

În cele două forme de comportament al victimei menționate, acțiunile poartă caracter „provocator” și conțin pretext pentru comiterea infracțiunii.

3. Comportamentul imprudent al victimei.

Acțiunile victimei poartă un caracter imprudent, creând astfel condiții favorabile săvârșirii unei infracțiuni (lăsarea lucrurilor nesupravegheate).

4. Comportamentul legal al victimelor.

Acțiunile victimei sunt legale (inclusiv acele cazuri în care victima acționează nu în legătură cu îndeplinirea îndatoririi sale de serviciu), dar provoacă comportamentul ilegal al infractorului (de exemplu, observația într-un loc public).

Concluzii. Cercetarea victimologică a vinovăției victimei reprezintă cheia de soluționare a problemei cauzalității criminalității și clarificării mecanismului comportamentului infracțional individual. Cu cât mai provocator va fi rolul victimei la săvârșirea infracțiunii, cu atât mai multă atenție se vor acorda

aprecierii personalității subiectului infracțiunii. Astfel, studierea problemei cu privire la vinovăția victimei în aspect criminologic este deosebit de importantă în vederea individualizării răspunderii și pedepsei penale a făptuitorului precum și la elaborarea și realizarea măsurilor de prevenire victimologică.

Referințe bibliografice:

1. Nistoreanu Gh., Boroai A., *Drept penal. Partea Generală*. – București: ALL Beck, 2002.
2. Черданцев А.Ф., Кожевников Р.Н.. *О понятии и содержании юридической ответственности* // Правоведение, 1976, nr.5.
3. *Курс уголовного права*. Том 3. – Москва, 1970.
4. *Уголовное право. Общая часть: Учебник* / Под. ред. Б.В. Здравомыслова, Ю.А. Красикова, А.И. Рарога. – Москва: Юридическая Литература, 1994.
5. Кудрявцев В.Н.. *Право и поведение*. – Москва, 1978.
6. Осипов П.П.. *Теоретические основы построения и применения уголовно-правовых санкций*. – Ленинград, 1976.
7. Borodac A. ș.a. *Drept penal. Partea Generală*. – Chișinău: Știința, 1994.
8. Gladchi Gh., Glavan B., *Noțiunea și conținutul răspunderii penale*. În: Revista Națională de Drept. Nr. 1, ianuarie 2010.
9. Codul penal al Republicii Moldova nr. 985 din 18.04.2002. Republicat în temeiul articolului III lit. c) al Legii nr. 277-XVI din 18 decembrie 2008, Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2009, nr. 41–44, art.120.
10. *Comentariu la Codul penal al Republicii Moldova* / Sub redacția dr. Al.Barbăneagră. – Chișinău, 2003.
11. Barbăneagră Al. ș.a. *Codul penal comentat și adnotat*. – Chișinău: Cartier, 2005.
12. Botnaru S.ș.a. *Drept penal. Partea Generală*. Vol. I. – Chișinău: Cartier, 2005.
13. Macari I., *Dreptul penal al Republicii Moldova. Partea Generală*. – Chișinău: CE USM 2002.
14. Gladchi Gh. *Victimologie criminologică: probleme teoretice, metodologice și aplicative*. Teză de doctor habilitat în drept. Chișinău, 2005; www.cnaa.md, accesat la 19.10.2021.
15. Самощенко И.С. *Понятие правонарушения по советскому законодательству*. Москва, 1966.
16. Полубинский В.И. *Правовые основы учения о жертве преступления*. Учебное пособие. Горький, 1979.
17. Самощенко И.С. *Социальная сущность вины по советскому праву*. В Советская юстиция, № 5, 1976.
18. Афиногенов Ю.А. *Личность потерпевшего и цели наказания*. В Потерпевший от преступления. Владивосток, 1974.
19. Франк Л.В. *Потерпевшие от преступления и проблемы советской виктимологии*. Душанбе, 1977.
20. Gladchi Gh. *Cercetarea victimologică și combaterea infracțiunilor grave de violență contra persoanei în Republica Moldova (aspecte criminologice și juridico-penale)*. Autoreferat asupra tezei pentru obținerea gradului științific de doctor în drept. Chișinău, 1999.
21. Хохряков Г.Ф. *Криминология*. Учебник. Под ред. академика В.Н.КУДРЯВЦЕВА, Москва: Юристъ, 2000.
22. Кудрявцев В.Н. *Механизм преступного поведения*. М., 1981.
23. Ривман Д.В. *Виктимологические факторы и профилактика преступлений*. Л., 1975.
24. Минская В.С. *Поведение потерпевшего в генезисе преступления против личности*. Диссертация на соискание ученой степени к.ю.н. М., 1972.
25. Минская В.С., Чечель Г.И. *Виктимологические факторы и механизм преступного поведения*. Иркутск, 1988.
26. Дягель П. С. *“Вина потерпевшего” в уголовном праве*. – “Советская юстиция”, 1967, № 6.

INFORMATII DESPRE AUTOR

BUGA Larisa – doctor în drept, Institutul de Științe penale și Criminologie Aplicată;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

BUGA Larisa – doctor of law, Institute of Criminal Sciences and Applied Criminology; larisa.buga79@gmail.com

CZU 342.4:351.74

RESPECTAREA PRINCIPIULUI LEGALITĂȚII ÎN PROCESUL ACTIVITĂȚII POLIȚIENEȘTI – CONDIȚIE DE BAZĂ A APLICĂRII JUSTE A CONSTRÂNGERII STATALE

Victor GUȚULEAC,

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

Tatiana ICHIM,

studenta grupei 19.C.3.2,
Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

REZUMAT

Principiul legalității reprezintă unul dintre principiile fundamentale ale oricărui stat de drept, ce rezultă din prevederile Constituției. Conform acestui principiu, toate autoritățile publice, funcționarii publici și alte persoane antrenate în sectorul public, cetățenii și asociațiile lor sunt obligați să respecte Constituția Republicii Moldova și legile adoptate în conformitate cu Constituția. În articolul dat ne propunem să studiem importanța principiului legalității în procesul activității polițienești și menirea acestuia în aplicarea constrângerii statale. Am analizat conceptul și fenomenul legalității, urmărind scopul de a contura accepțiunea contemporană a legalității ca principiu fundamental a activității polițienești. Pe baza studiului efectuat am formulat concluzii ce țin de îmbunătățirea mecanismelor realizării a principiului legalității în activitatea polițienească.

Cuvinte cheie: legalitatea, activitatea polițienească, organele polițienești, Constituția, legea, constrângerea statală.

RESPECT FOR THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN THE PROCESS OF POLICING – A BASIC CONDITION FOR FAIR ENFORCEMENT OF STATE COERCION

Victor GUȚULEAC,

University Professor, Doctor of Law,
Institute of Criminal Sciences and Applied Criminology,

Tatiana ICHIM,

student of group 19.C.3.2,
Institute of Criminal Sciences and Applied Criminology

SUMMARY

The principle of legality is one of the fundamental principles of any rule of law, this follows from the provisions of the Constitution. According to this principle, all public authorities, civil servants and other persons engaged in the public sector, citizens and their associations are obliged to respect the Constitution of the Republic of Moldova and the laws adopted in accordance with the Constitution. In this article we intend to study the importance of the principle of legality in the process of police activity, and its role in the implementation of state coercion. We have analysed the concept and phenomenon of legality, with the aim of outlining the contemporary acceptance of legality as a fundamental principle of police activity. On the basis of the study, we have formulated conclusions on improving the mechanisms for implementing the principle of legality in police work.

Key words: legality, police activity, police bodies, Constitution, law, state coercion.

Problema prezentei investigații este determinată de schimbările socio-economice și politice, precum și reformele în sectorul organelor statale, care au avut loc în țară, determină necesitatea obiectivă de a reconcepe principiile organizării și activității organelor statale, în primul rând, a subiecților

activității polițienești. În opinia noastră, de asemenea există o nevoie obiectivă de a revizui materialul teoretic cu scopul de a-l adapta și utiliza în cercetarea științifică, precum și în activitățile de aplicare a legii.

Actualitatea temei cercetate. Ținând cont de faptul că subdiviziunile sistemului Ministerului

Afacerilor Interne după limita de efectiv sunt cele mai numeroase și faptul că ele îndeplinesc un volum mare al activității polițienești, respectarea legalității devine principiul de bază al subiecților acestor activități. Totodată, constatăm că la acest capitol rămân multe rezerve.

După cum arată datele statistice și cercetările cu privire la activitatea organelor abilitate de a supraveghea respectarea prevederilor legale, în ultimii ani, au crescut cazurile de încălcare a normelor de drept și, în special, a disciplinei de serviciu, ceea ce provoacă un răspuns negativ rezonabil în societate, subminează autoritatea organelor executive a statului, inclusiv celor polițienești și reduce prestigiul acestora.

Conform *Raportului privind activitatea polițienească* [19], pe parcursul perioadei a 9 luni ale anului 2021, au fost înregistrate 38 cazuri pe efectiv care cad sub incidența articolelor din Codul Penal al Republicii Moldova privind actele de corupție și conexe corupției. Pentru comportamentul necorespunzător al polițiștilor în îndeplinirea atribuțiilor de serviciu și relația cu cetățenii, au fost aplicate sancțiuni disciplinare față de 158 angajați ai poliției, în timp ce pe parcursul întregului an 2018 numărul angajaților sancționați constituia 151. În aceeași perioadă, în privința a 105 de angajați ai poliției au fost pornite 72 cauze penale.

În cadrul Inspectoratului General de Carabinieri pe parcursul a 12 luni ale anului 2020, pentru diferite abateri disciplinare, încălcări și neajunsuri identificate au fost inițiate 331 anchete de serviciu [20].

Există multe motive pentru apariția unor procese și fenomene negative în domeniul activității polițienești. Unul dintre motive este gestionarea și organizarea ineficientă a activității acestora. În ultimii zece ani au existat omisiuni grave în managementul resurselor umane, nu a existat suficient suport financiar, material și tehnic pentru activitățile oficiale ale angajaților. În plus, aspirațiile persistente ilegale și corupte ale angajaților individuali, inclusiv ale celor care dețin funcții de conducere, au contribuit la încălcări sistemice ale legii.

În scopul combaterii încălcărilor prevederilor legale și disciplinei de serviciu, Constituția Republicii Moldova [7] consacră o serie de principii fundamentale care sunt temelia sistemului juridic al statului, inclusiv **principiul legalității**. O relevanță deosebită, principiul legalității are în sistemul subiecților activității cu caracter polițienesc.

În acest context, au fost adoptate un șir de legi a fiecărui organ polițienesc care la fel reglementează principiile activității privind respectarea prevederilor legale. *Art. 4 alin. (1) a Legii cu privire la activitatea Poliției și statutul polițistului* [15] prevede:

„Activitatea Poliției se desfășoară exclusiv în baza și pentru executarea legii, în interesul persoanei, al comunității și în sprijinul instituțiilor statului, pentru apărarea drepturilor și libertăților fundamentale și demnității umane, prevăzute în Declarația universală a drepturilor omului, în Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, în Codul european de etică al poliției și în alte acte internaționale, în conformitate cu principiile legalității, respectării drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, imparțialității și nediscriminării, controlului ierarhic permanent, răspunderii personale și profesionalismului, transparenței, respectării secretului de stat și al altor informații oficiale cu accesibilitate limitată”.

Considerăm că **principiul legalității** i-a naștere din Legea supremă a Republicii Moldova și este înrudit cu principiul fundamental **„prezumția nevinovăției”** care determină că:

„Orice persoană acuzată de un delict este prezumată nevinovată până când vinovăția sa va fi dovedită în mod legal, în cursul unui proces judiciar public, în cadrul căruia i s-au asigurat toate garanțiile necesare apărării sale” [7, art. 21].

Anume acest element fundamental al principiului legalității, această idee este legea de bază pe care se întemeiază definirea legală a principiului legalității în legea penală [4, art. 3], în legea procesual penală [5, art. 7-8], legea contravențională [6, art. 5] și alte acte legislative [16; 17; 18].

Scopul și sarcinile cercetării rezidă în conturarea accepțiunii contemporane a legalității ca principiu fundamental al activității polițienești și argumentarea menirii acestuia în aplicare a constrângerii statale. Autorii consideră că atingerea scopului formulat poate fi asigurată prin realizarea următoarelor **sarcini**: *studierea și conștientizarea prevederilor doctrinei juridice în ceea ce privește definirea principiului legalității; determinarea poziției legislatorului național la acest capitol în actele juridice ce reglementează activitatea polițienească; analiza stării de fapt privind respectarea principiului legalității în activitatea poliției.*

Metodele aplicate și materialele folosite. Ca principală metodă de cercetare a fost folosită metoda logică (analiză și sinteză). Materialul empiric utilizat provine din lucrări științifice, date oficiale, inclusiv statistice, legislația Republicii Moldova, studiu documentar, dar și din alte surse.

Rezultatele obținute și dezbateri. Legalitatea este principiul fundamental al funcționării statului de drept, care are menirea să asigure protecția drepturilor și libertăților cetățenilor, asociațiilor, organizațiilor, precum și intereselor statului. Aceasta înseamnă o

reglementare strictă și detaliată a activității organelor statale, precum și respectarea și executarea legilor și actelor de către cetățenii și persoane juridice. În statul în care activitatea organelor statale se bazează pe principiul legalității, există o determinare a acestuia de a asigura drepturile și libertățile omului, egalitatea tuturor în fața legii. Legea, stabilind drepturile și obligațiile subiecților, reglementează comportamentul persoanelor în societate, garantează punerea în aplicare a drepturilor și libertăților acestora.

Potrivit doctrinei, principiul fundamental, care își găsește o aplicare activă și oportună în activitatea organelor polițienești este principiul legalității [13, p. 43]. În baza principiului legalității, activitatea organelor polițienești trebuie să se întemeieze pe lege. Potrivit teoreticienilor din domeniul juridic, este dificil să se supraestimeze rolul legalității și disciplinei în activitățile organelor polițienești, deoarece fără respectarea legalității, statul nu va putea garanta drepturile și libertățile cetățenilor și să câștige sprijinul și încrederea.

Principiul legalității constituie un principiu fundamental al statului și dreptului și constă în obligativitatea tuturor organelor statului, partidelor și organizațiilor politice, economice și sociale, a tuturor persoanelor fizice și juridice de a respecta și aduce la îndeplinire întocmai prevederile legale.

În același timp, legalitatea presupune apărarea de către stat, prin organele sale abilitate, a drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor fizice și juridice [13, p. 42].

Nu se poate vorbi de un stat de drept fără o întronare fermă a principiului legalității și ordinii publice. Ca expresie a ordinii și libertăților sociale, ca emanație a puterii instituită de popor – legea stabilește norme permissive și prohibitive în toate domeniile vieții sociale [14, p. 49].

Nimeni și niciodată nu va putea invoca o anumită procedură situată în afara prevederilor legale, sub pretextul necesității punerii în aplicare a unei norme juridice, cu excepția situațiilor expres prevăzute tot de către lege.

Atâta timp cât legea, ca normă cu caracter obligatoriu este apărută și aplicată întocmai de către stat, prin organele sale, democrația constituțională este asigurată. Totodată, legalitatea presupune ca organele abilitate ale statului, în activitatea lor de punere în aplicare a prevederilor legale, trebuie să acționeze numai în conformitate cu spiritul acestora.

În conformitate cu acest principiu, întreaga activitate polițienească trebuie să se desfășoare potrivit legii și în vederea aplicării întocmai a acesteia, respectarea legii și a celorlalte acte normative fiind o cerință esențială, care decurge din organizarea democratică a statului.

Polițistul este investit cu exercițiul autorității publice, pe timpul și în legătură cu îndeplinirea atribuțiilor de serviciu, în limitele competențelor stabilite de lege, însă autoritatea funcției nu o poate exercita în mod arbitrar și în interes personal [15, art. 6, art. 31].

Activitatea polițienească implică o mare responsabilitate. Recunoașterea dreptului de apreciere pentru organele polițienești, are ca scop valorificarea competenței profesionale a acestora și, implicit, aplicarea legii în raport de situațiile și condițiile concrete. Acest drept de apreciere nu este însă nelimitat, deoarece polițistul nu poate decide în contradicție cu prevederile legii. Orice act polițienesc este supus la minimum două condiții impuse de normele juridice și anume [22, p. 49]: *condiția referitoare la autoritatea polițienească competentă să-l emită; condiția referitoare la scopul ce trebuie realizat și care este în mod necesar interesul public, al comunității.*

În statul de drept nu trebuie să existe acte polițienești în întregime discreționare, scăpate de sub orice control jurisdicțional.

Principiul legalității este strâns legat de apărarea drepturilor omului. În actuala societate, democrația și legalitatea sunt fețele aceleiași medalii. Nu poate exista democrație în afara legalității, dar nici legalitate fără democrație. Sunt însă mulți indivizi care înțeleg în mod greșit libertățile democratice, acceptând ideea că pot face ce vor, chiar să încalce legea, iar atunci când poliția intervine, aplicând prevederile legii, invocă încălcarea drepturilor omului blamând acțiunile polițiștilor. Democrația, puterea poporului nu se poate exercita într-un cadru haotic, anarhic, ea trebuie să respecte normele legale de comportament statornicite în societate.

Cel care încalcă legea trebuie să înțeleagă că răspunde în fața legii și nu a polițistului [13, p. 43].

Acest principiu care guvernează întreaga activitate polițienească presupune, de asemenea, cunoașterea temeinică, interpretarea judicioasă și aplicarea întocmai de către toți polițiștii a tuturor legilor și actelor normative, ce le stabilesc atribuții și drepturi, un autocontrol permanent în acțiunea de aplicare a acestora, promovarea consecventă a cultului legii, adevărului și dreptății.

Ce trebuie înțeles sub termenul legalitate? În literatura juridică, există diferite interpretări ale conceptului de „legalitate”.

Tradițional, legalitatea se exprimă prin o conduită conformă cu Constituția și legile adoptate în conformitate cu Constituția, dar și cu actele și faptele bazate pe acestea, ce generează drepturi și obligații juridice.

Etimologic, termenul legalitate provine de la cuvântul francez *légalité* și, potrivit Dicționarului Explicativ Ilustrat al Limbii Române [10, p. 1032], desemnează: 1) *caracter a ceea ce este legal, a ceea ce este în conformitate cu legea*; 2) *principiu potrivit căruia orice persoană fizică sau juridică este obligată să respecte legea*; 3) *situație conformă legii*; 4) *ordine legală care asigură viața și activitatea unei societăți, a unui stat*.

Prof. univ. Gh. Costachi susține: „noțiunea de *legalitate* presupune calitatea de a fi în conformitate cu legea” [8, p. 139]. Suntem de acord cu domnul profesor, dar considerăm că conceptul legalității are un conținut cu mult mai complex, multiaspectual, ce depășește semnificativ limitele conceptuale tradiționale ale acestei categorii.

Astfel, doctorul habilitat în drept D. Baltag [1, p. 273–274], înțelege prin legalitate respectarea întocmai a Constituției, a legilor, a celorlalte acte normative și a actelor juridice concrete emise în baza lor, respectarea drepturilor și libertăților cetățenești de către organele statului, de organisme sociale în general, precum și de către cetățeni. Deci, pe lângă respectarea normelor de drept aceasta legalitatea presupune și respectarea sau apărarea de către stat a drepturilor, libertăților și intereselor legitime ale persoanelor fizice și juridice, prin intermediul organelor sale abilitate în acest sens.

Întreaga activitate a organelor statului, inclusiv a organelor polițienești, trebuie să se desfășoare în condițiile, limitele și formele cerute de prevederile actelor normative, în așa fel încât să se facă uz de lege în toate situațiile când este necesar și în același timp să nu se facă abuz în aplicarea legii, aceasta fiind o cerință esențială ce decurge din organizarea democratică a statului.

Organele de activitate polițienească sunt chemate să apere, pe baza respectării stricte a legilor, viața, sănătatea și libertățile cetățenilor, interesele societății și ale statului.

Legalitatea presupune obligativitatea subiecților activității polițienești de a respecta prevederile actelor normative, atât în conduita pe care o manifestă în timpul îndeplinirii atribuțiilor sale specifice, în legătură cu exercițiul funcției, cât și în afara orelor de serviciu, având calitatea de simpli cetățeni. Ca un om al legii, colaboratorului organelor polițienești nu i se permite nici cea mai neînsemnată încălcare a prevederilor actelor normative, nici un fel de acțiuni arbitrarie sau compromisiuri, în aplicarea prevederilor acestora.

Respectarea acestui principiu în activitatea organelor polițienești se impune sub două laturi principale:

– de a veghea la aplicarea întocmai a legii și a interveni, făcând uz de prevederile ei, când aceasta

a fost încălcată, indiferent de persoana și poziția ei socială, de a depune toate diligențele pentru ca cei vinovați să fie descoperiți și trași la răspundere;

– de a nu face abuz de calitatea ce o au, de a nu denatura și exagera în aplicarea prevederilor legii [2].

În procesul desfășurării activității cu caracter polițienesc toți subiecții acestei activități, în special, în domeniul asigurării securității publice și menținerii ordinii publice utilizează diverse metode de influență asupra celor administrați, principalele fiind **metodele de convingere și metodele de constrângere** [12, p. 331–344].

Indiferent de caracterul activității polițienești, metoda de constrângere trebuie să fie precedată de metoda de convingere și trebuie folosită numai în cazul în care sunt epuizate măsurile de convingere.

Astfel, convingerea membrilor societății în scopul respectării conștiinței, benevole și ferme a Constituției și a altor legi, a drepturilor, onoarei, demnității cetățenilor, regulilor de trai în comun care s-au constituit într-o anumită societate este o metodă de bază a subiecților activității cu caracter polițienesc. Cu toate acestea, atât timp cât se vor comite fapte ilicite, inclusiv infracțiuni, statul este obligat să-i constrângă pentru încălcarea ordinii de drept pe unii cetățeni, care în așa fel pun în pericol viața și liniștea altor membri ai societății [21, p. 84].

Pentru atingerea scopului evidențiat anterior, organele de stat aplică un șir de măsuri de influență asupra conștiinței oamenilor, astfel creând la ei stimulenți pentru determinarea de către ei a caracterului propriei conduite, pe când constrângerea îl obligă pe cetățean să se opună ordinii de drept stabilite, să-și schimbe comportamentul în direcția convenabilă societății, indiferent de dorințele și intențiile proprii. În acest context, constrângerea poate fi legată de restricția anumitor drepturi și interese ale persoanelor ce au comis fapte antisociale cât și a altor cetățeni în scopul prevenirii contravențiilor și crimelor, asigurării securității sociale.

Caracterul specific al mijloacelor și măsurilor concrete de influență folosite în procesul regulării comportamentului oamenilor oferă o determinare calitativă metodei de convingere. Datorită acestui fapt, apare posibilitatea de a deosebi metoda convingerii de metoda constrângerii, prin urmare, de a lua în considerație particularitățile lor și de a le folosi mai eficient și calitativ.

Realizând sarcinile de ocrotire a ordinii publice și asigurare a ordinii de drept, subiecții activității polițienești aplică cele mai progresiste și mai umane metode. Influența asupra societății prin convingere este principiul fundamental în activitatea tuturor subiecților. Totodată, convingerea presupune influența asupra

conștiinței și voinței omului, în special, cu mijloacele de ordin ideologic. Deși influența convingerii poartă un caracter ideologic și moral, aceasta nu înseamnă că convingerea se reduce numai la cuvânt, la propaganda de drept etc. Este necesar de a delimita convingerea prin cuvinte goale de incapacitatea organizatorică ce se dă drept convingere. De aceea, în sistemul de măsuri de convingere sunt incluse justificat diverse măsuri cu caracter organizatoric și de încurajare.

Convingerea, în sens vast, este o totalitate de acțiuni consecutive, care fac pe cineva să adopte o părere, să recunoască ceva ca adevărat pe bază de dovezi și argumente [13, p. 211; 11, p. 79].

Potrivit unei alte opinii [21, p. 85], **convingerea ca metodă a activității administrative a poliției, de ocrotire a ordinii publice, a luptei directe cu criminalitatea, reprezintă un complex de acțiuni și măsuri cu caracter educativ, explicativ și de încurajare, menite să influențeze asupra conștiinței și purtării oamenilor în interesul ridicării nivelului de conștiință socială și disciplină a membrilor societății, a respectării conștiinței de către toți cetățenii a normelor de trai în comun.**

În pofida faptului, că divizarea pur exterioară (stilistică) a definițiilor menționate și a altora, conținutul de bază al lor este unul – **influența administratorului asupra conștiinței celui administrat fără de a aplica măsuri de constrângere statală.**

Constrângerea administrativă constă în faptul că organul corespunzător al administrării de stat sau persoana cu funcție de răspundere (subiectul administrării), conducându-se de împuternicirile sale, obligă cetățeanul să în-făptuiască sau să înceteze unele acțiuni cu posibilitatea aplicării măsurilor de constrângere administrativă [23, p. 176].

Bazându-ne pe rezultatele analizei diverselor opinii cu privire la definiția și conținutul juridic al constrângerii administrative, putem concluziona că ea se deosebește de alte forme ale constrângerii juridice prin **semnele (trăsăturile) ei caracteristice**, și anume:

- aplicarea extrajudiciară;
- aplicarea măsurilor de constrângere de către conducerea unui organ de administrare poate avea loc și față de o terță persoană, adică față de persoanele care nu se găsesc cu el în relații de serviciu;
- măsurile de constrângere pot fi aplicate doar de acele organe de conducere care au împuterniciri ale reprezentanților puterii administrative, înfăptuind funcții de control și supraveghere cu dreptul de a le cere respectarea ordinii de drept și aplicându-le măsuri administrative de constrângere;
- numai în caz de încălcare a regulilor general obligatorii de conduită, organele de conducere pot aplica măsuri de constrângere;

– măsurile de constrângere administrativă pot fi aplicate nu numai în scopul prevenirii și curmării contravențiilor și a infracțiunilor, dar și pentru asigurarea securității publice, precum și în alte scopuri [24, p. 210];

– constrângerea administrativă, și, în special cea contravențională [6, art. 432-439], se realizează prin formele procesuale mai simple decât constrângerea judiciară, fapt ce asigură operativitatea măsurilor ei, menținerea ordinii de drept și asigurarea securității publice;

– caracterul specific al constrângerii administrative se manifestă și prin faptul că ele cuprind și constrângerea fizică [13, p. 215].

Orice formă a constrângerii statale, inclusiv constrângerea administrativă (contravențională), este o armă puternică în mâinile subiectului administrării, deoarece ea limitează într-un fel sau altul libertatea celor față de care se aplică, atinge substanțial drepturile și interesele lor. De aceea ea poate fi aplicată doar acolo și atunci când este cu adevărat necesară [25, p. 6].

Din acest punct de vedere, e important a sublinia faptul că constrângerea aplicată de către organele abilitate cu acest drept, trebuie să fie legitimă. Acestea sunt obligați de a utiliza în interesul societății măsurile de constrângere prevăzute de lege, conform unei anumite proceduri, în cazurile în care reprimarea comportamentelor deviate este imposibilă prin alte metode. Legislația națională și internațională stabilește competența organelor de stat de a aplica constrângerea, determină conținutul și limitele acesteia, temeiurile și ordinea de realizare.

Aplicarea unei constrângeri nejustificate și inechitabile se materializează, prin esență, ca acte de violență, și este o încălcare gravă a principiului legalității, și o încălcare a drepturilor omului.

Din perspectiva celor enunțate, se poate afirma că constrângerea poate fi legală și ilegală. Ultima poate degenera în despotismul organelor de stat, fapt ce pune individul într-o stare neprotejată. O asemenea constrângere are loc în statele cu regimuri politice nedemocratice. Legală este recunoscută a fi constrângerea ale cărei formă și măsură sunt stabilite strict și concret de normele juridice și care se aplică potrivit normelor procesuale sub formă de măsuri concrete. Este important în acest sens faptul că legalitatea, temeinicia și justetea constrângerii juridice legale poate fi supusă controlului și poate fi contestată în instanța de judecată [3, p. 111-113].

Gradul de legalitate al constrângerii este determinat de măsura în care:

- aceasta corespunde principiilor fundamentale ale sistemului de drept;

- este unică și generală pentru întreg teritoriul statului;
- sunt reglementate normativ conținutul, limitele și condițiile de aplicare;
- acționează prin intermediul mecanismului de drepturi și obligații reciproce ale subiectului ce aplică constrângerea și a celui care o suportă;
- dispune de forme procesuale dezvoltate [26, p. 334].

Deci, legalitatea este fundamentul măsurilor de constrângere. În virtutea acestei exigențe, principiul semnifică faptul că organele polițienești în procesul aplicării măsurilor de constrângere, sunt obligați de a acționa în sensul efectiv al respectării legii. Este vorba de un aspect al principiului legalității care n-a fost pus în lumină decât de puțină vreme. Ea semnifică un element pozitiv în sensul că subiecții activității polițienești nu sunt doar ținuti să nu depășească limitele competenței, ci sunt obligați să acționeze pentru executarea legii și chiar pentru restabilirea legalității, atunci când și acolo unde ea este încălcată.

Concluzii. În concluzie, vom nota că pentru a îmbunătății, din punct de vedere conceptual, principiul legalității, ar trebui întreprinse demersurile teoretice necesare, dar și de ordin normativ, menite a asigura, pe de o parte, eficiența activității organelor polițienești, printr-un raport echilibrat al prerogativelor de care dispun acestea, iar pe de altă parte, instituirea unor forme moderne și eficiente, prin intermediul cărora să se limiteze tendința de exces a puterilor angajaților, restrângând-o astfel la sfera „legalității”.

Din acest punct de vedere, una dintre cele mai relevante probleme care merită, în opinia noastră, o deosebită atenție este legalitatea aplicării măsurilor de constrângere, în direcția studierii și îmbunătățirii mecanismelor de realizare a acesteia.

În acest scop, considerăm necesară determinarea doctrinară pe cât se poate de amplă și optimă definirea noțiunii „legalității” a constrângerii și a constrângerii ca metode de administrare în domeniul asigurării ordinii de drept, garanției drepturilor și libertăților persoanei și venim cu următoarele variante:

1. În viziunea noastră, **convingerea prezintă o influență psihopedagogică a subiectului administrării asupra conștiinței celor administrați în limitele stipulate de normele juridice și cele morale, în scopul conformării regulilor stabilite de conduită, executării calitative și la timp a sarcinilor și funcțiilor în domeniul asigurării ordinii de drept, a drepturilor și libertăților persoanei.**

2. Constrângerea se aplică, de asemenea, în scopul corectării și reeducării celor care încalcă ordinea de drept și al prvenirii altor încălcări sau a repetării lor (de exemplu, tratarea forțată a alcoolicilor cronici, a narcomanilor și a

toxicomanilor, supravegherea administrativă a diferitor categorii de persoane aflate în evidența organelor de poliție sau a organelor ocrotirii sănătății).

Deci, prin **constrângere administrativă înțelegem un ansamblu de măsuri pe care subiecții activității polițienești le pot lua direct pentru a asigura executarea dispozițiilor legale în cazul în care acestea nu sunt executate de bună voie, precum și pentru a preveni producerea unor fapte care ar periclita ordinea publică și securitatea publică, drepturile și interesele statului sau ale cetățenilor.**

3. **Constrângerea ca metodă a activității privind asigurarea ordinii de drept** se aplică de către subiecții activității polițienești împuterniciți, în modul stabilit de lege, ca reacție la apariția raportului juridic de conflict, adică atentarea la valorile sociale, protejate de norma juridică materială.

Potrivit științei administrării, **constrângerea ca metodă de administrare nu este oportună de a fi aplicată dacă nu sunt epuizate posibilitățile convingerii.**

Legalitatea aplicării măsurilor de constrângere se află în dependență directă de respectarea strictă a regulilor stabilite prin lege privind aplicarea acestei metode de administrare, și anume:

- constatarea și documentarea temeiului juridic de aplicare a măsurii concrete de constrângere;
- aplicarea acestei măsuri doar de către subiectul activității polițienești, dotat cu dreptul de a aplica măsura determinată de constrângere;
- respectarea condițiilor care însăși precedează aplicarea nemijlocită a măsurii de constrângere;
- excluderea faptelor depășirii limitelor de aplicare a măsurii de constrângere.

Doar respectarea integrală a condițiilor nominalizate va contribui la asigurarea legalității în procesul aplicării măsurilor de constrângere.

Referințe bibliografice:

1. Baltag D. *Teoria generală a dreptului și statului: curs introductiv*. Cimișlia: Editura „TIPCIM”, 1996
2. Carp S. *Principiile fundamentale de activitate a poliției în condițiile manifestațiilor publice cu caracter de masă*. În: *Analele științifice ale Academiei „Ștefan cel Mare” a MAI al Republicii Moldova*, ediția a XI-a, nr. 2.
3. Chetruș U., Costachi Gh. *Constrângerea – metodă importantă de conducere statală*. În: *Revista națională de drept*, nr. 7-8/2010.
4. *Codul penal al Republicii Moldova* nr. 985-XV din 18.04.2002, art. 3. În: *Monitorul Oficial al Republicii Moldova* nr. 128-129/1012 din 13.09.2002.
5. *Codul de procedură penală al Republicii Moldova* nr. 122 din 14.03.2003, art. 7-8. În: *Monitorul Oficial* nr. 248-251/699 din 05.11.2013.

6. *Codul contravențional al Republicii Moldova*, adoptat prin Legea nr. 218-XVI din 24.10.2008, art. 5. În: Monitorul Oficial nr. 3-6/15 din 16.01.2009.
7. *Constituția Republicii Moldova* nr. 1 din 29-07-1994. În: Monitorul Oficial nr. 78/140 din 29.03.2016, modificat prin Legea nr. 120 din 23.09.21, publicată în MO nr. 238/274 din 01.10.21; în vigoare de la 01.04.22.
8. Costachi Gh. *Spre o statalitate democratică și de drept*. Chișinău: ÎS FEP „Tipografia Centrală”, 2007.
9. Costachi Gh. *Direcții prioritare ale edificării statului de drept în Republica Moldova*. Chișinău: Tipografia Centrală, 2009.
10. *Dicționar Explicativ Ilustrat al Limbii Române*. Chișinău: Editura „Arc Gunivas”, 2007.
11. Guțuleac V. *Tratat de drept contravențional*. Chișinău: S. n., („Tipografia Centrală”), 2009.
12. Guțuleac V. *Drept administrativ*. Chișinău: Tipografia Centrală, 2013 (ULIM, ÎSP și CA).
13. Guțuleac V. *Drept polițienesc*. Manual. Inst. de Științe Penale și Criminologie Aplicată; Inst. de Cercetări Juridice și Politice al Acad. de Științe din Moldova. Chișinău: S.n., 2015 (Î.S. F.E.-P. „Tipografia Centrală”).
14. Ivan St., Ioniță T. *Drept polițienesc*. București: Editura Romfel, 1993.
15. *Lege nr. 320 din 27.12.2012 cu privire la activitatea Poliției și statutul polițistului*. În: Monitorul Oficial nr. 42-47/145 din 01.03.2013. Modificată prin Legea nr. 219 din 08.11.18 publicată în Monitorul Oficial nr. 462-466/770 din 12.12.18, în vigoare din 01.01.21.
16. *Legea nr. 219 din 08.11.2018 cu privire la Inspectoratul General de Carabinieri*. În: Monitorul Oficial nr. 462-466/770 din 12.12.2018 (în vigoare din 12.12.2018).
17. *Legea nr. 283 din 28.12.2011 cu privire la Poliția de Frontieră*. În: Monitorul Oficial nr. 76-80/245 din 20.04.2012.
18. *Legea nr. 93 din 05.04.2007 Inspectoratului General pentru Situații de Urgență*. În: Monitorul Oficial nr. 78-81/358 din 08.06.2007.
19. *Raport privind activitatea polițienească pentru 9 luni 2021* https://politia.md/sites/default/files/raport_cu_privire_la_activitatea_politiei_9_luni_2021.pdf (vizitat la 07.11.2021, ora 15:45).
20. *Raport de activitate al Inspectoratului General de Carabinieri pentru anul 2020* <https://carabinier.gov.md/sites/default/files/document/attachments/Nota%20IGC%20-2020s.pdf> (vizitat la 07.11.2021, ora 15:50).
21. Stamatin Șt., Grati V. *Activitatea administrativă a organelor afacerilor interne (partea generală)*. Chișinău: Centrul Ed. al Academiei „Ștefan cel Mare” a MAI a Republicii Moldova, 2003.
22. Șerb S., Drăghici C., Iacob A., Ignat A. *Drept polițienesc și contravențional*. București: Editura „Tritonic”, 2003.
23. *Административное право*. Учебник / Козырева Т. И., Куфакова Н. А., Лунев А. Е., Мозохина А. Г., и др. / Под ред.: Лунев А. Е. Москва: Юрид. лит., 1967.
24. Козлов Ю. М. *Советское административное право: учебник*. Москва: Юрист, 1985.
25. Нохрин Д. Г. *Государственное принуждение в гражданском судопроизводстве*. Москва: Волтерс Клувер, 2009.
26. Макарейко Н. В. *Право и принуждение: к вопросу о взаимосвязи*, p. 334. [http://www.unn.ru/pages/vestniki_journals/99990195_West_pravo_2003_2\(7\)/B_3-19.pdf](http://www.unn.ru/pages/vestniki_journals/99990195_West_pravo_2003_2(7)/B_3-19.pdf) (vizitat la 09.12.2021, ora 18.20).

INFORMATII DESPRE AUTOR

Victor GUȚULEAC – doctor în drept, profesor universitar, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată;
Tatiana ICHIM – studenta grupei 19.C.3.2, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Victor GUȚULEAC – University Professor, Doctor of Law, Institute of Criminal Sciences and Applied Criminology;
Tatiana ICHIM – Student of Group 19.C.3.2, Institute of Criminal Sciences and Applied Criminology;
victorgutuleac70@mail.ru
tania.ichim2402@mail.ru

УДК 343.2:124.5

ОЦІНОЧНІ ПОНЯТТЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ: АКСІОЛОГІЧНИЙ ПІДХІД

Костянтин ОРОБЕЦЬ,

кандидат юридичних наук,

асистент кафедри кримінального права № 2

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено висвітленню поняття й особливостей застосування оціночних понять у кримінальному праві. З'ясовані деякі проблеми тлумачення оціночних понять у правозастосовній практиці. З позицій аксіологічного підходу обґрунтовані такі об'єктивні характеристики оціночних понять, як предмет оцінки; аксіологічна шкала; критерії оцінки; межі оцінки. Установлені етапи оцінювання кримінально-правових понять. Доводиться, що результатом такої правозастосовної діяльності має бути встановлення істини, до якої належить зміст оціночного поняття, а також віднесення або невіднесення конкретного явища до обсягу оціночного поняття на підставі визначення його порівняльної цінності чи антицінності.

Ключові слова: кримінальне право, оціночні поняття, аксіологічний підхід, суспільна небезпечність, цінність, антицінність.

EVALUATION CONCEPTS IN CRIMINAL LAW: AXIOLOGICAL APPROACH

Konstantyn OROBETS,

Candidate of Law Sciences,

Assistant at the Department of Criminal Law № 2

Yaroslav Mudryi National Law University

SUMMARY

The article is devoted to the coverage of the concept and features of the application of evaluative concepts in criminal law. Some problems of interpretation of valuation concepts in law enforcement practice are clarified. From the standpoint of the axiological approach, such objective characteristics of evaluation concepts as the subject of evaluation, axiological scale, evaluation criteria, evaluation limits are substantiated. The stages of evaluation of criminal law concepts are established. It is proved that the result of such law enforcement activities should be the establishment of truth, which includes the content of the concept of evaluation, as well as the attribution or non-attribution of a specific phenomenon in the scope of the valuation concept on the basis of determining its comparative value or anti-value.

Key words: criminal law, valuation concepts, axiological approach, social danger, value, anti-value.

CONCEPTE EVALUATIVE ÎN DREPTUL PENAL: O ABORDARE AXIOLOGICĂ

REZUMAT

Articolul este dedicat acoperirii conceptului și caracteristicilor aplicării conceptelor evaluative în dreptul penal. Sunt clarificate unele probleme de interpretare a conceptelor de evaluare în practica de aplicare a legii. Din punctul de vedere al abordării axiologice, sunt fundamentate astfel de caracteristici obiective ale conceptelor de evaluare ca subiectul evaluării; scară axiologică; criteriu de evaluare; limitele de evaluare. Se stabilesc etapele de evaluare a conceptelor de drept penal. Se dovedește că rezultatul unei astfel de activități de aplicare a legii trebuie să fie stabilirea adevărului căruia îi aparține conținutul conceptului de evaluare, precum și atribuirea sau neatribuirea unui anumit fenomen în sfera de aplicare a conceptului de evaluare în baza valorii sa comparativă sau antivaloare.

Cuvinte cheie: drept penal, concepte de evaluare, abordare axiologică, pericol social, valoare, antivaloare.

Постановка проблеми. Кримінальне право, як і будь-яка галузь права, закріплює і відображає у своєму змісті певне коло соціаль-

но-правових явищ. Для позначення таких явищ, що включаються у предмет кримінального права, отже, набувають специфічного кримінально-

правового змісту і значення, використовується понятійно-категоріальний апарат. Здебільшого у кримінальному праві використовуються категорії, поняття і терміни, які є суворо визначеними, мають чіткі (а нерідко – легальні) визначення, формалізовані ознаки, види, критерії, підстави тощо. І це виправдано, адже саме норми кримінального права, що отримують формальне закріплення у приписах кримінального закону, виступають найдієвішим правовим засобом боротьби з найбільш суспільно небезпечними діяннями та повинні максимально точно і повно відображати юридичні ознаки конкретних складів кримінальних правопорушень.

Водночас у деяких поняттях кримінального права здатні відображатися не одне чи декілька явищ (або їхніх окремих показників), а ціла низка. Наприклад, кримінально карані порушення безпеки виробництва здатні призводити до нетотожних тяжких наслідків у вигляді фізичної, майнової, екологічної шкоди; істотна шкода, завдана незаконним зайняттям рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом, за ст. 249 Кримінального кодексу (далі – КК) України може мати різні якісні (знищення місць нересту риби тощо) та кількісні (добування живих водних ресурсів у великих кількостях тощо) прояви тощо. У таких випадках у законі про кримінальну відповідальність є досить ускладненим або ж навіть неможливим формальне закріплення всіх ознак поняття чи вичерпного переліку проявів відповідного явища. Розв'язанням цієї проблеми є використання оціночних понять у кримінальному праві.

Проблеми оціночних понять тривалий період є предметом наукових досліджень. У різний час цій проблематиці присвячували свої роботи такі вчені, як: Я.М. Браїнін, С.І. Вільнянський, І.М. Гальперін, В.Є. Жеребкін, В.І. Касинюк, Е.М. Кісілюк, Р.С. Орловський, М.І. Панов, О.О. Пашенко, В.В. Пітецький, О.В. Смаглюк, О.В. Ус, Є.О. Фролов, С.О. Харитонов, С.Д. Шапченко й інші. Незважаючи на наявність значної кількості публікацій, ставлення до оціночних понять у різних науковців є неоднозначним – від заперечення потреби в їх застосуванні до обґрунтування перманентної доцільності. Тлумачення окремих із них також у багатьох випадках не збігається. Ці обставини загострюють проблему ґрунтовних досліджень оціночних понять, надають їм актуальності. Серед інших малодослідженим залишається аксіологічний аспект оціночних понять.

Метою статті є з'ясування поняття та характеристик оціночних понять у кримінальному праві з використанням аксіологічного підходу.

Виклад основного матеріалу. Щодо визначення оціночних понять та особливостей, які відрізняють їх від понять формально визначених, у літературі висловлені різні думки. Так, В.М. Кудрявцев зазначав, що зміст оціночних понять (ознак) значною мірою визначається правосвідомістю правозастосовувача з урахуванням вимог кримінального закону й обставин конкретної справи [1, с. 134]. Схожі думки висловлювалися А.В. Наумовим [2, с. 97], Є.О. Фроловим [3, с. 46]. На думку В.Є. Жеребкіна, оціночні поняття являють собою не визначені в законі, теорії чи в судовій практиці терміни правової науки [4, с. 7]. О.С. Степанюк визначає оціночне поняття кримінального закону як поняття, що міститься у кримінально-правовій нормі та конкретизується правозастосовувачем у кримінально-правовій оцінці фактів, які детермінують застосування норми кримінального закону [5, с. 200]. О.О. Семчик розуміє оціночні поняття як нормативні положення, встановлені в найбільш загальному вигляді із вказівкою на сутнісні характеристики та якості певного правового явища, зв'язки між правовими явищами та процесами, завдяки чому вони не мають однозначного розуміння чи розгорнутого значення, а тому передбачають необхідність їх оцінки суб'єктами, що застосовують ці положення з певною мірою власного переконання та розсуду (дискреції) [6, с. 220]. М.І. Панов підкреслює, що оціночні поняття характеризуються невизначеністю, відсутністю однозначних, чітких і суворо визначених у законі ознак [7, с. 347]. О.В. Ус пропонує детальне визначення оціночного поняття (ознаки) кримінального закону як частково або повністю неконкретизованого у КК або в іншому нормативно-правовому акті поняття (ознаки), яке містить не його цілісну характеристику, а лише деякі властивості такого поняття, встановлення змісту якого здійснюється у процесі застосування кримінально-правової норми на підставі сукупності об'єктивних і суб'єктивних чинників, зважаючи на приписи кримінального закону й усталену судову практику, а його застосування пов'язане з необхідністю здійснення правозастосовувачем самостійного оцінювання конкретного випадку в межах наданих йому дискреційних повноважень [8, с. 64].

Наведені вище погляди відтворюють основні особливості оціночних понять. Водночас потрібно наголосити, що в цій статті предметом дослідження виступають саме оціночні поняття, які охоплюють оціночні ознаки окремих правопорушень, проте не вичерпуються ними, і позначаються через відповідні (оціночні) терміни. Окрім того, досліджуючи оціночні поняття у кримінальному праві, на нашу

думку, варто виходити з того, що, незважаючи на відсутність вичерпного переліку формалізованих ознак, оціночні поняття завжди відображають соціально значущі (суспільно небезпечні або суспільно корисні) явища загалом або окремі аспекти соціально значущих явищ. Причому пошук, подальше віднесення або невіднесення тих чи інших явищ до певного оціночного поняття є складовою частиною їх пізнання, що здійснюється у процесі правозастосовної діяльності. Кількість явищ, які об'єднуються й позначаються оціночними поняттями, є вельми значною, що свідчить про досить високий рівень узагальненості останніх, їх відносно широкий обсяг та вузький зміст (зменшення кількості основних і сутнісних ознак) [7, с. 353].

На підставі аналізу різноманітних наукових дефініцій можна запропонувати власне розуміння оціночних понять у кримінальному праві як понять, ознаки яких цілком або частково формально не визначені, у зв'язку із чим з'ясування змісту таких понять і віднесення соціально значущих явищ до їх обсягу здійснюються правозастосовувачем з урахуванням приписів закону, матеріалів слідчо-судової практики та досягнень кримінально-правової науки.

Проблемою, яка ускладнює встановлення змісту оціночних понять, є те, що поняття, які позначаються в законодавстві тим самим терміном, зазвичай мають різний зміст. Наприклад, згідно з абз. 3 п. 11 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями» від 23 грудня 2005 р. № 13 поняття стійкості як ознака організованої групи охоплює здебільшого прояви внутрішньої стійкості, оскільки набуття такою групою поряд з іншими ознаками зовнішньої стійкості зазвичай свідчить про те, що ця група трансформувалась у злочинну організацію. Тож критерії оцінки стійкості організованої групи та злочинної організації є різними [9, с. 73]. За зовнішнім (об'єктивним) проявом та внутрішнім (психічним) ставленням до них тяжкі наслідки, заподіяні внаслідок неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником (ст. 140 КК України), і тяжкі наслідки терористичного акту (ч. 2 ст. 258 КК) – зовсім різні поняття. Тому в кожному випадку на практиці надзвичайно важливо встановити, у зв'язку з яким саме більш широким поняттям використовується конкретне оціночне поняття. Звичайно, бажано, щоб однакові законодавчі терміни мали тотожне значення, проте в разі оціночних понять це далеко не завжди є можливим. На це звертає увагу С.О. Харитонов і пропонує в законотворчій діяль-

ності у кримінальних правопорушеннях, схожих один з одним за об'єктивними та суб'єктивними ознаками, керуватися принципом однакового змістовного наповнення оціночних понять, які відображені як суспільно небезпечні наслідки [10, с. 235].

Одним з основних підходів, що можуть використовуватися в дослідженнях оціночних понять, є аксіологічний, оскільки предметом вивчення аксіології вважаємо цінності, оцінки й істину [11, с. 223–224], філософські положення про які цілком можуть бути екстрапольовані на сферу кримінального права. З погляду аксіологічного підходу оцінювання кримінально-правового поняття під час правозастосовної діяльності – це процес визначення цінності або антицінності певного соціального явища, характеристики якого відображені в оціночному понятті, крізь призму свідомості правозастосовувача. Результатом цього процесу є віднесення або невіднесення соціального явища до обсягу оціночного поняття. Н.В. Касіяненко зауважує, що правова оцінка завжди є аксіологічною, тобто передбачає співвіднесення будь-якого об'єкта, що оцінюється, з особистісною системою цінностей суб'єкта правозастосування [12, с. 118–119]. Інакше кажучи, у підставі встановлення змісту оціночного поняття наявні два моменти – суб'єктивний (правосвідомість уповноважених осіб органів правозастосування) і об'єктивний (певний критерій, стандарт оцінки) [13, с. 167]. Через це результат оцінки може бути істинним або хибним. Якщо результат хибний – він повинен бути предметом перегляду, зміни або скасування (наприклад, перегляд обвинувального вироку судом вищої інстанції).

Виходячи з аксіологічного підходу, пропонуємо під час дослідження оціночних понять брати до уваги такі характеристики:

1. Предмет оцінки – це «система координат», у якій здійснюється встановлення справжнього змісту того чи іншого оціночного поняття. Цей зміст, як уже зазначалося, завжди має чітку «прив'язку» до більш широкого поняття, що характеризується через поняття оціночне, наприклад: стійкість організованої групи (ч. 3 ст. 28 КК України), стійкість злочинної організації (ч. 4 ст. 28 КК), грубість порушення законодавства про працю (ст. 172 КК), грубість порушення угоди про працю (ст. 173 КК), грубість порушення громадського порядку (ст. 296 КК), істотна шкода здоров'ю потерпілого, спричинена внаслідок неналежного виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей (ч. 1 ст. 137 КК) тощо. Отже, зміст оціночного поняття може бути встановлений лише в контексті ширшого поняття (певної форми співучасті, конкретного кри-

мінального правопорушення тощо) як його показник. Ця вимога логічно впливає із системності кримінального права та закону.

2. Кількісні та (або) якісні критерії оцінки поняття, які і дають можливість у своїй сукупності або окремо робити аргументований (правильний, істинний) висновок про наявність або відсутність у відповідного явища певної соціальної значущості (з позицій аксіологічного підходу – цінності або антицінності), яка б відповідала змісту оціночного поняття. Ці критерії, по-перше, повинні бути сталими, об'єктивними й досить загальними, щоб уможливити включення різноманітних (зокрема й нових) явищ в обсяг одного й того самого оціночного поняття. Вони не можуть змінюватися залежно від умов конкретної ситуації, інакше це б порушувало вимогу одноманітності застосування кримінального закону, відкривало шлях для свавілля правозастосовувачів. Так само вони не можуть бути занадто узагальненими: їхня абстрактність допускається до тієї міри, яка гарантуватиме можливість об'єктивно й відповідно до положень КК України встановлювати наявність підстав для застосування конкретної кримінально-правової норми [14, с. 180]. По-друге, критерії повинні виступати тими стандартними ознаками, які дозволяють об'єднувати схожі за своєю цінністю або антицінністю явища в один клас. У кінцевому підсумку критерії оціночних понять є ознаками, що визначають однорідність тих чи інших явищ [7, с. 355]. По-третє, на цих критеріях ґрунтується істинність висновку правозастосовувача, отже, й вони самі можуть бути визнані правильними або помилковими. Тому, як відзначають у літературі, підстава для оцінки конкретного діяння у процесі застосування оціночних понять може бути об'єктивно перевірена та контрольована ззовні (В.Є. Жеребкін) [4, с. 15]; об'єктивно наявні запобіжники, використання яких дає змогу уникнути свавілля та порушення режиму законності в застосуванні оціночних понять (О.О. Пашенко) [15, с. 169].

3. Аксіологічна шкала, через показники якої оцінюються явища, здійснюється їх ціннісний «вимір». Таким способом може бути визначений як абсолютний статус будь-якого об'єкта, який виражається категоріями «добре», «погано» і «байдуже», так і відносний – за допомогою порівняльних категорій «краще», «гірше» та «рівнозначно» [16, с. 264]. Терміни для позначення оціночних понять, як-от, наприклад, «суспільна небезпечність», «істотна шкода», «велика шкода», «тяжкі наслідки» тощо, мають чітко виражену ціннісну забарвленість і обумовлюють можливість порівняльного аналізу за аксіологічною шкалою.

4. Межі оцінки, що визначаються рівнем суспільної небезпечності (або суспільної користі) явища, яке відображене у відповідному понятті. Наприклад, у разі використання оціночного поняття «тяжкі наслідки» для відображення кваліфікуючої (особливо кваліфікуючої) ознаки складу відповідного кримінального правопорушення рівень суспільної небезпечності такого кримінально протиправного діяння повинен бути більш високим, ніж рівень суспільної небезпечності цього ж кримінального правопорушення, що має простий (основний) або кваліфікований (якщо йдеться про особливо кваліфікуючу ознаку, виражену через оціночне поняття) склад.

Хоча оціночні поняття і не мають чітко визначених у законі меж [7, с. 353], саме положення кримінального закону повинні виступати фундаментом, необхідним для розкриття їхнього змісту й обсягу. Скажімо, для оціночного поняття «суспільна небезпечність», яке відображає матеріальну ознаку кримінального правопорушення, нижньою межею (мінімальним рівнем) буде завдання істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі, що зазначено в ч. 2 ст. 11 КК України. Поняття «тяжкі наслідки» у ч. 2 ст. ст. 271–275 КК України передбачає фактичне завдання більшої шкоди, ніж «шкода здоров'ю потерпілого», що закріплена як суспільно небезпечний наслідок кримінального правопорушення в ч. 1 відповідних статей. Тяжкі наслідки, які були завдані внаслідок учинення терористичного акту (ч. 2 ст. 258 КК України), не охоплюють загибель людини (ч. 3 ст. 258 КК).

Окрім приписів закону про кримінальну відповідальність, визначення меж оціночних понять правозастосовувачем має ґрунтуватися на положеннях інших нормативно-правових актів, матеріалах слідчо-судової практики та досягненнях кримінально-правової науки. Так, у встановленні «грубості» порушення громадського порядку в разі хуліганства (ст. 296 КК України) до обсягу цього оціночного поняття не можуть бути включені дії, що визнаються адміністративним правопорушенням згідно зі ст. 173 «Дрібне хуліганство» Кодексу України про адміністративні правопорушення (нецензурна лайка у громадських місцях, образливе чіпляння до громадян тощо).

Серед матеріалів судової практики особлива роль належить практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Зокрема, у рішенні у справі «Лійвік проти Естонії» було визнано неправомірним засудження заявника за зловживання посадовим становищем у зв'язку з тим, що тлумачення ст. 161 КК Естонії (а точніше, оціночного поняття

«значна шкода») передбачало застосування занадто широких понять та нечітких критеріїв, які не відповідали вимогам Європейській конвенції про захист прав людини та основоположних свобод [17]. Виходячи із зазначеного рішення ЄСПЛ, оціночні поняття кримінального права, які не знайшли достатньої конкретизації ні у КК, ні в узагальненнях судової практики, не можуть використовуватися законодавцем [18, с. 68–69]. Окрім судової практики, велике значення для встановлення змісту оціночних понять може мати слідчо-прокурорська (досудова) практика, роль якої часто недооцінюють [19, с. 210–211].

Додатковим підґрунтям під час з'ясування змісту оціночних понять можуть виступати результати наукових досліджень у галузі кримінального права, однак, на наш погляд, може йтися лише про такі наукові положення, що є загально-визнаними або принаймні визнаними більшістю вчених та мають досить широку емпіричну базу у вигляді матеріалів судової практики (прикладом можуть бути коментарі КК, навчальні посібники із кримінального права чи кваліфікації кримінальних правопорушень).

Отже, не можна не погодитися з думкою О.В. Ус про те, що під час застосування кримінально-правових норм, які містять оціночні поняття, не може бути абсолютної свободи розсуду правозастосовувача, а межі визначення змісту цих понять визначаються основними принципами, загальними поняттями кримінального права, об'єктивними характеристиками відповідного діяння, ознаками оціночного поняття, що наведені в законі, приблизними переліками й орієнтирами, що надаються у кримінально-правовій науці та слідчо-судовій практиці [8, с. 64].

Насамкінець відзначимо, що застосування оціночних понять кримінального права у правозастосовній практиці, як уявляється, повинно здійснюватися у три етапи. На першому з них відбуваються пошук і обґрунтування змісту оціночного поняття, що потребує окреслення предмета і критеріїв оцінювання. На другому етапі здійснюється аналіз обставин конкретної справи, на підставі якого певне явище визнається цінністю або антицінністю, за допомогою аксіологічної шкали порівнюється з визначеними критеріями («стандартом») оціночного поняття, після чого воно включається (або не включається) до обсягу досліджуваного оціночного поняття. Нарешті, на третьому етапі аргументований висновок підлягає належному оформленню у процесуальному документі. Оцінювання правозастосовувача має свої межі незалежно від етапу його здійснення.

Висновки. Підбиваючи підсумки проведеного дослідження, зазначимо, що загалом застосування оціночних понять у кримінальному праві не виключає вимог визначеності закону, точності кримінально-правових приписів, а є вимушеним винятком для тих ситуацій, коли існує необхідність об'єднати одним комплексним поняттям, хоча і не тотожні, однак подібні (однорідні) за певними ознаками соціально значущі явища. Кількість таких винятків у КК України не повинна бути невинноватою великою. З'ясування змісту оціночних понять у кожному конкретному випадку не може бути свавільним, залежати лише від правосвідомості правозастосовувача, адже в основу цього процесу мають бути покладені об'єктивні характеристики. Зокрема, у цій публікації із застосуванням аксіологічного підходу у кримінальному праві виділені такі з них, як: предмет оцінки; аксіологічна шкала «виміру»; критерії оцінки; межі оцінки правозастосовувача. Результатом такої правозастосовної діяльності має бути встановлення істини, якою є, по-перше, справжній зміст (ознака чи сукупність ознак) оціночного поняття, по-друге, віднесення або невіднесення конкретного явища до обсягу оціночного поняття на підставі визначення його порівняльної цінності чи антицінності.

Проблематика оціночних понять, безумовно, потребує активізації наукових досліджень, розроблення таких підходів, які б дозволили раціонально закріплювати в законі про кримінальну відповідальність оціночні поняття, забезпечити його відносну стабільність, яка в Україні нині, на жаль, відсутня. Водночас вищою судовою інстанцією мають бути вироблені чіткі і зрозумілі критерії цих понять, чим створена належна база одноманітності застосування кримінального закону.

Список використаної літератури:

1. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. Москва : Юридическая литература, 1972. 352 с.
2. Наумов А.В. Применение уголовно-правовых норм (по материалам следственной и прокурорско-судебной практики). Волгоград : Высшая следственная школа МВД СССР, 1973. 176 с.
3. Фролов Е.А. Стабильность закона и соотношение формально-определенных и оценочных понятий в уголовном праве. *Проблемы советского уголовного права и криминологии* : сборник ученых трудов. Свердловск : Издательство Свердловского юридического института, 1973. Вып. 28. С. 37–47.
4. Жеребкин В.Е. Оценочные понятия права : лекция. Харьков : Изд-во ХЮРИ, 1976. 16 с.
5. Степанюк О.С. К вопросу о формулировке определения оценочного понятия уголовного закона. *Научные ведомости*

сти Белгородского государственного национального исследовательского университета. Серия «Философия. Социология. Право». 2007. № 9 (40). Вып. 2. С. 195–201.

6. Семчик О.О. Сучасні концепції оціночних понять у праві: до постановки питання. *Науковий вісник Академії муніципального управління*. Серія «Право». 2012. Вип. 1. С. 215–221.

7. Вибрані праці з проблем правознавства / упоряд. : В.І. Борисов та ін. Харків : Право, 2020. 1160 с.

8. Ус О.В. Кваліфікація злочину, склад якого містить оціночну ознаку. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Серія «Юридичні науки». 2018. Вип. 2. Т. 2. С. 63–67.

9. Орловський Р.С. Оціночні поняття в законодавчій регламентації інституту співучасті. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Серія «Юридичні науки». 2014. Вип. 3. Т. 3. С. 70–74.

10. Харитонов С.О. Тяжкі наслідки як оціночне поняття та їх визначення у кримінально-правових нормах. *Забезпечення правопорядку в умовах коронакризи* : матеріали панельної дискусії IV Харківського міжнародного юридичного форуму, м. Харків, 23–24 вересня 2020 р. / редкол. : В.Я. Тацій та ін. Харків : Право, 2020. С. 232–237.

11. Оробець К.М. Аксіологічний підхід у кримінальному праві: зміст та значення. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 12. С. 222–226.

12. Касияненко Н.В. К вопросу об оценочно-правовых понятиях. *Научные чтения памяти профессора В.И. Семенкова* : сборник материалов Республиканской научно-практической конференции с международным участием, Минск, 7 декабря 2017 г. Минск : Нац. центр законодательства и правовых исследований Респ. Беларусь, 2017. С. 116–119.

13. Кісілюк Е.М., Смаглюк О.В. Особливості застосування оціночних понять у кримінальному законодавстві України. *Юридичний вісник*. 2018. № 1. С. 166–170.

14. Драч Д.Л. Оціночні поняття в кримінальному праві: проблеми визначення та перспективи застосування.

Юридичний науковий електронний журнал. 2020. № 6. С. 179–181. URL: http://lsej.org.ua/6_2020/46.pdf (дата звернення: 25.10.2021).

15. Пащенко О.О. Соціальна зумовленість використання оціночних понять у кримінальному праві. *Право і суспільство*. 2016. № 3. С. 165–171.

16. Белобородова А.В. Позиция безразличия на аксиологической шкале среди оценочных понятий хорошо/плохо (на примере русских и английских фразеологизмов, репрезентирующих концепт «Безразличие»). *Вестник Челябинского педагогического университета*. 2010. № 7. С. 263–270.

17. Справа «Ліівік проти Естонії» (“Liivik v. Estonia”). URL: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-126164%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-126164%22]) (дата звернення: 25.10.2021).

18. Хім'як Ю. Оціночні кримінально-правові поняття та вимога визначеності закону у рішеннях Європейського суду з прав людини. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2011. № 2. С. 65–70.

19. Пісна Н.В. Значення практики для встановлення змісту оціночних понять у кримінальному праві України. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. Серія «Юридична». 2011. № 1 (2). С. 202–212.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

ОРОБЕЦЬ Костянтин Миколайович –

кандидат юридичних наук,
асистент кафедри кримінального права № 2
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

OROBETS Kostiantyn Mykolaiovych –
Candidate of Law Sciences, Assistant at the
Department of Criminal Law № 2
of Yaroslav Mudryi National Law University;
orobets2012@i.ua

Криминология

CZU 343.35:35.08(478)

ABORDĂRI CONCEPTUALE CU PRIVIRE LA CRIMINALITATEA "GULERELOR ALBE"

Alexandra TIGHINEANU

doctor în drept, departamentul Drept
Academia de Studii Economice a Moldovei

Mirela TIGHINEANU

masterandă, programul de master Drept economic
Academia de Studii Economice a Moldovei

REZUMAT

Transformările sociale, economice, psihologice și de altă natură din ultima perioadă de timp, care au loc în societatea noastră, pe lângă anumite rezultate pozitive, au avut și au în continuare multiple consecințe negative, inclusiv agravarea situației criminogene. Un trend de creștere cantitativă în acest sens a fost identificat și în raport cu infracțiunile de corupție, spălare de bani, delapidare, evaziune fiscală, fraudă, ș.a. toate acestea constituind criminalitatea „gulerelor albe”. În acest articol ne propunem să analizăm diferite abordări conceptuale cu privire la criminalitatea gulerelor albe

Cuvinte cheie: criminalitatea „gulerelor albe”, corupția, funcționar public, criminalul cu gulerul alb, spălarea banilor, evaziunea fiscală, delapidarea, fraudă.

CONCEPTUAL APPROACHES TO “WHITE COLLAR” CRIME

Alexandra TIGHINEANU

doctor în drept, departamentul Drept
Academia de Studii Economice a Moldovei

Mirela TIGHINEANU

masterandă, programul de master Drept economic
Academia de Studii Economice a Moldovei

SUMMARY

The social, economic, psychological and other transformations of the last period of time, which take place in our society, in addition to certain positive results, have had and continue to have multiple negative consequences, including the aggravation of the criminogenic situation. A trend of quantitative growth in this regard has also been identified in relation to the crimes of corruption, money laundering, embezzlement, tax evasion, fraud, etc. all this constituting the crime of the “white collar” crime. In this article we aim to analyze different approaches to the concept of “white collar” crime.

Key words: white-collar crime, corruption, civil servants, white-collar criminals, money laundering, tax evasion, embezzlement, fraud.

Problema. Problematika criminalității „gulerelor albe” are un caracter complex și multidimensional, necesitând o abordare integrată în vederea soluționării ei.

Această necesitate lansează promovarea unor concepte ale noțiunii „criminalitatea gulerelor albe”. Or, indicatorii calitativi ai acestor categorii juridice ur-

mează, în opinia noastră, să rezulte din limitele normativului penal în vigoare, iar cercetările criminologice să ofere soluții privind efectele aplicării uniforme a acestora. Pe măsură ce însăși noțiunea de “criminalitatea gulerelor albe” nu are o abordare unilaterală în sens juridico-penal, studiile criminologice oferă diferite valențe acestor noțiuni, iar ca efect fenomenul are

o reprezentare diferită de la un cercetător la altul, precum și de la o soluție la alta.

Actualitatea temei cercetate. Fenomenul criminalității „gulerelor albe” este în creștere și este în general unul dintre cei mai importanți factori distructivi care operează într-o societate de tranziție. Criminalitatea gulerelor albe complică substanțial modernizarea socială, economică și politică, oferind prioritate intereselor private în managementul proceselor complexe de reconstrucție a societății. Într-o asemenea situație, voința politică a statului este supusă intereselor de grup înguste ale birocrăției mercantile, fapt ce subminează încrederea cetățenilor de rând în guvernare.

Scopul și sarcinile cercetării. Constă în elucidarea principalelor aspecte legate de particularitățile criminalității „gulerelor albe”, în special examinarea profundă și multilaterală a conceptului criminalității „gulerelor albe” și diferențierea acestui concept de unele similare.

Metode aplicate și materiale utilizate. Pentru realizarea cercetării în lucrare au fost folosite metoda logică, istorică, sociologică, comparativă și statistică. În calitate de materiale științifice au fost utilizate Codul penal al Republicii Moldova, Convenții internaționale în materia prevenirii corupției și spălării banilor, precum și surse doctrinare naționale și internaționale.

Rezultate obținute și dezbateri: Apariția sintagmei „guler alb” este atribuită scriitorului american Upton Sinclair, care a numit la mod figurat, funcționarii, administratorii și managerii în anii '30. Cert este că timp de mai multe decenii, funcționarii din Europa și America erau întotdeauna îmbrăcați în cămăși albe cu guler, iar cele mai frecvente erau gulerele detașabile, care erau produse în cantități mari.

Părintele termenului „criminalitatea gulerelor albe” este considerat a fi sociologul și criminologul nord-american **Edwin Sutherland** (1883–1950), care l-a utilizat pentru prima dată, în anul 1939, într-un articol denumit „White Collar Criminality” adresat Societății americane de Sociologie. În viziunea lui, criminalitatea „gulerelor albe” este alcătuită din ansamblul de infracțiuni „comise de persoane respectabile, cu statut social înalt în cursul activității lor profesionale”. [13]

Totuși, termenul „criminali cu gulere albe”, cu referire la „conceptul de criminaloid” a fost folosit inițial de **E.A. Ross** (1907). Concentrându-se pe oamenii de afaceri care s-au angajat în acte frauduloase folosind o mască de oameni respectabili, Ross a scris de asemenea, că criminaloid este un „dușman mai periculos societății, mai redutabil de departe decât un simplu criminal, pentru că el folosește o imagine de persoană veritabilă și operează pe o scară mai ridicată”. [11]

E. Sutherland susținea că criminalitatea „gulerelor albe” se produce cel mai frecvent, prin prezentarea

eronată a situației financiare a întreprinderilor, prin manipularea bursei și mituirea persoanelor publice în scopul de a asigura contracte avantajoase, prin mita care se dă pentru realizarea unor tranzacții comerciale, deturnarea de fonduri financiare și folosirea lor în alte scopuri ce vizează încălcarea legii cât și practicarea pe scară largă a bancrutei frauduloase ș.a.m.d. [2, p. 68]

În lucrările sale timpurii, E. Sutherland a subliniat impactul criminalității „gulerelor albe” asupra persoanelor fizice, dimensiunea pagubelor pe care le cauzează criminalitatea „gulerelor albe” corporațiilor și societății în general, argumentând că daunele financiare cauzate „se dovedesc a fi de câteva ori mai mare decât daunele comise de toate celelalte tipuri de crime.” [2, p. 64]

În același timp a fost observată o dublă reacție a societății cu privire la criminalitatea „gulerelor albe”. Pe de o parte, publicul nu a perceput natura acțiunilor ilegale ale „criminalității gulerelor albe” din cauza absenței victimelor în sine. Pe de altă parte, dacă astfel de fapte erau percepute drept infracțiuni, pericolul lor a fost nivelat de societate având în vedere natura non-violentă.

Sutherland a chemat la o schimbare a valorilor publice, întrucât acești criminali respectabili cu „gulere albe” să fie priviți ca fiind egali cu criminalii de rând. El a afirmat că criminalitatea gulerelor albe nu este la fel de serios tratată ca criminalitatea obișnuită, de stradă, deoarece clasele superioare au puterea să influențeze crearea și administrarea legii. [9, p. 411–412]

Discursurile și publicațiile lui Edwin Sutherland care au culminat cu studiul *White-collar criminality* din anul 1949, nu numai că a creat conceptul de „guler alb” acestei zone noi, dar a stimulat răspândirea de cercetări și, nu întâmplător, a provocat furori în cercurile criminologice cu privire la necesitate studierii acestui concept ca focus legitim al cercetării și teoriei. [8]

Urmașii lui E. Sutherland au depus eforturi pentru a îmbunătăți conceptul și caracteristicile criminalității „gulerelor albe”. Încercările de clarificare a conceptului au fost cauzate de deficiențele interpretărilor tradiționale: ele nu au acoperit și nu au luat în considerare infracțiunile săvârșite în afara domeniului de activitate regulat al infractorilor și conexe, de exemplu, cu evaziune fiscală prin falsificarea declarației de venit, fraudă în vânzarea de terenuri, imobile și așa mai departe. În acest sens cele mai multe definiții formulate după E. Sutherland au avut o definiție mai largă. Astfel, mai mulți cercetători s-au arătat interesați de studierea acestui fenomen.

Termenul de criminalitate a „gulerelor albe” este deseori confundat cu unii termeni apropiați ca sens, pe care unii autori îi consideră sinonime cu primul. Este vorba de următoarele concepte:

- corupția;

- criminalitatea de serviciu;
- criminalitatea persoanelor cu funcții de răspundere (a funcționarilor publici);
- criminalitatea profesională;
- criminalitatea elitei;
- criminalitatea respectabilă;
- criminalitatea corporativă;
- criminalitatea economică;
- criminalitatea de gospodărie;
- criminalitatea de producție;
- criminalitatea de business (business crime). [16]

Fără examinarea etiologiei și a sensului acestor termeni, precum și a corelației lor cu termenul de criminalitate a „gulerelor albe” nu vom putea stabili semnificația și oportunitatea ultimului.

De la bun început conceptul în cauză a stârnit discuții contradictorii, fiind însă în cele din urmă recunoscut de marea majoritate a savanților occidentali. Mai jos vom prezenta doar unele abordări ale problemei criminalității „gulerelor albe” de către criminologi din diferite țări. Astfel, **Russ Long** susține că în prezent pot fi evidențiate patru categorii de bază de infracțiuni:

- criminalitatea de violență;
- infracțiunile împotriva proprietății;
- infracțiunile fără victime;
- criminalitatea „gulerelor albe”.

În acest mod criminalitatea „gulerelor albe” este plasată printre tipurile principale de criminalitate. De menționat că în lucrarea sa *Criminalitatea și contracararea* **Russ Long** a rezervat spațiu pentru acest tip de criminalitate mai mult decât pentru toate celelalte împreună luate. **Russ Long** pledează pentru abordarea problemei în varianta propusă de E. Sutherland. [13]

Un alt cercetător preocupat de studierea criminalității gulerelor albe a fost **criminologul american E.M. Schur**. În viziunea sa, infracțiunile gulerelor albe sunt infracțiuni profesionale săvârșite de persoane care ocupă o poziție social-economică înaltă. Ca sinonim al acesteia el operează și cu termenul „criminalitate respectabilă”. La această categorie Schur atribuie astfel de fapte cum sunt infracțiunile legate de activitatea de antreprenoriat: fixarea ilegală a prețurilor, publicitatea falsă, încălcarea prevederilor legii împotriva trusturilor, a legii cu privire la controlul asupra confecționării și comercializării produselor alimentare și medicamentelor, a legii cu privire la raporturile în industrie și soluționarea litigiilor de muncă, evaziunea fiscală, care sunt numite de E. Schur escrocherie ne-profesională (în sensul că este comisă de cetățeni respectabili care nu fac parte din lumea criminală obișnuită). În opinia lui, criminalitatea „gulerelor albe” cuprinde, totodată, și delapidări comise prin diferite metode – sustrageri directe, falsificarea actelor. O ca-

tegorie aparte, în viziunea lui Schur, o alcătuiesc furturile din magazine și falsificarea bonurilor, care sunt infracțiuni săvârșite de amatori.

Preocupat de definirea criminalității gulerelor albe s-a arătat și criminologul german **O. Terstegen**, care consideră că este o conduită antisocială cu scop de îmbogățire, practică de persoane cu o poziție socială de prestigiu, în limitele profesiei lor, în așa mod încât ele, în pofida premisei de conduită legală a tuturor celorlalți, ei singuri abuzează de încrederea socială de care se bucură grupul lor. [16]

Criminologul american **G. Edelhertz** (1970) a propus o definiție diferită a criminalității „gulerelor albe”: „Acțiune ilegală sau o serie de acțiuni ilegale săvârșite prin mijloace non-fizice prin ascundere/tăinuire sau înșelătorie, pentru a obține bani sau proprietăți, pentru a evita plata sau pierderea de bani sau proprietăți sau pentru a obține afaceri sau avantaje personale”. [16]

Rezultă că omul de știință ca elemente cheie evidențiază semnele de fraudă sau abuz de încredere, interes propriu, dar ignoră „exclusivitatea” subiectului, adică aparținând clasei superioare. [10, p. 2]

Pe baza tendințelor de corporatizare a activității economice și, în consecință, tranzacții ilegale în acest domeniu, oamenii de știință la un moment dat au încercat să ia în considerare teoria crimei cu guler alb prin prisma „crimei corporative” (sau infracțiune corporativă).

Preocupați de clasificarea criminalității „gulerelor albe” s-au arătat **James Coleman și Donald Cressey**, care divizează infracțiunile gulerelor albe în două categorii principale:

1. Infracțiuni comise în numele unei corporații.
2. Infracțiuni împotriva unei corporații.

1) **infracțiuni comise în numele unei corporații**, printre care se pot menționa: mita plătită unor oficiali în scopul obținerii unor avantaje economice sau politice, vânzarea unor produse deficitare sau care pun în pericol sănătatea și viața populației, falsificarea datelor de fabricație ale unor produse în scopul menținerii lor pe piață, reclamele false fără acoperire reală, modificarea unor prețuri peste valoarea lor reală în scopul obținerii unor beneficii suplimentare, evitarea platei impozitelor către stat prin mistificarea cifrelor de afaceri etc.

2) **infracțiuni comise împotriva unei corporații** sunt cele care se săvârșesc de către membrii cu funcții administrative sau de conducere ai unei societăți care lucrează pentru profit. Dintre ele se pot menționa furturile, fraudele, delapidările, sabotajele, furtul prin intermediul computerelor, unul dintre cele mai ingenioase delict, facilitate de progresul tehnic al societăților contemporane și orice alte acte ilegale care prejudiciază activitatea corporației respective. Majoritatea acestora sunt ținute sub tăcere și „rezolvate” cu

mijloace interne pentru a nu crea publicului o imagine dezagreabilă care ar putea compromite interesele comerciale ale corporației.

Respectând un principiu similar, **Richard Quinney și Marshall Clinard** în cadrul infracțiunilor economice disting două tipuri. [12, p. 24]

Primul tip este criminalitatea profesională, aceasta este săvârșită de persoane fizice pe parcursul activității profesionale (postului de muncă) pentru a obține câștiguri personale (beneficii), precum și infracțiunile angajaților împotriva angajatorilor lor. [16] Cele două forme comune sunt furtul și fraudă. Exemple de furturi profesionale sunt îndepărtarea de angajați ai articolelor legate de locurile de muncă. Un exemplu de fraudă este inițiatorul de afaceri. Acest lucru se întâmplă atunci când un angajat utilizează informații care nu sunt disponibile publicului pentru a obține un avantaj personal.

Al doilea tip este criminalitatea corporativă (clasificată de aceștia drept infracțiune cu guler alb). Criminalitatea corporativă constituie: „totalitatea infracțiunilor comise de conducători sau de alți reprezentanți ai corporațiilor, dar tot în numele conducerii corporațiilor și cu folosirea statutului oficial al întreprinderii, în scopul de a-și spori averea sau pentru protecția altor interese”.

Acest tip de criminalitate include infracțiuni atât ale persoanelor juridice - corporații, cât și ale reprezentanților administrației corporațiilor. [16] Criminalitatea corporativă produce un rezultat de care beneficiază investitorii sau persoanele care se află în poziții înalte în cadrul companiei sau societății. Relația cu gulerul alb este că acestea sunt aproape similare, deoarece ambele sunt implicate în lumea afacerilor. Diferența lor este că crima cu guler alb însumează mai multe beneficii individuale, pe când criminalitatea corporativă însumează beneficii societății.

Acestă clasificare este susținută și de alți autori, printre care **Richard Appelbaum și William Chambliss**.

Conform viziunii altui savant (Gross E.), criminalitatea gulerelor albe include: 1) infracțiunile individuale comise împotriva corporației; 2) sustragerea resurselor; 3) infracțiunile comise în numele corporației; 4) profitarea ilicită cu încălcarea responsabilității etice, publice și (sau) prin metode criminale (fixarea prețurilor, înțelegerile ilicite, publicitate falsă); 5) producerea sau comercializarea produselor periculoase pentru viață și sănătate; 6) escrocherii; 7) criminalitatea profesională (legată de profesie); 8) infracțiunile politice și guvernamentale; 9) corupția (inclusiv protecționismul, abuzul de încredere, dirijarea abuzivă a fondurilor publice); 10) abuzul de putere; 11) luarea de mită; 12) violența funcționarilor publici (din poliție, armată). [16]

Celebrul criminolog german **Gunter Kaiser** consideră că criminalitatea „gulerelor albe” este alcătuită din infracțiunile comise de reprezentanții păturilor social-economice înalte. Deși la categoria infracțiunilor gulerelor albe trebuie atribuite și infracțiunile săvârșite de funcționarii publici și funcționari, totuși, în primul rând, după părerea lui, această criminalitate se manifestă prin infracțiuni economice, iar ultimele, la rândul lor, pot fi divizate în patru grupe principale:

1. Înțelegerile despre neadmiterea concurenței, încălcarea legislației cu privire la concurență și prețuri, inclusiv cămătărie; încălcarea drepturilor de autor și dreptului asupra mărcii comerciale; escrocheriile legate de fondarea firmelor de construcție, delictul săvârșit de companii, abuzul de încredere și falimentul fals.

2. Evaziunea fiscală; infracțiunile economice; obținerea creditelor pe cale ilegală și mituirea.

3. Încălcarea legislației cu privire la ocrotirea tineretului, a muncii, precum și privitor la asigurarea socială; încălcarea legislației cu privire la folosirea și ocrotirea mediului; falsificarea produselor alimentare și a mărfurilor industriale.

4. Escrocheriile legate de vânzarea mărfii (utilajelor, mașinilor de dactilografiat și cusut...) cu condiția asigurării cu lucru la domiciliu; procurarea ilicită a casei particulare sau a vilei”.

Al Capone, gangsterul din Chicago, îi numea pe cei care practică astfel de fapte „racheți legitimi”, în contrast cu cei care erau mult mai cunoscuți lumii interlope și care erau catalogați drept „racheți violenți”. [13]

FBI-ul definește criminalitatea „gulerelor albe”: Acte ilegale, care sunt caracterizate prin înșelăciune, tănuire, sau abuz de încredere și care nu depinde de aplicarea sau amenințarea cu forța fizică sau violență. Persoanele fizice și organizațiile se angajează în aceste acte pentru a obține bani, bunuri sau servicii; pentru a evita plata sau pierderea de bani sau servicii; sau pentru a asigura un avantaj personal sau de afaceri. [14]

În urma acestei definiții, FBI-ul tinde să ia o definiție mai largă a criminalității „gulerelor albe” decât mulți cercetători ai criminalității cu „gulere albe”.

Șirul de definiții și de exemple de clasificări ale conceptului de criminalitate a „gulerelor albe” poate fi continuat. Însă important este că problema criminalității „gulerelor albe”, pusă tranșant de E. Sutherland mai mult de șaizeci de ani în urmă, rămâne a fi și până în prezent un obiect de cercetări profunde în țările dezvoltate. Deși există diferite opinii, savanții nu pun la îndoială faptul existenței acestui fenomen social negativ. Spre regret, în Republica Moldova până în prezent problema criminalității „gulerelor albe” rămâne a fi foarte puțin studiată. Există totuși unele lucrări în care sunt abordate anumite manifestări ale

criminalității „gulerelor albe”, cum ar fi corupția sau infracțiunile economice.

În România, problema criminalității „gulerelor albe” a fost abordată în mai multe manuale și studii, dar mai mult sub aspectul istoric sau comparativ. De asemenea, prezintă interes studiile problemei corupției discutate de criminologii români. Nici în țările CSI conceptul criminalității „gulerelor albe” nu a fost cercetat, deși există totuși unele articole și referiri la această problemă în manuale și dicționare. Este necesar a menționa că diferite manifestări ale criminalității „gulerelor albe” în URSS și apoi în Rusia au fost cercetate destul de profund și în acest domeniu au fost elaborate zeci de lucrări. Astfel, devine evidentă oportunitatea și importanța atât științifică cât și practică a unui studiu vizând problema criminalității „gulerelor albe”.

Criminalitatea „gulerelor albe” prezintă interes și pentru criminologii din Republica Moldova. Astfel, criminologul **Igor Ciobanu**, făcând referire la criminalitatea din alte țări și la tendințele acesteia, face trimitere la criminalitatea „gulerelor albe”, și menționează faptul că alături de corupție, trafic de droguri și de arme, trafic de ființe umane, șantaj, se formează o criminalitate specifică, distinctă de criminalitatea de stradă, simplă, practică de indivizi izolați din starturile sociale mai puțin favorizate, care urcă pe cele mai ridicate trepte sociale, relațiile sociale cotidiene. Astfel, autorul sus-numit invocă *discriminarea criminalității* pe scara tuturor straturilor sociale a criminalității contemporane ca una din tendințe. [5, p. 41]

Un alt criminolog din Republica Moldova care a abordat criminalitatea „gulerelor albe” este **Valeri Bujor**. Acesta consideră că termenul de criminalitate a „gulerelor albe” este deseori confundat cu unii termeni apropiați ca sens, pe care unii autori îi consideră sinonime cu primul. Este vorba de următoarele concepte: corupția, criminalitatea de serviciu, criminalitatea persoanelor cu funcții de răspundere (a funcționarilor publici), criminalitatea profesională, criminalitatea elitei, criminalitatea respectabilă, criminalitatea corporativă, criminalitatea economică, criminalitatea de gospodărie, criminalitatea de producție și criminalitatea de business (business crime).

În cele mai dese cazuri, criminalitatea gulerelor albe este confundată cu criminalitatea economică și cu însăși corupția.

În primul rând, termenul de criminalitate economică nu poate fi utilizat în calitate de sinonim al termenului de criminalitate a „gulerelor albe” și, cu atât mai mult, nu-l poate înlocui. Deși criminalitatea „gulerelor albe”, într-adevăr, include și multe infracțiuni economice, sensul termenului dat este însă cu mult mai larg.

În al doilea rând, și sensul termenului criminalitate de corupție este cuprins în sensul termenului gulerelor albe, ultimul fiind însă mai larg. [3, p. 115]

Bujor a realizat corelația dintre criminalitatea „gulerelor albe” și alte tipuri de criminalitate apropiate. După cum se vede, criminalitatea „gulerelor albe” include pe deplin următoarele tipuri de criminalitate: criminalitatea de corupție, criminalitatea corporativă, criminalitatea de serviciu imprudentă, criminalitatea bancară și criminalitatea fiscală. În același timp, în unele cazuri (în special când infracțiunea este comisă de o persoană din categoria celor cu gulerile albe), la criminalitatea gulerelor albe se pot referi unele infracțiuni care fac parte din următoarele tipuri de criminalitate: criminalitatea ecologică, criminalitatea informativă, criminalitatea politică și criminalitatea organizată.

Totodată, astfel de tipuri de criminalitate cum sunt: criminalitatea elitei politice, criminalitatea respectabilă și criminalitatea deținătorilor de putere sunt doar parțial cuprinse de criminalitatea gulerelor albe, deoarece, deși subiectul infracțiunilor din aceste tipuri de criminalitate este același, la primele trei categorii de criminalitate el poate comite, grație poziției sale, și infracțiuni de viol, omor, huliganism, furt, adică acele infracțiuni care nu pot fi incluse în categoria criminalității „gulerelor albe”.

De asemenea, cea mai recentă abordare a criminalității „gulerelor albe” este cea a doctorului în drept, **RUB Jacob**, care a definit noțiunea de crimă a „gulerelor albe”, ca fiind considerată un act (acțiune sau omisiune) săvârșit intenționat, dirijat de dorința de a obține profit, non-violent, ilegal, interzis de legea penală, exprimat în săvârșirea unor ilegalități financiare, afaceri înșelătoare sau necinstite; practici înșelătoare sau abuz de putere săvârșite de o persoană juridică sau de o persoană fizică care își folosește statutul ocupațional, cunoștințele speciale sau competențele tehnice pentru a obține un folos financiar ilegal, acțiuni care au cauzat un prejudiciu (pierderi materiale, cheltuieli financiare, discreditare etc.) sau care au creat un risc real de survenire a prejudiciului în sectorul public sau privat. [6]

Drept trăsături indispensabile ale oricărei fapte infracționale de natură gulerelor albe, cu excepția metodei frauduloase de obținere a profitului, sunt considerate următoarele elemente obligatorii: 1) statutul ocupațional special al infractorului [4, p. 70]; 2) abuzul de acest statut special occupational [15, p. 80]; 3) legătura de cauzalitate dintre statutul special ocupațional și comportamentul fraudulos exprimat în abuz. Lipsa acestor elemente va transforma infracțiunea gulerelor albe într-o fraudă ordinară pe care o poate săvârși oricine.

Caracteristicile contemporane recunoscute ale criminalității „gulerelor albe”, în domeniul economico-financiar sunt de natură a demonstra complexitatea fenomenului, dar mai cu seamă trebuie luate în considerare pentru aprecierea posibilităților de descoperire și probare a faptelor ilicite comise. [7, p. 8]

Principalele caracteristici ale criminalității „gulerelor albe” sunt:

- infracțiunile sunt comise în scopul maximizării profiturilor referindu-se la diferite forme de comerț și alte activități profesionale;
- implică relații strânse între participanți, uneori chiar forme complexe de organizare;
- presupun implicarea unor persoane care se bucură de poziții sociale, economice, politice și profesionale dintre cele mai bune;
- se comit într-o perioadă mare de timp, greu de circumscris, aceste infracțiuni fiind formate dintr-un complex de acțiuni ce se întreprind într-o perioadă de timp relativ îndelungată ;
- acoperirea lor este ușurată de complexitatea operațiunilor financiare și de posibilitățile pe care le oferă ținerea contabilității, pentru a disimula afacerile frauduloase;
- autorii lor știu să inspire încredere prin atitudine și comportament, sunt inteligenți, avizați și versați;
- complexitate și dificultate în acțiunea de descoperire și de cercetare;
- implică sentimente de victimizare din partea persoanelor cercetate însă are un caracter nonviolent.

Analizând părerile doctrinarilor menționați în prezenta cercetare, definim criminalitatea „gulerelor albe” ca fiind o *faptă social periculoasă, reglementată de legea penală, săvârșită cu intenție, având drept scop obținerea de foloase materiale, ce rezidă în comiterea încălcărilor de ordin economico-financiar și fiscal, comisă de persoane cu funcții publice sau de conducere, profitând de statutul său ocupațional, utilizând metodele și mijloacele aferente activității sale și care cauzează prejudicii materiale și de imagine sectorului public și privat.*

Concluzii. În urma celor enunțate supra, putem concluziona că pe măsură ce însăși noțiunea de criminalitate a „gulerelor albe” nu are o abordare unilaterală în sens juridico-penal, autorii definesc în mod diferit criminalitatea „gulerelor albe”, iar acest fapt determină interpretarea contradictorie a acestui fenomen.

Referințe bibliografice:

1. Codul penal al Republicii Moldova nr. 985 din 18.04.2002. Monitorul Oficial Nr. 72-74 din 14.04.2009. În vigoare din 12.01.2019.
2. Amza T. *Criminologie teoretică. Teorii reprezentative și politică criminologică*. București: Lumina Lex, 2000.
3. Bujor V., Ilie S. *Corelația dintre criminalitatea gulerelor albe și alte tipuri de criminalitate*. În: Anale științifice. Ediția a II-a și III-a. Academia „Ștefan cel mare” a MAI, Chișinău, 2002.

4. Bujor V., Ilie S. *Geneza conceptului de criminalitate a gulerelor albe*. În: *Studii criminologice și juridice privind criminalitatea*. Anuarul științific al C.C.Ș. al Academiei de Poliție „Ștefan cel Mare” și Asociația Tinerilor Juriști Cercetători. Ediția 2. Chișinău: Academia de Poliție „Ștefan cel Mare”, 2001.
5. Ciobanu I. *Criminologie*. Chișinău: Cardidact, 2007.
6. Rub J. Autoreferatul tezei de doctor în drept: *Aspecte criminologice privind reducerea criminalității gulerelor albe în Moldova și în Israel: abordarea comportamentului criminal*. Chișinău, 2017.
7. Voicu C. ș. a. *Drept penal al afacerilor*. București: Rosetti, 2002.
8. Donald J. Newman. *White-Collar Crime*. In: *Law and Contemporary Problems*. Published by: Duke University School of Law, 1958 <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol23/iss4/9/> (vizitat la 02.11.2021)
9. Gennaro F. Vito, Jeffrey R. Maahs, Ronald M. Holmes. *Criminology: Theory, Research, and Policy*- 2nd edition. London: Jones and Bartlett, 2006.
10. Larsson D., Alalehto T. The Reaction Towards *White Collar Crime*: When White - Collar Crime Matters . In: *The Open Criminology Journal*, 2013.
11. Ross E.A. *Sin and society: An analysis of latter-day iniquity*, Boston: Houghton Mifflin, 1907 <https://archive.org/details/sinandsocietyan00rossgoog/page/n18/mode/2up> (vizitat la 05.11.2021)
12. Rub J., Gîrla L. *White-collar crime: definitional issues and classification*. În: *Revista Națională de Drept*, 2015 nr. 8(178), p. 19-26.
13. Sutherland E.H. *White-Collar Criminality*. In: *American Sociological Review* 5(1), 1940 https://is.muni.cz/el/1423/podzim2015/BSS166/um/Sutherland._1940._White-collar_Criminality.pdf. (vizitat la 02.11.2021)
14. *White-Collar Crime* <https://www.fbi.gov/investigate/white-collar-crime> (vizitat la 02.11.2021)
15. Киселев К.А. Восприятие ненадежности рабочего места (*Job Insecurity*) как фактор вовлечения личности в беловоротничковую преступность. Саратов: Издательство Саратовского университета, Серия: Философия, Психология, Педагогика, 2014, Том 14, Выпуск 3, с. 76-82.
16. Мельничук Т.В. Генезис теории беловоротничковой преступности в криминологической. [http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Vznu_Jur_2015_2\(1\)_31.pdf](http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Vznu_Jur_2015_2(1)_31.pdf) (vizitat la 05.11.2021)

INFORMATII DESPRE AUTOR

TIGHINEANU Alexandra –
doctor în drept, departamentul Drept, Academia
de Studii Economice din Moldova,
tighineanu.alexandra.grigore@ase.md
TIGHINEANU Mirela –
masterandă, programul de master Drept economic,
Academia de Studii Economice din Moldova,
tighineanu.mirela@gmail.com

Уголовный процесс, криминалистика

УДК 34.343.14

КЛЮЧЕВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ КОРРУПЦИИ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ УКРАИНЫ, ПУТИ ИХ РЕШЕНИЯ

АЛЕКСАНДР БАБИКОВ,

кандидат юридических наук,

доцент кафедры уголовного права и процесса

Киевского университета права Национальной академии наук Украины,

адвокат

АННОТАЦИЯ

В статье исследуются наиболее важные аспекты недостатков уголовного процессуального законодательства Украины, препятствующие эффективной работе правоохранительных органов по выявлению и фиксации правонарушений, связанных с коррупцией. Осуществляется анализ источников уголовного процесса в исторической ретроспективе и их влияния на формирование форм фиксации и сбора доказательств, выделены наиболее важные факторы правового регулирования, негативно влияющие на эффективность противодействия коррупции уголовно-правовыми средствами. Особое внимание уделено вопросам проведения негласных следственных (разыскных) действий как основной форме сбора доказательств о коррупционных преступлениях. Наряду с этим автор предлагает конкретные решения, призванные повысить эффективность и оперативность досудебного расследования уголовных правонарушений этой категории.

Ключевые слова: коррупция, уголовный процесс, негласные следственные розыскные действия, формы фиксации.

KEY PROBLEMS OF LEGAL REGULATION OF ANTI-CORRUPTION IN THE CRIMINAL PROCESS OF UKRAINE, WAYS OF THEIR SOLUTION

Aleksandr BABIKOV,

Candidate of Legal Sciences,

Associate Professor at the Department of Criminal Law and the Process

Kiev University of Law of the National Academy of Sciences of Ukraine,

Lawyer

SUMMARY

The article examines the most important aspects of the shortcomings of the criminal procedural legislation of Ukraine, which impede the effective work of law enforcement agencies in identifying and fixing offenses related to corruption. The article analyzes the sources of the criminal process in the historical retrospective and their influence on the formation of forms of fixation and collection of evidence, highlights the most important factors of legal regulation that negatively affect the effectiveness of combating corruption by criminal law means. Particular attention is paid to the issues of covert investigative (search) actions, as the main form of collecting evidence of corruption crimes. Along with this, the author proposes specific solutions designed to increase the effectiveness and efficiency of the pre-trial investigation of criminal offenses of this category.

Key words: corruption, criminal procedure, covert investigative investigative actions, forms of fixation.

PROBLEME CHEIE ALE REGLEMENTĂRII JURIDICE A COMBATERII CORUPȚIEI ÎN PROCESUL PENAL AL UCRAINEI, MODALITĂȚI DE SOLUȚIONARE A ACESTORA

REZUMAT

Articolul examinează cele mai importante aspecte ale deficiențelor legislației procesuale penale a Ucrainei, care împiedică activitatea eficientă a agențiilor de aplicare a legii în identificarea și remedierea infracțiunilor legate de corupție. Articolul analizează sursele procesului penal în retrospectiva istorică și influența acestora asupra formării formelor de

fixare și colectare a probelor, evidențiază cei mai importanți factori ai reglementării juridice care afectează negativ eficacitatea combaterii corupției prin mijloace de drept penal. O atenție deosebită este acordată problemelor acțiunilor secrete de investigație (căutare) ca principală formă de colectare a probelor despre infracțiunile de corupție. Alături de aceasta, autorul propune soluții specifice menite să crească eficacitatea și eficiența cercetării preliminare a infracțiunilor din această categorie.

Cuvinte cheie: *corupție, procedură penală, acțiuni de anchetă sub acoperire, forme de fixare.*

Постановка проблемы. В октябре 1995 г. был принят Закон Украины «О борьбе с коррупцией» [1]. Первый системный нормативный акт, определяющий понятие коррупции и коррупционных деяний, круг лиц, подпадающих под действие этого Закона, субъектов борьбы с ней, ответственность за совершение коррупционных деяний. На протяжении последующих десятилетий, согласно официальному portalу Парламента Украины «Законодательство Украины» [2], одних только законов, содержащих в своем названии слово «коррупция», принято более 40, а количество законов, содержащих в себе антикоррупционные нормы, исчисляется сотнями.

Наряду с этим и постоянно проводимыми реформами уровень коррупции не только стал выше, чем до принятия первого Закона в 1995 г., но негативные тенденции продолжают, несмотря на работу многочисленных правоохранительных органов, отечественных и международных общественных организаций, что вызывает закономерный вопрос о причинах неэффективности принятых мер.

Актуальность темы исследования обусловлена тем, что несмотря на то, что коррупция как явление системное и зарождающееся одновременно с возникновением государства, с появлением возможности управлять обществом, навязывать свою волю другим, используя властные полномочия, нарабатанные формы и методы противодействия коррупции уголовно-правовыми методами разнообразны, но их эффективность зависит от многих факторов. И в первую очередь от системности подхода и последовательности проводимых мероприятий.

Эффективное противодействие коррупции в ряде стран Европейского Союза (далее – ЕС), в Сингапуре, Новой Зеландии [3], вхождение в первые 50 позиций списка стран со всех континентов указывает на то, что эффективность противодействия коррупции в первую очередь зависит не от географического положения и этнического состава государства, а от правильного правового регулирования, эффективной системы профилактики и противодействия коррупционным проявлениям.

Антикоррупционная стратегия не может сводиться только лишь к вопросам избличения уголовных правонарушений и эффективности уголовного судопроизводства. Хотя именно привлечение

к уголовной ответственности за совершение коррупционных деяний выступает основным маркером, характеризующим эффективность государственной политики в этой сфере и имеющим наибольшее влияние на формирование общественного мнения о борьбе с коррупцией в целом.

Научный анализ проблем уголовно-правового регулирования вопросов, связанных с противодействием коррупции, был предметом исследований многих отечественных ученых, среди которых П.С. Берзин, А.А. Дудоров, О.В. Каплина, К.В. Константинов, В.О. Меркулова, Е.С. Олейник, А.В. Савченко, В.Л. Соколкин, Н.И. Хавронюк.

Целью статьи является исследование проблем правового регулирования выявления и фиксации коррупционных правонарушений на примерах процессуальных действий, наиболее часто используемых при расследовании уголовных дел этой категории, анализ законодательных изменений, их эффективности и целесообразности, поиск решений проблемных вопросов.

Изложение основного материала. Одним из наиболее актуальных направлений реализации антикоррупционной стратегии в Украине является реформирование судебной и правоохранительной систем, выработка и установления европейский стандартов при их формировании, вовлечением общественности и установлением гражданского контроля за их деятельностью. Но ни создание таких специальных органов, как: Национальное агентство борьбы с коррупцией (далее – НАБУ) [4], Национальное агентство предотвращения коррупции (далее – НАЗК) [2], Агентство по управлению активами (далее – АРМА) [5], системы антикоррупционных судов (ВАКС, ВААКС) [6], ни передача досудебного расследования от органов прокуратуры в Государственное бюро расследований (далее – ГБР) [7] существенно картину не изменили. При этом следует отметить, что профильные законы о создании вышеуказанных правоохранительных и судебных органов не только содержат в себе значительное количество антикоррупционных норм, сложную систему конкурсного отбора руководителей и сотрудников, предполагают широкое привлечение общественности и общественных организаций к формированию этих органов, их политики,

рассмотрению дисциплинарных вопросов и оценке их эффективности, они не оказали существенного влияния на положение вещей.

Также малоэффективными оказались и вопросы криминализации отказа от декларирования, установления и ужесточения уголовной ответственности за недостоверное декларирование и другие правонарушения, введение в Уголовный кодекс Украины новых составов коррупционных правонарушений и запрета на назначение наказания с отсрочкой приговора за их совершение.

Такая ситуация связана с тем, что в вопросах противодействия коррупции не был обеспечен комплексный подход, а реформирование судебной системы, создание и реорганизация правоохранительных органов не предполагали соответствующие изменения в законодательстве, регламентирующем вопросы сбора и фиксации доказательств. Наиболее важные вопросы, негативно влияющие на эффективность расследования уголовных производств, «остались за кадром».

В этой статье рассмотрены несколько наиболее важных и актуальных для досудебного расследования вопросов правового регулирования форм сбора и фиксации доказательств о коррупционных преступлениях. Практика выявления и фиксации таких наиболее латентных коррупционных правонарушений, как предложение, обещание, предоставление и получение неправомерной выгоды, указывает на то, что наиболее часто для получения доказательств вины лица в совершении уголовных правонарушений этой категории используются такие негласные следственные (разыскные) действия (далее – НС(Р)Д), как: аудио-, видеоконтроль лица, аудио-, видеоконтроль места, снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей.

Применение такого НС(Р)Д, как аудио-, видеоконтроль, позволяет зафиксировать содержание разговора, передачу денежных средств или другого предмета неправомерной выгоды, доказать связь полученной неправомерной выгоды с использованием служебного положения.

До принятия Уголовного процессуального кодекса (далее – УПК) в редакции 2012 г. фиксация фактов вымогательства, предложения, обещания и передачи неправомерной выгоды регламентировалась Законом Украины «Об оперативно-разыскной деятельности». Указанное мероприятие проводилось на основании санкции суда, а в безотлагательных случаях – по решению оперативного сотрудника с согласия руководителя оперативного подразделения.

Это было обусловлено тем, что в некоторых случаях промежуток между требованием передать

неправомерную выгоду и сроком ее передачи столь мал, что соблюсти установленную Законом Украины «Об оперативно-разыскной деятельности» процедуру было невозможно, и за время, необходимое для получения разрешения следственного судьи, доказательства могут быть утеряны.

Во время разработки проекта УПК в редакции 2012 г. такая особенность фиксации коррупционных преступлений была учтена. Согласно проекту, в ч. 2 ст. 246 допускалось проведение аудио-, видеоконтроля лица в неотложных случаях, до дачи следственным судьей такого разрешения. Законопроект также предполагал, что аудио-, видеоконтроль возможно провести по всем видам преступлений, а не только по тяжким и особо тяжким.

Такой подход к предоставлению органам досудебного расследования возможности фиксировать коррупционные правонарушения независимо от их тяжести, с использованием в неотложных случаях специальной техники аудио-, видеоконтроля до получения разрешения суда, но с последующим судебным контролем соответствует практике многих европейских стран, США, а также ряда других.

Однако в процессе доработки предложенного законопроекта парламентом были внесены изменения, существенно ограничивающие возможность проведения этого НС(Р)Д. Сферу его применения ограничили только тяжкими и особо тяжкими преступлениями, в результате чего использовать его для доказывания ряда коррупционных правонарушений стало невозможным. Также исключена возможность проведения этого НС(Р)Д без санкции суда в неотложных случаях. Это привело к тому, что доказать законным способом вымогательство и получение неправомерной выгоды по преступлениям, где между требованием и временем передачи неправомерной выгоды срок ограничивался сутками, стало невозможным.

Такие условия документирования фактов предложений, требований, обещаний, передачи и получения неправомерной выгоды стали причиной «утяжеления квалификации» события преступлений, когда менее тяжкое правонарушение регистрировалось как тяжкое или особо тяжкое, а также привело к увеличению числа провокаций со стороны сотрудников правоохранительных органов, поскольку именно заранее подготовленная и инсценированная провокация позволяет в полной мере подготовиться к проведению негласных следственных (разыскных) действий, получить необходимые согласования и разрешения. В конечном итоге это привело к увеличению числа уголовных производств, в которых собранные доказательства

признавались недопустимыми судом, их прекращению или вынесению оправдательных приговоров. Такая ситуация не только негативно влияет на эффективность противодействия коррупции, но также формирует негативный имидж правоохранительных органов как неспособных к выполнению задач по противодействию коррупции.

Аналогичным образом установленный в УПК порядок использования такого НС(Р)Д, как аудио-, видеоконтроль места, лишает возможности в полной мере эффективно его использовать.

В отличие от аудиоконтроля лица, это негласное следственное (разыскное) действие применяется в публично доступных местах, когда достоверно неизвестно, кто придёт на встречу. Эта ситуация наиболее характерна при расследовании преступлений, совершаемых сотрудниками правоохранительных и других государственных и контролирующих органов, осведомлённых об условиях конспирации и методике расследования таких преступлений. В таких случаях на встречу отправляют посредника либо неосведомлённое лицо, ранее не фигурировавшее в переговорах, данные о котором не известны. Кроме того, место встречи, лица, участвующие в передаче неправомерной выгоды, могут меняться неоднократно и в сжатых временных промежутках. Прокурор и следователь в ограниченных временных рамках могут принять и оформить решение о проведении такого НС(Р)Д с другими исходными данными (сменой места либо участника), но подготовить новое ходатайство, направить его в суд, получить определение суда, передать его с оперативным заданием в техническое подразделение в условиях соблюдения требований документооборота для документов с грифом секретности невозможно.

Предлагаемый в 2012 г. законопроект УПК [8] учитывал эти обстоятельства. Согласно ч. 2 ст. 246, ст. 270 проекта, аудио-, видеоконтроль места мог проводиться по решению прокурора либо следователя с согласия прокурора. Ограничение касалось только сферы его применения – исключительно при расследовании тяжких и особо тяжких преступлений.

Но в итоге при доработке проекта УПК такую возможность исключили.

По действующему УПК в безотлагательных ситуациях невозможно провести снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей (прослушать телефон), хотя это позволяет не только получать информацию о содержании разговора, но и осуществлять контроль за перемещением абонента.

Обращает на себя внимание тот факт, что именно на стадии доработки и принятия проекта Уголовно процессуального кодекса в редакции 2012 г. в гл. 21 были внесены указанные изменения, касающиеся оснований и порядка проведения наиболее эффективных для фиксации коррупционных правонарушений НС(Р)Д, таких как аудио-, видеоконтроль лица, аудио-, видеоконтроль места, снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей. При этом принятые под эгидой защиты конституционных прав и свобод изменения фактически были направлены на нейтрализацию деятельности правоохранительных органов и не только существенно усложнили фиксацию коррупционных преступлений, но в ряде случаев сделали такую фиксацию невозможной.

Внесение в УПК изменений в части предоставления возможности использовать аудио-, видеоконтроль для фиксации коррупционных правонарушений вне зависимости от их тяжести, установление возможности проведения этих НС(Р)Д, а также снятия информации с транспортных телекоммуникационных сетей в безотлагательных случаях, до получения разрешения следственного судьи, с последующим судебным контролем за наличием оснований для их проведения, позволит существенно повысить эффективность работы в этом направлении и позитивно повлияет на сокращение сроков досудебного расследования.

Следующим примером неэффективного правового регулирования сбора доказательств по делам о коррупционных и других служебных преступлениях является лишение следователей и прокуроров возможности инициировать и назначать служебные проверки.

В УПК 1960 г. и в Кодексе 2012 г. до октября 2014 г. существовало право следователя и прокурора назначить проверку, во время которой вышестоящими органами или служебными лицами могла быть проведена ведомственная квалифицированная проверка законности действий нижестоящих должностных лиц. В сфере противодействия коррупции проведение таких проверок наиболее важно для оценки законности предоставления различных разрешений, лицензий, льгот, непринятии мер реагирования на нарушения законов, законности и полноты ранее проведенной проверки.

Однако в октябре 2014 г., во время принятия Закона Украины «О прокуратуре» [9] под видом необходимости «введения правовых механизмов, позволяющих повысить ее эффективность» были включены нормы, лишавшие прокурора и следователя права назначать проверки и ревизии.

Это существенно усложнило сбор доказательств и установление причастных к служебным правонарушениям лиц, значительно увеличило сроки досудебного расследования, а при невозможности найти судебных экспертов узкого профиля – утрату возможности получить доказательства. В первую очередь указанное законодательное изменение негативно повлияло на фиксацию и доказывание коррупционных преступлений в сфере налогообложения, таможенных сборов, предоставление и продление лицензий, в том числе на разработку недр, противодействие конвертационным центрам.

Наряду с широким распространением разнообразных технических средств для осуществления аудио-, видеозаписи, наличием практически у каждого лица на мобильных устройствах приложений для осуществления и хранения записей действующее законодательство Украины запрещает их использование даже если запись сделана лицом в случаях вымогательства у него неправомоной выгоды или совершения другого коррупционного преступления.

Это связано с тем, что 20 октября 2011 г. Конституционный Суд Украины (далее – КСУ) [10] рассмотрел дело по конституционному представлению СБУ в части официального толкования положения ч. 3 ст. 62 Конституции Украины на предмет: можно ли использовать как доказательства аудио-, видеозаписи, полученные не в рамках процессуальной деятельности уполномоченными сотрудниками правоохранительных органов, а в результате самостоятельной записи гражданином, не являющимся сотрудником правоохранительного органа.

КСУ пришел к такому выводу: если человек не является сотрудником правоохранительных органов и сделал запись на свое устройство или же такая запись проведена уполномоченным сотрудником, но с нарушением порядка, содержащаяся на записях информация не может быть использована как доказательство в уголовном процессе.

На основании этого решения любая запись, которую получил гражданин в процессе общения с чиновником, где последний вымогал заплатить ему неправомоную выгоду, не является доказательством и не может быть использована ни как доказательства, ни как отправная точка для их получения. Согласно доктрине «Плод отравленного дерева» признаются недопустимыми доказательствами не только такая запись, но и все последующие доказательства, собранные на основании информации, содержащейся в этой записи, что, по сути, сводит на нет все расследование уголовного производства.

Это касается и тех случаев, когда, например, сотрудники государственных органов пришли на

обыск или проверку и сразу же требуют материальное вознаграждение. Человек лишен возможности обратиться в правоохранительные органы, поскольку предъявленное требование ему необходимо рассмотреть незамедлительно, полученная запись такого вымогательства не может быть использована в суде и, соответственно, последний вынужден принимать решение: выполнить незаконное требование или обращаться в органы, суды, не имея доказательств, в безуспешной попытке доказать свою правоту.

Установление уголовным процессуальным законом критериев и условий, при которых такая запись, осуществленная по собственной инициативе лицом, подвергшимся вымогательству или другим неправомоным коррупционным действиям, может признаваться допустимым доказательством, также существенно повысит возможности правоохранительных органов и увеличит эффективность противодействия коррупции.

Выводы. Таким образом, ключевым в вопросах эффективности противодействия коррупции в уголовно-правовой сфере являются разработка и внедрение процессуального законодательства, позволяющего с соблюдением прав человека и гражданина фиксировать коррупционные проявления, независимо от их тяжести. Формы судебного контроля за соблюдением прав человека, и, в частности, в сфере гарантий неприкосновенности частного общения, должны обеспечить возможность своевременного проведения следственных действий и не являться препятствием для сбора доказательств. Формы, способы и условия фиксации доказательств на технические средства лицами, не являющимися сотрудниками правоохранительных органов, по собственной инициативе, подлежат детальной регламентации в части условий и требований для такой фиксации, с целью обеспечения возможности сторонам в дальнейшем проверить такие доказательства на предмет их допустимости.

Список использованной литературы:

1. Про боротьбу з корупцією : Закон України № 356/95-ВР від 5 жовтня 1995 р.
2. Про запобігання корупції : Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text>.
3. Гуманітарний портал. Рейтинг стран мира по индексу восприятия коррупции. URL: <https://gtmarket.ru/ratings/corruption-perceptions-index>.
4. Про Національне антикорупційне бюро України : Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1698-18#Text>.
5. Про виконавче провадження : Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/772-19#Text>.

6. Про судоустрій і статус суддів : Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>.

7. Про Державне бюро розслідувань : Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/794-19#Text>.

8. Проект кримінального процесуально кодексу України 2021 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42312.

9. Про прокуратуру : Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text>.

10. Рішення Конституційного Суду України за конституційним поданням СБУ щодо офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 62 Конституції України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11#Text>.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

БАБИКОВ Александр Петрович – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и процесса Киевского университета права Национальной академии наук Украины, адвокат;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

BABIKOV Aleksandr Petrovich – Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Department of Criminal Law and Procedure of the Kiev University of Law of the National Academy of Sciences of Ukraine, lawyer;
babikov672@gmail.com

УДК 343.14

ПРЕД'ЯВЛЕННЯ ДЛЯ ВПІЗНАННЯ ЯК СЛІДЧА (РОЗШУКОВА) ДІЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Олена ГАРАСИМІВ,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Львівського державного університету внутрішніх справ

Олена РЯШКО,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Львівського державного університету внутрішніх справ

АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена теоретичним і практичним питанням процесуального порядку та тактиці пред'явлення для впізнання, особливостям пред'явлення для впізнання. Розглянуто місце та значення пред'явлення для впізнання серед інших слідчих (розшукових) дій та зазначено її мету. Сконцентровано увагу на особливостях проведення впізнання в режимі відеоконференції, а саме на вирішенні питань процедури фіксування технічними засобами слідчої (розшукової) дії, її якості, а також висвітлені найчастіші проблеми, з якими на практиці стикається слідчий, проводячи пред'явлення для впізнання осіб. Особливу увагу звернуто на дотримання процесуального порядку та підстави проведення впізнання з метою недопущення помилкових ідентифікацій.

Ключові слова: пред'явлення для впізнання, слідчий, досудове розслідування, слідча (розшукова) дія.

PRESENTATION FOR IDENTIFICATION AS AN INVESTIGATIVE (INVESTIGATIVE) ACTION IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Olena GARASIMIV,

PhD in Law, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Criminal Procedure and Criminology
Lviv State University of Internal Affairs

Olena RYASHKO,

PhD in Law, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Criminal Procedure and Criminology
Lviv State University of Internal Affairs

SUMMARY

The article is devoted to theoretical and practical issues of procedural order and tactics of presentation for identification, features of presentation for identification. The significance of the presentation for identification among other investigative (search) actions is considered and its purpose is indicated. The focus is on the peculiarities of identification in video conferencing, namely on solving the procedure of recording technical means of investigative (search) action, its quality, as well as highlights the most common problems faced by the investigator in practice, presenting for identification.

Key words: presentation for identification, investigator, pre-trial investigation, investigative (search) action.

PREZENTARE ÎN VEDEREA IDENTIFICĂRII CA ACȚIUNE DE INVESTIGAȚIE (PERCHEZIȚIE) ÎN PROCESUL PENAL

REZUMAT

Articolul este dedicat problemelor teoretice și practice de ordine procedurală și tactici de prezentare pentru identificare, caracteristici ale prezentării pentru identificare. Sunt luate în considerare locul și semnificația prezentării pentru identificare printre alte acțiuni de investigare (căutare) și este indicat scopul acestora. Accentul este pus pe particularitățile identificării

prin videoconferință, și anume soluționarea procedurii de înregistrare a mijloacelor tehnice de acțiune investigativă (investigativă), calitatea acesteia, precum și evidențierea celor mai frecvente probleme cu care se confruntă investigatorul în practică, prezentându-se spre identificare. O atenție deosebită se acordă respectării ordinii procesuale și a temeiurilor de identificare pentru a preveni identificările eronate.

Cuvinte cheie: prezentare în vederea identificării, anchetator, anchetă preliminară, acțiune de investigație (percheziție).

Постановка проблеми. Ураховуючи небезпеку невинного збільшення рівня злочинності в Україні та вкрай незадовільне економічне становище, видається необхідним продовжувати шлях постійного вдосконалення вітчизняного законодавства та діяльності суб'єктів, що здійснюють кримінальне провадження. Ця мета набуває особливого значення у зв'язку із прагненням України побудувати справжнє демократичне суспільство, яке б було у змозі позитивним чином впливати на українську державність та забезпечувати насправді ефективну роботу всіх органів та підрозділів Національної поліції.

Саме якісний та належний підхід органів досудового розслідування до збирання, перевірки й оцінки доказової бази, отриманої у процесі досудового розслідування, максимально забезпечує виконання завдань кримінального провадження. Отже, із цього погляду можна стверджувати, що якість проведення слідчих (розшукових) дій у конкретному кримінальному провадженні, спрямованих на перевірку доказів, зокрема і пред'явлення для впізнання, спрямована на загальну ефективність та досягнення мети у кримінальному судочинстві.

Необхідно зазначити, що під час пред'явлення для впізнання особа, яка впізнає, змушена робити мисленеві висновки про схожість або відмінність людини або речі, яку вона спостерігала раніше, до того ж ці спогади стосуються моментів, досить травматичних для її психіки, більше це стосується потерпілих, але і свідків теж не оминає можливість отримання вкрай негативних емоцій під час спостерігання факту вчинення кримінального правопорушення.

Кримінальний процесуальний кодекс України закріплює низку слідчих (розшукових) дій, призначенням яких є збирання або перевірка вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні. Особливою складністю характеризується пред'явлення для впізнання.

Пред'явлення особи для впізнання не належить до слідчих (розшукових) дій, проведення яких, відповідно до кримінального процесуального закону, є обов'язковим. Необхідність у проведенні цієї слідчої (розшукової) дії кожного разу визначається особою, яка здійснює досудове розслідування, відповідно до слідчої ситуації, що склалася на певному етапі досудового розслідування.

Пред'явлення особи для впізнання, з одного боку, наділене чітко вираженими криміналістичними особливостями, з іншого – сам результат впізнання може слугувати прямим доказом винуватості підозрюваного (обвинуваченого). Основна небезпека та проблема полягає в багатьох слідчих та судових помилках, наслідком яких є помилкова ідентифікація особи.

У процесі досудового розслідування пред'явлення для впізнання проводиться в порівнянні з іншими слідчими (розшуковими) діями не так часто. Однак складно переоцінити важливість, інформативність і доказове значення даної слідчої (розшукової) дії. У деяких кримінальних провадженнях саме пред'явлення особи для впізнання виявляється центральною слідчою (розшуковою) дією, на основі якої здобуваються беззаперечні обвинувальні докази, на підставі яких ґрунтується обвинувальний акт. Аналогічні за доказовим значенням результати, які дає ця слідча (розшукова) дія, неможливо отримати іншим способом.

Кримінальний процесуальний кодекс (далі – КПК) України закріплює низку слідчих (розшукових) дій, основною метою яких є збирання або перевірка вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні. Серед різноманітного переліку особливою складністю характеризується пред'явлення для впізнання, що стає підставою для дослідження процедури проведення такої дії багатьма науковцями, серед яких Н.М. Ахтирська, Р.С. Белкін, В.І. Галаган, Г.І. Кочаров, В.А. Колесник, М.В. Салтєвський, В.Г. Лукашевич, Є.Д. Лук'янчиков, А.Р. Ратінов, Л.Д. Удалова, В.Ю. Шепітько та ін.

Метою статті є аналіз закріплених кримінальним процесуальним законодавством вимог до проведення пред'явлення для впізнання особи.

Виклад основного матеріалу. Пред'явлення для впізнання як засіб збирання криміналістичної інформації у практиці виявлення злочинів має велике значення. Невипадково формуванню криміналістичних знань щодо тактики проведення пред'явлення для впізнання присвячено наукові дослідження вітчизняних та зарубіжних науковців.

Пред'явлення для впізнання як засіб отримання криміналістичної інформації у практиці збирання доказів із метою розкриття злочинів відоме вже давно. Але до того, як набути теперішнього вигля-

ду і стати окремою слідчою (розшуковою) дією, впізнання пройшло тривалий шлях визнання, організаційного формування, удосконалення, законодавчого визнання та процесуального закріплення і відповідного тактико-криміналістичного забезпечення.

Гл. 20 КПК України розкриває поняття, сутність та встановлює порядок проведення слідчих (розшукових) дій, що можуть бути здійснені під час досудового розслідування у кримінальному провадженні. В окремих випадках ці питання, які не мають чіткого й однозначного законодавчого вирішення, стають предметом наукових спорів і окремих теоретичних розробок, викликають потребу роз'яснення чи уточнення деяких підходів законодавця до формулювання положень тієї або іншої процесуальної норми. Такими є й питання, які виникають під час аналізу й оцінки ст. ст. 228 та 229 КПК України, якими врегульовано порядок пред'явлення для впізнання особи та речей.

Впізнання не належить до слідчих (розшукових) дій, проведення яких, відповідно до кримінального процесуального закону, є обов'язковим. Необхідність у проведенні цієї слідчої (розшукової) дії кожного разу визначається особою, яка проводить досудове розслідування, відповідно до слідчої ситуації, що склалася на певному етапі досудового розслідування. Загальна мета пред'явлення для впізнання полягає в отриманні доказів, які являють собою висновок одного з учасників процесу про результати проведеної ним ідентифікації – тотожність, схожість або відмінність осіб чи речей, представлених для ознайомлення з ознаками, що збереглися в його пам'яті.

Відповідно до ч. 1 ст. 223 КПК слідчі (розшукові) дії спрямовані на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих. Головною сутнісною ознакою слідчих (розшукових) дій є їхня спрямованість на виявлення слідів кримінального правопорушення (звідси й основа їхньої назви – «слідчі»). Термін же «розшукові» в їхній назві, на нашу думку, підкреслює, що такі сліди зазвичай встановлюються у процесі їх розшуку. У юридичній літературі виділяють низку особливостей слідчих (розшукових) дій, які дозволяють відмежувати їх від інших дій – процесуальних і не процесуальних (докладно про співвідношення слідчих (розшукових) дій з іншими процесуальними, розшуковими і оперативно-розшуковими діями [1, с. 216].

Пред'явлення для впізнання як засіб отримання криміналістичної інформації у практиці збирання доказів відоме вже давно. Але до того, як набути теперішнього вигляду і стати окремою слідчою (розшуковою) дією, впізнання пройшло

тривалий шлях свого розвитку, організаційного формування, удосконалення, законодавчого визнання та процесуального закріплення, відповідного кримінально-процесуального регулювання й тактико-криміналістичного забезпечення. Щоправда, спочатку впізнання розглядали лише як одне із завдань проведення допиту, узнавання об'єктів впізнання відбувалося під час їх пред'явлення особі, яка їх сприймала раніше і яку про це допитували, що й оформлювали протоколом допиту [2, с. 164].

Ст. 228 КПК України визначає процесуальні положення пред'явлення особи для впізнання. Процесуальні підстави даної слідчої розшукової дії включають встановлення особи, яка вчинила кримінальне правопорушення. Перед тим, як пред'явити особу для впізнання, слідчий, прокурор попередньо з'ясовує, чи може особа, яка впізнає, впізнати цю особу, опитує її про зовнішній вигляд і прикмети цієї особи, а також про обставини, за яких вона бачила цю особу, про що складає протокол. Якщо особа заявляє, що вона не може назвати прикмети, за якими впізнає особу, проте може впізнати її за сукупністю ознак, у протоколі зазначається, за сукупністю яких саме ознак вона може впізнати особу.

Процесуальний порядок пред'явлення для впізнання, як і всіх інших слідчих (розшукових) дій, передусім повинен брати до уваги психологічні моменти, які відбуваються під час проведення даної слідчої (розшукової) дії, а також мету проведення впізнання. Зміст впізнання полягає в порівнянні реальних об'єктів, які пред'являються особі, з тими образами, які вона зберегла у своїй уяві та пам'яті. Лише на цій підставі нею робиться висновок про подібність або відмінність живою людиною або її фотографічних чи відеографічних зображень, речей або їх зображень.

На нашу думку, у підставах проведення даної слідчої (розшукової) дії варто враховувати дві складові частини: наявність потреби у впізнанні особи чи речей для вирішення завдань кримінального провадження та можливість узнавання особою, що впізнає, об'єкта, який сприймався нею раніше. До того ж такі підстави повинні мати юридичний характер, що визначає наявність суб'єкта впізнання; протоколу його допиту з описанням прикмет і особливостей об'єкта впізнання й обставин, за яких він сприймався особою; наявність на час проведення слідчої (розшукової) дії об'єкта впізнання чи його зображення, яке передає істотні ознаки, інших об'єктів, що пред'являються разом із ним (за винятком передбачених законом випадків пред'явлення об'єкта впізнання в однині).

Під фактичними підставами варто розуміти наявність у слідчого, прокурора даних процесуального та непроцесуального характеру, які дозволяють дійти висновку про необхідність (доцільність) та можливість проведення цієї слідчої (розшукової) дії [3, с. 500]. Велике значення в отриманні підстав для проведення впізнання має проведення попереднього допиту особи, яка впізнає. Однозначно, такий допит є обов'язковою умовою для проведення впізнання.

Впізнання вважається неправомірним, якщо особа, яка впізнає, попередньо не була допитана щодо примет та особливостей, за якими вона може впізнати вказані нею об'єкти. Неправомірним доказове значення результатів пред'явлення для впізнання буде і тоді, коли особа, яка впізнає, попередньо бачила особу або предмет напередодні впізнання, а тому слідчому належить застосувати заходи щодо недопущення таких фактів [4, с. 328].

Законом врегульовано саму процедуру пред'явлення особи для впізнання. Так, особа, яка підлягає впізнанню, пред'являється особі, яка впізнає, разом з іншими особами тієї ж статі, яких має бути не менше трьох і які не мають різних відмінностей у віці, зовнішності й одязі. Перед тим як пред'явити особу для впізнання, їй пропонується у відсутності особи, яка впізнає, зайняти будь-яке місце серед інших осіб, які пред'являються. Особі, яка впізнає, пропонується вказати на особу, яку вона має впізнати, і пояснити, за якими ознаками вона її впізнала.

Непоодинокими є випадки повторного проведення впізнання з різних об'єктивних та суб'єктивних причин, наприклад, коли попереднє впізнання було проведене в той момент, коли особа, яка впізнає, перебувала у стані душевного хвилювання або тимчасового розладу психіки, зору, слуху, загального сприйняття навколишнього світу, унаслідок чого не могла повною мірою й адекватно сприйняти те, що відбувалося; коли особа, яка впізнає, із власних мотивів, маючи свою мету, навмисно не впізнала об'єкт, що пред'явлений для впізнання; коли попереднє впізнання проводилося в гірших умовах, ніж ті, у яких відбувалося спостереження впізнаваного об'єкта; коли через відсутність особи, яка підлягає впізнанню, її впізнання здійснювалося за фотокартками. Необхідно пам'ятати, що в разі поступової втрати часу, починаючи з моменту вчинення кримінального правопорушення, можливість отримати достовірну інформацію стає проблематичною, оскільки особа поступово втрачає певну частину спогадів або спотворює сприйняту нею подію.

Водночас у кожному конкретному кримінальному провадженні трапляються ситуації, які потре-

бують вирішення лише за допомогою проведення пред'явлення для впізнання. Особливого значення набуває пред'явлення для впізнання в разі виявлення трупа з ознаками насильницької смерті за умови відсутності або браку відомостей про особу потерпілого. У такому разі пред'явлення трупа для впізнання здійснюють насамперед із метою встановлення особи потерпілого.

Водночас, на наш погляд, у разі пред'явлення особи для впізнання за умови, коли особа заявила, що вона не може назвати прикмети, за якими впізнає особу, проте може впізнати її за сукупністю ознак (ч. 1 ст. 228 КПК України), окрім того, що у протоколі допиту зазначається, за сукупністю яких саме ознак вона зможе впізнати особу, уважаємо, що у протоколі пред'явлення особи для впізнання за умови впізнання певної особи мають бути зазначені не просто ознаки (чи їх сукупність), за якими особа впізнала особу (ч. 1 ст. 231 КПК України), а їх індивідуальний характер. Необхідність зазначення особою, яка впізнає, не лише ознак особи, яку вона впізнала, а й їхніх індивідуальних характеристик (як і їх фіксування у протоколі пред'явлення особи для впізнання) свідчатиме про достовірність факту впізнання, що в такому разі відбуватиметься на підставі ознак не лише актуального, а й латентного рівня запам'ятовування [5, с. 50].

Водночас для вдосконалення методико-криміналістичного забезпечення пред'явлення для впізнання можна використовувати класифікацію, виводувану на підставі методики проведення пред'явлення для впізнання (зв'язок осіб, які впізнають, з категоріями кримінального провадження, під час розслідування якого проводили пред'явлення для впізнання [6, с. 261].

КПК України передбачає можливість пред'явлення для впізнання лише трьох груп об'єктів: особи, речі, трупа (ст. ст. 228–230). Інших видів об'єктів законодавець не встановлює. Тому розширене тлумачення цих норм права буде порушенням вимог закону слідчим, прокурором, з огляду на всі негативні наслідки, що можуть настати в майбутньому (зокрема, визнання зібраних під час пред'явлення для впізнання доказів недопустимими). Впізнання за уявними образами на процесуальній підставі таких об'єктів, як тварини, окремі ділянки місцевості, будівлі, приміщення тощо, убагачаємо можливим, однак не в межах такої слідчої (розшукової) дії, як пред'явлення для впізнання, а під час слідчого експерименту або в умовах непроцесуального впізнання й ідентифікації за уявними образами [7, с. 47].

Під час досудового розслідування та безпосередньо судового розгляду, у разі неможливості

особистої участі певних осіб у кримінальному процесі, може бути ухвалене рішення про проведення окремих слідчих чи процесуальних дій у режимі відеоконференції. Натепер дистанційне провадження (режим відеоконференції) ефективно застосовується у практиці більшості європейських держав та США.

Така можливість передбачена і у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві. Режим відеоконференції активно застосовується як під час проведення окремих слідчих (розшукових) дій, так і для здійснення процесуальних дій під час судового провадження. Проте відповідно до національного законодавства під час досудового розслідування режим відеоконференції можливий лише у проведенні таких слідчих дій, як допит та пред'явлення для впізнання. Упровадження режиму відеоконференції, безумовно, сприяє всебічному, повному й об'єктивному дослідженню обставин учинення кримінального правопорушення, однак його застосування на практиці вимагає відповідного теоретичного дослідження [8, с. 307].

Ч. 2 ст. 232 КПК України передбачено, що рішення про здійснення дистанційного досудового розслідування ухвалюється слідчим, прокурором, а в разі проведення в режимі відеоконференції допиту згідно зі ст. 225 КПК України – слідчим суддею із власної ініціативи або за клопотанням сторони кримінального провадження чи інших учасників кримінального провадження.

Остаточне вирішення питання про використання або не використання під час проведення допиту відеоконференції залежить від внутрішнього переконання посадової особи, яка проводить допит. Тому законодавець передбачив у ч. 2 ст. 232 КПК України, що в разі, якщо сторона кримінального провадження чи потерпілий заперечує проти здійснення дистанційного досудового розслідування, слідчий, прокурор, слідчий суддя може ухвалити рішення про його здійснення лише вмотивованою постановою (ухвалою), обґрунтувати в ній ухвалене рішення. Однак рішення про здійснення дистанційного досудового розслідування, у якому дистанційно перебуватиме підозрюваний, не може бути ухвалене, якщо він проти цього заперечує [9, с. 215].

Непоодинокими є випадки, коли учасник слідчої (розшукової) за певних обставин не може бути присутнім під час її проведення. Саме для таких випадків існує можливість проведення відеоконференції. У таких країнах, як Італія, Велика Британія, США, Канада, успішно використовується механізм дистанційного провадження, що є ефективним щодо скорочення часу, ресурсів та коштів під час здійснення конкретних слідчих дій.

Проведення пред'явлення для впізнання в режимі відеоконференції як слідча дія полягає у пред'явленні свідкові, потерпілому або іншій особі для впізнання об'єкта чи іншої особи. Це здійснюється з метою встановлення тотожності або відмінності цього об'єкта, особи від того, який спостерігався раніше, зберігся в пам'яті і про який така особа давала показання. На практиці у процесі застосування цієї слідчої дії дуже часто виникають питання, які потребують вирішення, як практичного, так і законодавчого. Проведення такого дистанційного провадження призводить до ризику звуження можливостей сторін процесу, тому необхідно звести до мінімуму такі випадки й ефективно втілити в реальність «віртуальну» [10, с. 193].

Рішення про здійснення дистанційного досудового розслідування ухвалюється слідчим, прокурором. Відеоконференція – це телекомунікаційна технологія інтерактивної взаємодії двох або більше віддалених учасників судового провадження з можливістю обміну аудіо- та відеоінформацією в реальному масштабі часу з урахуванням керуючих даних. Згідно із ч. 7 ст. 232 КПК пребіг і результати слідчої (розшукової) дії, проведеної в режимі відеоконференції, фіксуються за допомогою технічних засобів відеозапису. Це забезпечить надалі використання результатів проведеної слідчої дії у процесі доказування в судовому розгляді кримінального провадження.

Окрім цього, результати процесуальної дії мають фіксуватися у протоколі. Про те, які технічні засоби мають застосовуватись під час проведення такої слідчої дії, у чинному законодавстві нині не вказано. Є лише вказівка у КПК, що використання в дистанційному досудовому розслідуванні технічних засобів і технологій повинно забезпечувати належну якість зображення і звуку, а також інформаційну безпеку. Учасникам слідчої (розшукової) дії повинна бути забезпечена можливість ставити запитання й отримувати відповіді осіб, які беруть участь у слідчій (розшуковій) дії дистанційно, реалізовувати інші надані їм процесуальні права та виконувати процесуальні обов'язки, передбачені цим Кодексом.

Для забезпечення належної якості передачі зображення та звуку, безперервного, чіткого і стабільного сеансу слідчому чи прокурору доцільно залучити спеціаліста. Проте в чинному законодавстві не міститься норма про обов'язкову участь спеціаліста. Пред'явленню для впізнання передують така слідча дія, як попередній допит. Оскільки допит і пред'явлення для впізнання в режимі відеоконференції здійснюються відповідно до ст. ст. 225–229 КПК України, у їх проведенні мо-

жуть брати участь захисники, представники, спеціалісти, перекладачі, експерт, педагоги й інші особи, у яких виникає потреба бути присутніми під час проведення слідчої дії [11, с. 35].

Відповідно до ч. 6 ст. 232 КПК, якщо особа, яка братиме участь у досудовому розслідуванні дистанційно згідно з рішеннями слідчого чи прокурора, перебуває у приміщенні, розташованому поза територією, яка перебуває під юрисдикцією органу досудового розслідування, або поза територією міста, у якому він розташований, слідчий, прокурор своєю постановою доручає в межах компетенції органу Національної поліції, органу безпеки, органу, що здійснює контроль за дотриманням податкового законодавства, органу Державної кримінально-виконавчої служби України, на території юрисдикції якого перебуває така особа, Національному антикорупційному бюро України або Державному бюро розслідувань здійснити дії, передбачені ч. 5 цієї статті, а саме: службова особа цього органу досудового розслідування зобов'язана вручити такій особі пам'ятку про її процесуальні права, перевірити її документи, що посвідчують особу, та перебувати поряд із нею до закінчення слідчої (розшукової) дії.

Копія постанови може бути надіслана електронною поштою, факсимільним або іншим засобом зв'язку. Службова особа органу, що отримав доручення, за погодженням зі слідчим, прокурором, що надав доручення, зобов'язана в найкоротший строк організувати виконання зазначеного доручення. Вирішенням питання територіальної неможливості підписання протоколу може бути електронний протокол. Юридична сила електронного документа не може бути заперечена суто через те, що він має електронну форму [12].

Увагу у КПК України присвячено врегулюванню тактично складної й самотульної слідчої (розшукової) дії – пред'явленню для впізнання. Забороняється попередньо показувати особі, яка впізнає, особу, яка повинна бути пред'явлена для впізнання, та надавати інші відомості про прикмети цієї особи. До підготовчого етапу пред'явлення для впізнання належить також підбір статистів – осіб тієї ж статі, яких має бути не менше трьох і які не мають різних відмінностей у віці, зовнішності й одязі. Перед тим, як пред'явити особу для впізнання, їй пропонують у відсутності особи, яка впізнає, зайняти будь-яке місце серед інших осіб, яких пред'являють (ч. 2 ст. 228 КПК України) [13, с. 77].

Під час безпосереднього проведення пред'явлення для впізнання особі, яка впізнає, пропонують вказати на особу, яку вона має впізнати, і пояснити, за якими ознаками вона її впізнала. Результат

пред'явлення для впізнання фіксують у протоколі, він є позитивним, коли той, хто впізнає, категорично заявляє, що він впізнав певну особу, вказує не лише загальні ознаки, а й особливі, якими обґрунтоване впізнання [14, с. 194].

Під час організації проведення пред'явлення особи для впізнання забороняється попередньо показувати особі, яка впізнає, особу, яка повинна бути пред'явлена для впізнання. Тому слідчий чи прокурор зобов'язані вжити заходів, що унеможливають зустріч цих осіб і будь-які способи впливу на особу, яка здійснює впізнання. Така вимога закону пояснюється врахуванням властивостей людської психіки: людиною краще запам'ятовується і відтворюється той образ людини, що сприймався за часом, більш наближеним до часу проведення впізнання [15, с. 106].

Висновки. Пред'явлення для впізнання є однією зі значущих і невід'ємних слідчих (розшукових) дій, що проводяться у процесі розкриття і розслідування кримінальних правопорушень. Часто позитивний результат, досягнутий під час пред'явлення для впізнання особи, є основним доказом її вини у вчиненому, який надалі лягає в основу підозри (обвинувачення) у кримінальному провадженні. Від правильності організації та проведення впізнання, зокрема суворого дотримання положень теорії криміналістичної ідентифікації та криміналістичної тактики слідчих (розшукових) дій, нерідко залежить, чи будуть визнані його результати допустимим доказом.

Загальна й основна мета пред'явлення для впізнання полягає в отриманні доказів, які являють собою фактичні дані, що встановлені на підставі висновку одного з учасників процесу про результати проведеної ним ідентифікації – тотожність, схожість або відмінність осіб чи речей, представлених для ознайомлення під час впізнання, з ознаками об'єктів, що збереглися в його пам'яті. Важливою передумовою проведення впізнання є встановлення слідчим, прокурором того, що зовнішній вигляд, прикмети й інші ознаки об'єктів впізнання особою, яка впізнає, були дійсно сприйняті, зберігаються в її пам'яті, можуть бути відтворені подумки і на основі цього можна здійснити порівняння уявного образу раніше сприйнятого об'єкта з образом пред'явленого під час проведення впізнання.

Безумовним є те, що як загалом кримінальне процесуальне законодавство України, так і окремі з його норм нині ще далекі або не зовсім відповідають вимогам досконалості. Законодавчій практиці відомі способи виправлення помилок і внесення уточнень до чинних норм шляхом внесення додатків, доповнень, виправлень до окремих статей, роз-

роблення й ухвалення нових статей та скасування наявних. Проте зараз науковцям і практикам варто ще раз звернутися до осмислення чинних норм КПК, їх наукового тлумачення з тим, щоб неоднаковість розуміння процесуальних норм не призводила до порушень прав учасників кримінального судочинства і не створювала умов для зловживань із боку будь-кого з його учасників.

Вивчення матеріалів слідчої практики також дозволяє дійти висновку про випадки допущення під час проведення цієї слідчої (розшукової) дії помилок, які призводять до втрати доказового значення її результатів. Так, наприклад, наявні факти відсутності або не досить детального попереднього з'ясування, чи може особа, яка впізнає, впізнати певну особу, даних про зовнішній вигляд і прикмети цієї особи, а також про обставини, за яких вона бачила цю особу; подекуди в організації проведення цієї слідчої (розшукової) дії не враховуються обставини процесу формування показань особи, яка впізнає; інколи особи, серед яких пред'являється для впізнання інша особа, підбираються з порушенням встановлених законом вимог і без урахування відповідних тактичних рекомендацій; не завжди дотримується встановлений законом порядок проведення цієї слідчої (розшукової) дії.

Список використаної літератури:

1. Вапнярчук В.В. Теорія і практика кримінального процесуального доказування : монографія. Харків : Юрайт, 2017. 408 с.
2. Колесник В.А. Деякі проблемні питання пред'явлення особи та речей для впізнання за чинним КПК України. *Вісник Академії адвокатури України*. 2013. № 1 (26). С. 163–168.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. Київ : Юстініан, 2012. 1224 с.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / відп. ред. С.В. Ківалов. Харків : Одісей, 2013. 1104 с.
5. Карпушин С.Ю. Проблемні питання пред'явлення особи для впізнання. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Серія «Юридичні науки». 2015. № № 5–4. С. 49–52.
6. Безкоровайний Б.В. Основні напрями вдосконалення правових і тактичних засад ідентифікації за уявним образом під час проведення впізнання. *Наук. вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2018. № 2 (107). С. 259–270.
7. Лук'янчиков Є.Д., Лук'янчиков Б.Є. Пред'явлення для впізнання – засіб інформаційного забезпечення розслідування. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 4. С. 46–53.

8. Назарук О.І., Ковальова Р.Я. Режим відео конференції у кримінальному процесі: переваги та недоліки. *Часопис Київського університету права*. 2017. № 1. С. 307–311.

9. Шингарьов Д.О. Окремі питання забезпечення прав та законних інтересів осіб при проведенні допиту у режимі відеоконференції під час досудового розслідування. *Кримінальний процес та криміналістика*. 2016. С. 212–224.

10. Левенець А.Є. Тактика пред'явлення для впізнання особи в режимі відеоконференції. *Криміналістика*. 2019. № 10. С. 191–195.

11. Хома І. Проблеми та переваги проведення слідчих (розшукових) дій в режимі відеоконференції. *Вісник прокуратури*. 2018. № 1. С. 34–36.

12. Спасенко К.О. Особливості проведення допиту при розслідуванні порушень правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою. *Часопис Київського університету права*. 2016. № 3. С. 338–343.

13. Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22 травня 2003 р. № 851–IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 36. Ст. 275. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15> (дата звернення: 06.06.2019).

14. Галаган В.І. Проведення слідчих (розшукових) дій: процесуальні та криміналістичні аспекти. *Міжнародний юридичний вісник: актуальні проблеми сучасності (теорія та практика)*. 2017. Вип. 1 (5). С. 73–79.

15. Удовенко Ж.В. Криміналістика : конспект лекцій / за заг. ред. В.І. Галагана. Київ, 2016. 320 с.

16. Гриненко К.В. Допустимість доказів, отриманих під час пред'явлення особи для впізнання. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. Вип. 4 (33). С. 104–109.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРІВ

ГАРАСИМІВ Олена Іванівна – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики Львівського державного університету внутрішніх справ;
РЯШКО Олена Василівна – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики Львівського державного університету внутрішніх справ;

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS
GARASYMIV Olena Ivanivna – PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Criminal Procedure and Criminology, Lviv State University of Internal Affairs;
RYASHKO Olena Vasylivna – PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Criminal Procedure and Criminology, Lviv State University of Internal Affairs;
olena_ryashko@ukr.net

УДК 343.132:336.719.2

ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ, ЩО МІСТИТЬ ВІДОМОСТІ, ЯКІ СТАНОВЛЯТЬ БАНКІВСЬКУ ТАЄМНИЦЮ

Галина КУЧЕРУК,

ад'юнкт кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ

АНОТАЦІЯ

У статті аналізуються наукові підходи щодо теоретичного розуміння понять «процесуальне провадження», «процесуальна форма», «кримінальне процесуальне провадження» та його суттєві ознаки. На підставі проведеного дослідження наукових позицій теоретиків права й аналізу загальних компонентів, що утворюють склад процесуального провадження, аналізу сутнісних ознак кримінального процесуального провадження в контексті кримінальних процесуальних правовідносин, пов'язаних із відомостями, які становлять банківську таємницю, сформульована авторська дефініція «кримінальне процесуальне провадження, що містить відомості, які становлять банківську таємницю» з його характерними структурними елементами, їхніми особливостями.

Ключові слова: процесуальне провадження, кримінальна процесуальна форма, кримінальне процесуальне провадження, що містить відомості, які становлять банківську таємницю.

QUESTIONS OF DEFINITION OF THE CONCEPT OF CRIMINAL PROCEEDINGS, WHICH CONTAINS INFORMATION, WHICH CONSTITUTES BANKING SECRET

Galyna KUCHERUK,

Postgraduate Student at the Department of Criminal Procedure
National Academy of Internal Affairs

SUMMARY

The article analyzes scientific approaches to the theoretical understanding of the concepts of “procedural proceedings”, “procedural form”, “criminal procedural proceedings” and its essential features. Based on the study of scientific positions of theorists of law and analysis of the general components that make up the proceedings, analysis of the essential features of criminal proceedings in the context of criminal proceedings related to information constituting a bank secret, formulated the author’s definition of “criminal proceedings, which contains information that constitutes a bank secret” with its characteristic structural elements and their features.

Key words: procedural proceedings, criminal procedural form, criminal procedural proceedings, which contain information that constitutes bank secrecy.

PROBLEMA DEFINIRII CONCEPTULUI DE PROCES PENAL, CARE CONTINE INFORMATII CARE CONSTITUIE SECRET BANCAR

REZUMAT

Articolul analizează abordări științifice ale înțelegerii teoretice a conceptelor de „procedură procesuală”, „forma procesuală”, „procedură procesuală penală” și trăsăturile esențiale ale acestora. Pe baza studiului pozițiilor științifice ale teoreticienilor dreptului și analizei componentelor comune care alcătuiesc procesul procesual, analiza trăsăturilor esențiale ale procesului penal în contextul raporturilor juridice procesuale penale referitoare la informațiile constitutive de secret bancar, s-a formulat definiția autorului „proceduri penale care conțin informații care constituie secret bancar” cu elementele sale structurale caracteristice, trăsăturile acestora.

Cuvinte cheie: procedura procesuala, forma procesuala penala, procedura procesual penala care contine informatii care constituie secret bancar.

Постановка проблеми. Натеper немає дефінітивного визначеного підходу щодо поняття «кримінальне провадження, яке містить відомості, що становлять банківську таємницю», незважаючи на те, що інформація, яка містить банківську таємницю, є таємницею, що охороняється законом, та інформацією з обмеженим доступом.

Актуальність теми дослідження зумовлено відсутністю дефінітивного визначення поняття кримінального провадження, що містить відомості, які становлять банківську таємницю, у теорії кримінального процесу, не дослідженні його характерні особливості.

У теорії юридичного процесу й у науці кримінального процесу поняття процесуального провадження, процесуальної форми, кримінального процесуального провадження досліджували у своїй праці представники наукової спільноти, серед яких: В.М. Горшенев, П.Е. Недбайло, Р.Є. Гукасян, Е.Г. Лук'янова, Ж.С. Сталев, В.П. Бож'єв, В.З. Лукашевич, М.С. Строгович, В.В. Сорокіна, О.Г. Іванова, Л.М. Лобойко, С.С. Циганенко, Ю.К. Якимович, В.М. Трофименко та ін.

Метою статті є дефінітивне визначення кримінального провадження, що містить відомості, які становлять банківську таємницю.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до положень ст. 3 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) кримінальне провадження – досудове розслідування і судове провадження, процесуальні дії у зв'язку з учиненням діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність. П. 6 ст. 3 КПК України роз'яснює, що досудове слідство – форма досудового розслідування, у якій здійснюється розслідування злочинів. Відповідно до положень п. 24 ст. 3 КПК України судове провадження – кримінальне провадження у суді першої інстанції, яке включає підготовче судове провадження, судовий розгляд і ухвалення та проголошення судового рішення, провадження з перегляду судових рішень в апеляційному, касаційному порядку, а також за нововиявленими або виключними обставинами [1].

Перш ніж підходити до визначення поняття сутності кримінального провадження взагалі, варто звернутися до думок учених-процесуалістів щодо визначення сутності процесуальної діяльності, які відрізняються різними концептуальними підходами. Так, наприклад, Р.Є. Гукасян розглядає процесуальне провадження як правозастосовну діяльність уповноважених суб'єктів, пов'язану із застосуванням норм матеріального права [2, с. 19]. Інші дослідники, серед яких Ж.С. Сталев, вказують на те, що процесуальні провадження мають такі ха-

рактерні ознаки: 1) вони є у правовому змісті багатосуб'єктним динамічним фактичним складом; 2) процесуальні права й обов'язки як джерело провадження мають своїм предметом тільки процесуальні дії; 3) будь-яка дія як складник провадження має самостійну внутрішньопроцесуальну відносність; 4) істотна особливість структури провадження – нерівноцінність попередніх процесуальних дій порівняно з остаточним актом; 5) у порівнянні з остаточним актом підготовчі процесуальні дії є безпредметними [3, с. 26–32].

Однак, на наш погляд, більш повне визначення поняття процесуального провадження наведено М.В. Горшеневим, який уважав, що процесуальне провадження – це головний елемент юридичного процесу, що являє собою системне утворення, комплекс взаємозалежних і взаємозумовлених процесуальних дій, які: а) утворюють певну сукупність процесуальних правовідносин, що відрізняються предметною характеристикою і пов'язаністю з відповідними матеріальними правовідносинами; б) викликають потреби встановлення, доведення, а також обґрунтування всіх обставин і фактичних даних розглянутої юридичної справи; в) зумовлюють необхідність закріплення, офіційного оформлення отриманих процесуальних результатів у відповідних актах-документах [4, с. 88].

У науковій спільноті є беззаперечним підхід до визначення поняття та сутності процесуального провадження як до базової структурної одиниці в будь-якій конкретній правовій галузі. Проблематику визначення поняття кримінального процесуального провадження в різні часи досліджували окремі вчені-процесуалісти, які використовували різні концептуальні підходи щодо визначення того поняття. Так, В.П. Бож'єв розглядає кримінальне процесуальне провадження як систему кримінально-процесуальних відносин, змістом якої є дії відповідних суб'єктів з їхніми правами й обов'язками, які здійснюються в певній послідовності [5, с. 18–21]. Автор ототожнює сукупність таких дій із стадіями процесу.

У своїх роботах Ю.К. Якимович кримінальне процесуальне провадження розглядає в декількох аспектах: як певний вид кримінальної процесуальної діяльності, як самостійний інститут кримінального процесуального права, як частину кримінального процесуального законодавства, норми якої і регулюють цю діяльність у рамках самостійних кримінальних процесуальних проваджень [6, с. 203–208]. Він також виділяє ознаки такого провадження: наявність матеріально правової бази як основи такого провадження, існування певного кола справ, які мають деякі суттєві особливості,

що об'єктивно вимагають відмінностей порядку провадження в цих справах; комплексність, тобто наявність певних особливостей у діяльності органів, які здійснюють провадження, на всіх (або хоча б на деяких) стадіях кримінального процесу; наявність суттєвих відмінностей у порядку діяльності за певною категорією справ порівняно зі звичайним порядком судочинства. Особливо Ю.К. Якимович виділяє ознаку стадійності кримінального процесуального провадження, кількість таких стадій залежить від особливостей самого провадження [7, с. 13–14].

Якщо взяти до уваги динаміку будь-яких соціальних та правових процесів у суспільстві, зазначимо, що, незважаючи на різницю у предметній наповненості процесуальних проваджень, вони будуть здійснюватися в єдиному порядку. Тому для виокремлення специфіки тих чи інших процесуальних проваджень у конкретній галузі права передбачена певна процесуальна форма, яка відіграє важливу роль у побудові чіткої процедурної реалізації прав і обов'язків суб'єктів процесуальної діяльності.

У теорії права найбільш ґрунтовним є науковий підхід, коли під процесуальною формою розуміють сукупність однорідних процедурних вимог, які висуваються до дій учасників процесу і спрямовані на досягнення певного матеріального правового результату [8, с. 13]. Таке визначення щодо поняття процесуальної форми може бути застосовано до всіх галузей права, адже воно є, на наш погляд, найбільш уніфікованим. Однак під час розгляду процесуальної форми щодо кримінального процесу не можна погодитися з думками В.З. Лукашевича, М.С. Строговича, які вважали, що процесуальна форма повинна бути єдиною для всіх кримінальних проваджень. Такий науковий підхід зумовлений тезою про те, що без чіткого визначеного процесуального порядку діяльності уповноважених суб'єктів кримінального процесу не може бути досягнуто завдання кримінального провадження законним способом та здійснено захист порушених прав. Таке положення закономірно призводить до незаконності ухвалених процесуальних рішень та визнання отриманих доказів недопустимими.

Серед українських науковців існує декілька підходів до визначення кримінальної процесуальної форми. Деякі вчені розглядають зазначену форму як визначений законом порядок кримінального провадження загалом, порядок виконання окремих процесуальних дій і ухвалення процесуальних рішень [9, с. 32]. Так, В.М. Трофименко розглядає цей інститут як сукупність закріплених законом юридичних процедур, умов і гарантій, які утворю-

ють порядок кримінального провадження та забезпечують вирішення його завдань [10, с. 9].

У сучасних реаліях суспільно-політичного життя країни, імплементації міжнародного законодавства в законодавство України в питаннях подальшого вдосконалення нормативно-правового регулювання кримінальної процесуальної діяльності застосування єдиної кримінально-процесуальної форми не відповідає сучасному порядку здійснення кримінальної процесуальної діяльності. Кримінальне процесуальне законодавство України передбачає єдиний порядок кримінального провадження за допомогою уніфікації кримінальної процесуальної форми.

Однак у сфері реалізації кримінальних процесуальних правовідносин трапляються випадки, коли кримінальна процесуальна форма повинна враховувати суттєві обставини, що впливають на порядок здійснення кримінального провадження, потребує додаткових гарантій законності, дотримання прав, свобод і законних інтересів його учасників. Саме для таких випадків передбачений диференційований підхід у реалізації кримінальної процесуальної форми, оскільки йдеться про особливі (диференційовані) форми провадження. Оптимізація кримінальної процесуальної діяльності, досягнення балансу публічних та приватних інтересів можлива лише за допомогою диференціації процесуальної форми кримінального судочинства.

Варто зазначити, що КПК України не містить дефінітивного визначення поняття кримінального провадження, яке містить відомості, які становлять банківську таємницю. У ст. 162 КПК України передбачено, що банківська таємниця належить до таємниці з обмеженим доступом та до охорнюваної законом таємниці. У Кодексі не передбачені спеціальні норми щодо порядку її розкриття, зберігання, використання у кримінальному провадженні. Незважаючи на спеціальний правовий режим відомостей, що містять банківську таємницю, законодавець не передбачає у Кримінальному процесуальному кодексі України особливого порядку провадження, як це ми можемо бачити на прикладі нормативного врегулювання особливого порядку кримінального провадження, яке містять відомості, що становлять державну таємницю, у гл. 40 розд. VI Кримінального процесуального кодексу України.

З урахування вищевикладеного уявляється, що досудове розслідування в такому кримінальному провадженні здійснюється на загальних підставах, проте з урахуванням положень Закону України «Про банки і банківську діяльність» та постано-

ви Правління Національного банку України «Про затвердження Правил зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці» від 14 липня 2006 р. Натепер інститут кримінального провадження, що містить відомості, які становлять банківську таємницю, як окремий вид провадження є не врегульованим, тому, на нашу думку, ці кримінальні провадження можна розглядати як такі, що ґрунтуються на нормах матеріального права, яке реалізується за допомогою процесуальних норм. У таких кримінальних провадженнях норми матеріального права присутні завжди, оскільки є загальний предмет правового регулювання – банківська таємниця, яка може виступати в кількох іпостасях. Тому під час визначення дефініції такого провадження варто виходити з особливостей правового інституту банківської таємниці. Як слушно зауважив щодо цього В.П. Бож'єв, кримінальний процес існує для забезпечення застосування норм матеріального права, саме через кримінальні процесуальні відносини суб'єкти реалізують свої права, обов'язки та владні повноваження, оскільки це неможливо зробити в рамках тільки матеріального права [5, с. 12].

Апріорі кожне кримінальне провадження може містити відомості, що містять банківську таємницю. По-перше, це пов'язано з визначенням банківської таємниці як предмета посягання в контексті охоронюваних законом суспільних відносин, наприклад у ст. ст. 231, 232 Кримінального кодексу України (далі – КК України). По-друге, це впливає з дефініції банківської таємниці як джерела доказової інформації у кримінальному провадженні, яка отримана відповідно до вимог кримінального процесуального закону та використовується у кримінальному провадженні для вирішення його завдань. Досудове розслідування у такому кримінальному провадженні щодо відомостей, які становлять банківську таємницю, проводиться за загальними правилами, встановленими КПК України. Водночас у процесі проведення аналізу ознак цього провадження можна виокремити деякі його особливості, оскільки таке кримінальне провадження має особливий охоронюваний предмет регулювання, у ньому беруть участь суб'єкти, які мають певний процесуальний статус і повноваження, виконують різні завдання, мають власні інтереси.

Перш ніж дати визначення кримінальному провадженню, яке містить відомості, які становлять банківську таємницю, варто виділити такі суттєві ознаки такого кримінального провадження, як: це публічно-правова діяльність спеціально уповноважених суб'єктів – учасників кримінального провадження, які, з одного боку, є носіями владних

повноважень та інших учасників кримінального процесу, що взаємодіють один з одним на певних стадіях кримінального провадження з метою вирішення його завдань, захисту своїх законних прав та реалізації інтересів, які врегульовані нормами матеріального та процесуального права. Ці відносини мають багатосуб'єктний характер, але один із цих суб'єктів обов'язково є носієм владних та правозастосовних повноважень. Безумовно, діяльність у сфері здійснення своїх владних повноважень та реалізації своїх інтересів, а також захисту прав відповідних учасників такого провадження є публічною правовою, яка полягає в діяльності уповноважених суб'єктів кримінального провадження на підставі реалізації такої засади кримінального провадження, як публічність (ст. 25 КПК України).

У своїй діяльності суб'єкти таких правовідносин у рамках вищевказаного кримінального провадження повинні керуватися нормами матеріального права, оскільки інститут банківської таємниці – це міжгалузеве поняття, визначення якого можна знайти у ст. 60 Закону України «Про банки та банківську діяльність» та у ст. 1076 Цивільного кодексу України. Такі відомості, що є банківською таємницею, становлять загальний предмет цих правовідносин.

Суб'єктами таких правовідносин можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, наділені як певними владними повноваженнями, так і процесуальними правами й обов'язками. Згідно з п. 19 ст. 3 КПК України сторонами кримінального провадження з боку обвинувачення є слідчий, дізнавач, керівник органу досудового розслідування, керівник органу дізнання, прокурор, а також потерпілий, його представник та законний представник; з боку захисту – підозрюваний, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданий, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники. У ст. 38 КПК України перелічені органи досудового розслідування як уповноважені органи та їх посадові особи, які за ст. 216 КК України наділені певними процесуальними повноваженнями щодо розслідування окремих категорій кримінальних проваджень, зокрема і здійснення досудового слідства кримінальних проваджень, що містять відомості, які становлять банківську таємницю. Окрім того, більше детально повноваження вказаних у ст. 38 КПК України учасників кримінального провадження в контексті порядку отримання відомостей, які становлять банківську таємницю, відповідно до ст. 62 деталізуються в Законі України «Про банки та банківську

таємницю», згідно з якою інформація, що містить банківську таємницю, може надаватися як без судового рішення, так і на його підставі органам прокуратури України, Служби безпеки України, Державному бюро розслідувань, Національній поліції, Національному антикорупційному бюро України, Антимонопольного комітету України. Варто відділити ще один уповноважений орган – суб'єкт кримінального провадження, яке містить відомості, які становлять банківську таємницю, – Бюро економічної безпеки України, який нещодавно було створено в Україні відповідно до Закону № 1150–ІХ від 28 січня 2021 р. Згідно з п. 4 ст. 4 зазначеного Закону на цей орган покладається гарантування економічної безпеки держави шляхом запобігання, виявлення, припинення, розслідування кримінальних правопорушень, що посягають на функціонування економіки держави [11].

Серед інших суб'єктів, які можуть здійснювати розслідування таких кримінальних проваджень, варто також відділити прокурора, який бере участь у всіх його стадіях, здійснює нагляд за дотриманням законів і підтримує публічне обвинувачення в суді на підставі ст. 131–1 Конституції України. Відповідно до вимог п. 15 ст. 3, ст. 36 КПК України прокурор – посадова особа, уповноважена державою на виконання процесуальних функцій під час проведення досудового розслідування. У проведенні досудового розслідування важливу роль відіграють суд та слідчий суддя. Суд – це єдиний державний орган, на який покладена функція правосуддя. Відповідно до ст. 30 КПК України правосуддя здійснюється лише судом, згідно із правилами, передбаченими КПК України. Правовий статус та повноваження слідчого судді у кримінальному провадженні закріплено в п. 18 ч. 1 ст. 3 та ст. 247 КПК України, згідно з якими на слідчого суддю покладається обов'язок контролю дотримання прав, свобод та інтересів осіб, які насамперед пов'язані з їхнім суттєвим обмеженням у кримінальному провадженні, шляхом ухвалення відповідних процесуальних рішень. Як приклад варто навести порядок реалізації такого заходу забезпечення кримінального провадження, як тимчасовий доступ до речей та документів, зокрема й тих, що містять відомості, які становлять банківську таємницю, який регламентовано у гл. 15 КПК України. Саме слідчий суддя виносить рішення у вигляді ухвали про надання або відмову в наданні такого доступу відповідно до вимог ст. ст. 166, 164 КПК України.

Окремо варто виділити осіб, які захищають свої або представляють інтереси інших осіб у кримінальному провадженні, як-от: потерпілий, підозрюваний, обвинувачений, захисник, цивіль-

ний позивач, цивільний відповідач, представники потерпілого, цивільного позивача та відповідача. Правовий статус вищевказаних суб'єктів, їхні процесуальні права й обов'язки, передбачені в параграфах 3–5 гл. 3 КПК України. У процесі проведення аналізу прав вищевказаних суб'єктів кримінального провадження варто звернути увагу на їхнє беззаперечне право на участь у доказуванні обставин, що підлягають встановленню у кримінальних провадженнях, що містять відомості, які становлять банківську таємницю. Це стосується їхніх прав щодо ознайомлення з матеріалами кримінального провадження й отримання їх копій із додержанням вимог дотримання таємниці слідства, подання клопотань особисто або через своїх представників, або захисника щодо отримання доступу до речей та документів, які містять такі відомості, надання пояснень та показань, їхньої участі у слідчих (розшукових) діях. Окрім того, варто звернути увагу на те, що ці суб'єкти мають право в добровільному порядку надавати письмовий дозвіл банку щодо розкриття стосовно них інформації, яка містить банківську таємницю, відповідно, якщо вони є клієнтами цього банку. Таке положення міститься в п. 1 ч. 1 ст. 62 Закону України «Про банки та банківську діяльність». Зазначимо, незважаючи на те, що вищеперелічені особи є суб'єктами доказової діяльності у кримінальному провадженні, здебільшого такі відомості отримують органи досудового слідства в судовому порядку.

Серед суб'єктів, які відіграють допоміжну роль у кримінальному провадженні, варто відділити Державну службу фінансового моніторингу, яка є центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення. За своїми владними повноваженнями вона акумулює інформацію щодо підозрілих фінансових операцій, зокрема й ту, що містить відомості, які становлять банківську таємницю, та передає її відповідним правоохоронним органам. Саме ця інформація може розглядатися як підстава для порушення кримінального провадження, а надалі мати доказове значення. Усі вищевказані суб'єкти кримінальних процесуальних правовідносин взаємодіють один з одним у рамках свого процесуального статусу та відповідно із засадами кримінального процесу.

Варто зазначити, що через специфіку взаємин між суб'єктами в такому кримінальному провадженні щодо відомостей, які містять банківську таємницю, яка охороняється законом, у кожному

разі це торкається приватного життя особи та публічних інтересів суспільства, обмежує права людини. Із цього погляду взаємини не є паритетними, оскільки публічний інтерес держави превалює над приватними інтересами. Обмеження прав людини може відбуватися лише на підставах та в порядку, передбаченому законом, мати тільки тимчасовий та винятковий характер. Закон передбачає деякі гарантії дотримання прав громадян у таких провадженнях, а саме: учасники таких кримінальних процесуальних правовідносин мають певний процесуальний статус; права й обов'язки; наявність кримінального процесуального механізму реалізації прав та законних інтересів учасників такого кримінального провадження у формі безпосередньої процесуальної діяльності (ст. 160 КПК України); контроль за реалізацією прав та свобод особи під час кримінального провадження: судовий контроль, а саме ухвалення рішення слідчим суддею (ст. 163 КПК України); оскарження рішення (ст. 309 КПК України); юридична відповідальність за розголошення банківської таємниці (ст. ст. 231, 232 КК України).

Такі кримінальні процесуальні правовідносини є взаємозумовленими та взаємопов'язаними, динаміка та результат яких знаходить своє відображення у відповідних процесуальних рішеннях та процесуальних актах. Це можна побачити на прикладі особливостей порядку доступу до інформації, що містить банківську таємницю, згідно зі ст. ст. 159–166 КПК України та ст. 62 Закону України «Про банки та банківську діяльність», щодо процесуального порядку отримання такої інформації, коли існують процесуальні правовідносини між суб'єктами: органами досудового розслідування та судом як носіями владних повноважень, держателем такої інформації – банком та власниками такої інформації, які оформлюються у вигляді тріади процесуальних рішень: запит – клопотання – ухвала суду, яка є імперативною для держателя та власників такої інформації.

Висновки. У зв'язку з викладеним вважаємо за необхідне сформулювати авторську дефініцію кримінального процесуального провадження, що містить інформацію, яка становить банківську таємницю, як публічну правову діяльність уповноважених суб'єктів кримінального процесу та зацікавлених осіб у сфері отримання, зберігання та використання відомостей, які становлять банківську таємницю, що взаємодіють один з одним на певних стадіях кримінального провадження з метою вирі-

шення завдань кримінального провадження та захисту своїх законних прав, а також реалізації їхніх інтересів, що виникають у процесі кримінальних процесуальних відносин, які знаходять своє відображення у відповідних процесуальних рішеннях і актах.

Список використаної літератури:

1. Кримінально-процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651–VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.
2. Гукасян Р.Е. Соотношение материального и процессуального права, норм и правоотношений. Проблемы соотношения материального и процессуального права : Труды ВЮЗИ / Министерство высшего и среднего специального образования СССР ; Всесоюзный юридический заочный институт. Москва, 1980. С. 14–19.
3. Сталев Ж.С. Българско гражданско процесуално право. София : Сиела, 1965. 981 с.
4. Теория юридического процесса : монография / В.М. Горшенев и др. ; под общ. ред. В.М. Горшенева. Харьков : Вища шк., 1985. 192 с.
5. Божьев В.П. Уголовно-процессуальные правоотношения : дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 1994. 40 с.
6. Якимович Ю.К. Дифференциация уголовного судопроизводства: проблемы и перспективы. *Экономика и право : вестник Удмуртского университета*. 2013. Вып. 2. С. 203–208.
7. Ленский А.В., Трубникова Т.В., Якимович Ю.К. Дифференциация уголовного процесса. Томск : Изд-во Томск. ун-та, 2001. 300 с.
8. Юридическая процессуальная форма: теория и практика / под общ. ред. П.Е. Недбайло, В.М. Горшенева. Москва : Юрид. лит., 1976. 280 с.
9. Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. Київ, 2018. 544 с.
10. Кримінальний процес : підручник / О.В. Капліна та ін. ; за заг. ред. О.В. Капліної, О.Г. Шило. Харків : Право, 2018. 584 с.
11. Про Бюро економічної безпеки України : Закон України від 28 січня 2021 р. № 1150–IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1150-20#Text>.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

КУЧЕРУК Галина Леонідівна – ад'юнкт кафедри кримінального процесу Національної академії внутрішніх справ;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
KUCHERUK Galyna Leonidivna – Postgraduate Student at the Department of Criminal Procedure of the National Academy of Internal Affairs;
KucherukGL@i.ua

УДК 343.132.8

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ОФОРМЛЕННЯ ПРОТОКОЛУ ПРО ПРОВЕДЕННЯ ЗНЯТТЯ ІНФОРМАЦІЇ ІЗ ТРАНСПОРТНИХ ТЕЛЕКОМУНІКАЦІЙНИХ МЕРЕЖ

Олексій МЕТЕЛЕВ,

старший викладач

Інституту підготовки юридичних кадрів для Служби безпеки України

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

АНОТАЦІЯ

У статті проводиться аналіз кримінального процесуального законодавства України, а також судової практики судів різних інстанцій із метою виявлення прогалин у законодавстві, характерних недоліків фіксації перебігу та результатів проведення зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж. Розкриваються особливості оформлення протоколу проведення даної негласної слідчої (розшукової) дії, виявлені системні недоліки та помилки з боку сторони обвинувачення, прогалини в нормативно-правовому регулюванні процесу фіксації, які послужили підставами для відмови в долученні відповідних відомостей як доказів у кримінальному провадженні. Обґрунтовано необхідність законодавчого унормування порядку процесуального оформлення (у протоколах та додатках до них) проведення зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж.

Ключові слова: докази, інформація, негласні слідчі (розшукові) дії, протокол, транспортні телекомунікаційні мережі.

PROBLEMATIC ASPECTS OF PROCESSING A RECORD ON EXTRACTING DATA FROM TRANSPORTATION TELECOMMUNICATION NETWORKS

Oleksii METELEV,

Senior Lecturer

Judicial Personnel Training Institute for the Security Service of Ukraine

of Yaroslav Mudryi National Law University

SUMMARY

The given article analyses criminal and procedural legislation of Ukraine as well as judicial practices of different courts with the aim to reveal some lacunae in the legislation, typical drawbacks in the process of recording the course and results of extracting information from transportation telecommunication networks. There have been revealed some peculiarities in processing a report on the mentioned above secret investigatory (detective) activity, as well as systematic drawbacks and mistakes both from the prosecution side and due to the lacunae in the legislation regulating the recording process, which provided grounds for the courts to refuse admissibility of the obtained data as the evidence in the criminal procedure. There have also been substantiated the necessity to standardize legislatively the registration procedure (in records and appendixes) of the extracting data from transportation telecommunication networks.

Key words: evidence, data, secret investigatory (detective) activity, a record, transportation telecommunication networks.

ASPECTE PROBLEMATICE ALE ÎNTOCMIRII UNUI PROTOCOL PRIVIND RETRAGEREA INFORMAȚIILOR DIN REȚELELE DE TELECOMUNICAȚII DE TRANSPORT

REZUMAT

Articolul analizează legislația procesual penală a Ucrainei, precum și jurisprudența instanțelor diferitelor instanțe pentru a identifica lacunele din legislație, deficiențele caracteristice înregistrării și rezultatele retragerii informațiilor din rețelele de telecomunicații de transport. Particularitățile protocolului acestei acțiuni secrete de investigație (percheziție) au scos la iveală deficiențe și erori sistemice din partea acuzării, lacune în reglementarea legală a procesului de fixare, care au servit drept temei pentru refuzul de a include informații relevante ca probe în procesul penal. Este fundamentată necesitatea reglementării legislative a procedurii de înregistrare procedurală (în protocoale și anexe la acestea) a retragerii informațiilor din rețelele de telecomunicații de transport.

Cuvinte cheie: probe, informații, acțiuni secrete de investigație (căutare), protocol, rețele de telecomunicații de transport.

Постановка проблеми. Однією з гарантій забезпечення допустимості доказів у кримінальному провадженні є належна процесуальна процедура фіксації перебігу і результатів слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД). Наявність грамотно складеного протоколу дозволяє суду й учасникам судового розгляду перевірити й оцінити законність, послідовність, прозорість формування доказу відповідно до вимог його належності, допустимості та достовірності. Водночас правозастосовна практика свідчить про те, що мають місце складнощі і недоліки в оформленні протоколів НСРД, пов'язаних зі зняттям інформації із транспортних телекомунікаційних систем (далі – ТТМ), що негативно впливає на допустимість таких доказів у судовому засіданні. На думку автора статті, причиною таких небажаних явищ є відсутність конкретизації в законодавстві про особливості такого протоколювання, а також наявність належної спеціальної технічної підготовки слідчих і юридичної компетентності оперативних працівників, що проводять і фіксують зняття інформації із ТТМ.

Вивчення відповідних наукових джерел свідчить про те, що фахівці в основному досліджували організацію та порядок проведення НСРД і використання їхніх результатів у кримінальному провадженні (О.А. Білічак, Д.Б. Сергєєва, О.В. Соколов, А.В. Шилов, А.А. Щаділов й інші). Окремі дослідники, наприклад В.Г. Уваров, розглядали питання перевірки відомостей, отриманих у результаті проведення зняття інформації із ТТМ шляхом проведення експертизи матеріалів та засобів звукозапису, а також проблеми монтажу фонограм, отриманих із застосуванням цифрової техніки [1, с. 180]. В.А. Колесник узагальнює проблеми фіксації результатів проведення НСРД і зазначає, що «більшість їх не має чітко встановленої кримінальним процесуальним законом процедури проведення, застосування техніко-криміналістичних та спеціальних науково-технічних засобів, фіксування ходу й отриманих результатів, використання результатів у доказуванні слідчим, прокурором та судом, що є причинами визнання їх результатів недопустимими доказами» [2, с. 82]. На жаль, наявні особливості фіксації результатів зняття інформації із ТТМ зумовлені специфічним способом їх отримання та, незважаючи на їхню практичну значущість, не були предметом окремого наукового дослідження.

Метою статті є дослідження особливостей і окреслення основних проблемних аспектів оформлення протоколу про проведення зняття інформації із ТТМ, спираючись на результати емпіричного

аналізу судової практики, запропонувати шляхи вирішення цих процесуальних питань.

Виклад основного матеріалу. Процесуальними джерелами доказів, які зібрані слідчим, прокурором у результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД), можуть виступати такі документи, як складені в порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом (далі – КПК) протоколи процесуальних дій та додатки до них, а також носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовані перебіг та результати проведення НСРД (ст. 103 КПК) [3].

Фіксація перебігу і результатів НСРД, зокрема зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж (далі – ТТМ), повинна відповідати загальним правилам фіксації кримінального провадження, установленим ст. ст. 103–107, 252, 273 КПК, відповідно до яких вона відображається у протоколі. Окрім того, згідно з п. 4.8 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні (далі – Інструкція) фіксація результатів НСРД повинна здійснюватись таким чином, щоб завжди була можливість експертним шляхом встановити достовірність цих результатів [4].

Ця вимога Інструкції цілком корелює із судовою практикою Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) щодо перевірки законності проведення негласних заходів. Вона переконливо свідчить про те, що право держави та негласне втручання в особисте життя громадянина може бути визнаним ЄСПЛ допустимим лише в разі наявності певних умов, однією з яких є можливість такого втручання держави законодавчо визначеним способом (наприклад: справа «Люді проти Швейцарії» від 15 червня 1992 р. № 12433/86; «Копп проти Швейцарії» від 25 березня 1998 р. № 23224/94; справа «Волохи проти України» від 2 листопада 2006 р., заява № 23543/02; справа «Роман Захаров проти Росії» від 4 грудня 2015 р. № 47143/06; справа «Матанович проти Хорватії» від 4 квітня 2017 р. № 2742/12; справа «Дудченко проти Росії» від 7 листопада 2017 р., заява № 37717/05; справа «Зубков та інші проти Росії» від 7 листопада 2017 р., заява № 29431/05; справа «Бен Файза проти Франції» від 8 грудня 2018 р., заява № 31446/12 тощо) [5, с. 290–303, с. 365–462]. Така правова позиція покликана істотно ускладнити можливі зловживання з боку вповноважених державних органів, а також надати громадянам, права яких були обмежені, ефективні засоби контролю і правового захисту.

ЄСПЛ розробив шість мінімальних вимог, які повинні бути викладені в законі з метою

уникнення зловживань повноваженнями: 1) характер правопорушень, які можуть викликати наказ про перехоплення; 2) визначення категорій осіб, які несуть відповідальність за перехоплення їхнього спілкування; 3) обмеження тривалості перехоплення; 4) процедура, якої необхідно дотримуватися для вивчення, використання та зберігання отриманих даних; 5) заходи безпеки, яких необхідно вжити під час передачі даних іншим сторонам; 6) обставини, за яких перехоплені дані можуть (або повинні) бути видалені (або знищені) [6, с. 57].

Отже, судова практика ЄСПЛ із питань проведення негласних заходів у кримінальному судочинстві переконливо свідчить, що право держави та негласне втручання в особисте життя громадянина, зокрема і зняття інформації із ТТМ, може бути визнаним ЄСПЛ допустимим лише в разі наявності чітких умов, які визначають можливість такого втручання державою лише законодавчо визначеним способом та формалізованими процедурними обмеженнями. Ці вимоги в повному обсязі були враховані у КПК, де у ст. ст. 104–106 висвітлені загальні вимоги до оформлення протоколів слідчих розшукових дій та додатків до них.

Водночас наявні особливості оформлення протоколу НСРД та додатків до нього, а саме: 1) у вступній частині протоколу НСРД додатково повинно бути зазначене відповідне рішення про проведення цієї НСРД – ухвала суду, постанова слідчого або прокурора; 2) можлива періодичність складання протоколів за результатами їх проведення; 3) фіксація їхніх результатів повинна здійснюватися таким чином, щоб завжди була можливість експертним шляхом встановити достовірність цих результатів; 4) необхідність дотримання режиму секретності під час їх складання та роботи з ними [7, с. 38].

Утім, коли йдеться про протокол фіксації перебігу та результатів проведення зняття інформації із ТТМ, то тут було б доцільно вимоги до оформлення цього протоколу винести в окрему статтю КПК, оскільки, як показує судова практика, узагальненість формулювань у чинному процесуальному законодавстві, невизначеність певних процесуальних питань є причиною численних системних помилок та недоліків у протоколах фіксації НСРД – зняття інформації із ТТМ, які послужили підставами для відмови суду розглядати відповідні відомості як докази у кримінальному провадженні. Показовим у цьому плані є вирок Слов'янського міжрайонного суду Донецької області від 23 липня 2019 р. № 243/7153/16-к, у якому суд виявив цілу низку порушень із боку органу досудового розслі-

дування під час подання доказів. Так, суд в оцінюванні протоколів НСРД зазначив, що всі протоколи за результатами проведення НСРД (зняття інформації із ТТМ) складені поза межами строку дії ухвали слідчого судді та містять лише констатацію проведеної НСРД. Окрім того, під час дослідження судом матеріальних носіїв інформації (далі – МНІ), створених під час проведення НСРД, були встановлені обставини, які мають значення для кримінального провадження, а водночас не відображені ані у протоколах про перебіг та результати НСРД, ані на МНІ. Текстові та звукові файли, які містились на МНІ, наданому суду, не є оригіналами, частина файлів, яка була здобута у процесі НСРД на МНІ, не зафіксовані [8].

Також, як приклад, у вирокі Красноармійського міськрайонного суду Донецької області від 16 листопада 2015 р. № 235/3606/15-к зазначено, що в судовому засіданні стороною обвинувачення не представлена ухвала слідчого судді (суду) про надання дозволу на втручання у приватне спілкування (зняття інформації із ТТМ). Суд визнав протокол за результатами проведення негласного розшукового заходу недопустимим доказом і не використовував його в ухваленні процесуального рішення у даному кримінальному провадженні, у зв'язку із чим виключає їх із переліку доказів [9].

В іншій ухвалі Чернігівського апеляційного суду від 25 березня 2019 р. № 738/329/17 суд зазначив, що протокол про результати НСРД складений із порушенням вимог ст. ст. 104, 106, 251, 252 КПК та не відповідає вимогам ч. 1 ст. 263 КПК, оскільки в ньому не вказано: які саме ТТМ використовувалися, у який період проводилося зняття інформації та яким технічним засобом [10].

На жаль, обмежений формат статті не дозволяє висвітлити розгорнутий аналіз судової практики, проте проведений моніторинг змісту більше 200 судових рішень судів різних інстанцій дозволив висвітлити найбільш характерні помилки щодо оформлення протоколів за результатами проведення зняття інформації із ТТМ:

- протоколи складені поза межами строку дії ухвали слідчого судді;
- у протоколі не зафіксований перебіг процесуальної дії, а лише результати;
- протоколи складені не тими особами, які фактично проводили НСРД;
- матеріальні носії інформації (далі – МНІ), які сторона обвинувачення вважає додатками до протоколів, не є оригіналами (дата і час виготовлення файлів не відповідають даті та часу запису на оптичний диск цих же файлів);

- МНІ надсилаються окремо від протоколів, без дотримання положень ст. 105 КПК щодо їх належного упакування та збереження;

- частина файлів, яка здобута у процесі НСРД на МНІ, у додатку до протоколу не зафіксована;

- стороною обвинувачення не надається ухвала слідчого судді про надання дозволу на зняття інформації із ТТМ;

- додатки до протоколу результатів зняття інформації із ТТМ не розсекречені, що, на думку суду, не може слугувати належною підставою для визнання протоколів за результатами проведення НСРД допустимими доказами;

- протокол посиляється на ухвалу слідчого судді, яка видана в рамках іншого кримінального провадження, тобто в межах досудового розслідування в іншій справі. Отже, зазначені докази отримано внаслідок істотного порушення прав і свобод людини;

- у протоколі та в інших матеріалах провадження відсутні відомості про те, які технічні засоби використовувались під час проведення негласних слідчих дій, хто та яким чином їх встановлював. Також не вказано порядок їх фіксування на матеріальні носії інформації, не вказано безпосередньо місце проведення слідчої дії;

- протокол складений не одразу після закінчення проведення НСРД, а через певний час (день, тиждень, а іноді і більше). Протокол про проведення НСРД має бути складений безпосередньо після закінчення процесуальної дії і лише тією посадовою особою, яка проводила НСРД (ч. 1 ст. 106 КПК).

Висновки. Оцінка матеріалів кримінального провадження на предмет їхньої допустимості неодмінно передбачає також оцінку дотримання встановленого законом порядку проведення процесуальної дії та порядку і правил фіксації її результатів у протоколі як джерела доказів. Порушення встановленого порядку складання протоколу фактично призводить до порушення важливих вимог п. 3 ч. 2 ст. 99 КПК до документів, що дає підстави для ухвалення рішення про недопустимість використання отриманих у результаті проведення НСРД відомостей під час ухвалення процесуальних рішень. Отже, суд не може посилатись на такий доказ у ухваленні судового рішення.

Більшість недоліків оформлення протоколу фіксації перебігу та результатів проведення зняття інформації із ТТМ викликані суто «людським чинником», а саме недотриманням уповноваженими суб'єктами вимог КПК стосовно фіксації перебігу та результатів НСРД. Інша група недолі-

ків – це результат не досить чіткого нормативного регулювання процедури фіксації зняття інформації із ТТМ. Для врегулювання вищевказаних проблемних питань необхідно дотримуватись загальних правил фіксації кримінального провадження, передбачених КПК.

Водночас, як показує аналіз нормативно-правових актів та судова практика, узагальненість формулювань у чинному процесуальному законодавстві, невизначеність окремих процесуальних питань є причиною численних системних помилок та недоліків у протоколах про проведення зняття інформації із ТТМ, які послужили підставами для відмови суду розглядати відповідні відомості як докази у кримінальному провадженні.

З метою врегулювання системних проблемних аспектів фіксації зняття інформації із ТТМ убачається за доцільне доповнити КПК ст. 263–1 «Протокол про проведення зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж», який викласти в такій редакції:

1. Протокол про проведення зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж складається згідно з вимогами цього Кодексу і повинен додатково відображати всі обставини перебігу та результатів негласної слідчої (розшукової) дії; містити відомості щодо: законних підстав її проведення (ухвала слідчого судді, постанова слідчого/прокурора); переліку залучених осіб (спеціалістів), допущених до відомостей, що становлять державну таємницю; ідентифікаційних ознак технічних засобів фіксації та носіїв інформації, які використовувались для зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж.

2. Протокол про проведення зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж складається слідчим, якщо воно проводиться за його безпосередньої участі, в інших випадках – співробітником оперативного чи оперативно-технічного підрозділу, який проводив негласну слідчу (розшукову) дію, одразу після її припинення й отримання матеріалів із результатами негласної слідчої (розшукової) дії.

3. Протоколи проведення зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж складаються як у разі отримання фактичних даних у процесі проведення, так і в разі неотримання відомостей, які можуть бути використані у кримінальному провадженні.

4. До протоколу обов'язково долучаються оригінальний примірник та резервна копія носія інформації з результатами проведеної негласної слідчої (розшукової) дії, що зазначається у протоколі.

Зазначені зміни, безумовно, мають підвищити ефективність процесуальної фіксації зняття інформації із ТТМ, створити гарантії щодо законності використання результатів проведення цього виду НСРД у кримінальному процесуальному доказуванні, сприятимуть забезпеченню належної правової процедури проведення зняття інформації із ТТМ.

Список використаної літератури:

1. Уваров В.Г. Зняття інформації з технічних каналів зв'язку. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. Київ. 2013, № 2. С. 177–181.
2. Колесник В.А. Деякі окремі вимоги до складання протоколу негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до нього. *Часопис Академії адвокатури України*. Київ, 2015. № 4 (29). С. 81–85.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651–VI. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 22.10.2021).
4. Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затверджена спільним наказом ГПУ, МВСУ, СБУ, МФУ, ДПСУ та МЮУ від 16 листопада 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1681/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12> (дата звернення: 25.10.2021).
5. Макбрайд Джеремі. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. *Практика Європейського суду з прав людини*. 2-е видання. Вид-во «К.І.С.» ; Рада Європи, 2019. 554 с. URL: <https://rm.coe.int/-/168094fdff> (дата звернення: 25.10.2021).
6. Дроздов О.М., Дроздова О.В. Аналітичний огляд окремих рішень, ухвалених ЄСПЛ протягом другої половини 2018 р., або Подальші кроки з вивчення абетки з прав людини (частина друга). *Вісник національної асоціації адвокатів України*. 2018. № 12 (49). 64 с.
7. Негласні слідчі (розшукові) дії та використання результатів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному провадженні : навчально-практичний посібник / С.С. Кудінов та ін. 2-е вид. Харків : Оберіг, 2015, 424 с.
8. Вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 23 липня 2019 р. № 243/7153/16-К. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83188198> (дата звернення: 20.10.2021).
9. Вирок Красноармійського міськрайонного суду Донецької області від 16 листопада 2015 р. № 235/3606/15-К. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53461747> (дата звернення: 20.10.2021).
10. Ухвала Чернігівського апеляційного суду від 25 березня 2019 р. № 738/329/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80765737> (дата звернення: 20.10.2021).

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

МЕТЕЛЕВ Олексій Павлович – старший викладач Інституту підготовки юридичних кадрів для Служби безпеки України Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

METELEV Oleksii Pavlovich – Senior Lecturer of Judicial Personnel Training Institute for the Security Service of Ukraine of Yaroslav Mudryi National Law University; o.p.metelev@nlu.edu.ua

УДК 343.98:343.61

КРИМІНАЛІСТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ: ПОНЯТТЯ ТА ПРАКТИЧНЕ ЗНАЧЕННЯ

Ельвіра ОРЖИНСЬКА,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри професійних та спеціальних дисциплін

Херсонського факультету

Одеського державного університету внутрішніх справ

АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена дослідженню місця криміналістичної характеристики кримінального правопорушення в системі науки криміналістики, розгляду підходів до її визначення та встановлення ролі такої характеристики для досудового розслідування, запобігання правопорушенням та розкриття кримінальних правопорушень. Автором акцентовано увагу на тому, що поняття криміналістичної характеристики кримінального правопорушення досі належить до дискусійних, серед учених не сформована єдина загальновизнана думка. Зокрема, деякі вчені взагалі висловлюють сумніви щодо існування криміналістичної характеристики кримінального правопорушення. Проте дослідженням узагальнено, що криміналістична характеристика є інформаційною системою, що складається із криміналістично важливих і закономірно взаємозалежних ознак, виявлених у процесі узагальнення практики розслідування і судового розгляду певної категорії кримінальних правопорушень і виражених у певній їх сукупності, виділеній відповідно до об'єктивних закономірностей.

Ключові слова: криміналістика, криміналістична характеристика, інформаційна модель, кримінальні правопорушення.

CRIMINALISTICS CHARACTERISTICS OF CRIME: CONCEPT AND PRACTICAL SIGNIFICATION

Elvira ORZHYNSKA,

Candidate of Law,

Associate Professor at the Department of Professional and Special Disciplines

Kherson Faculty of Odesa State University of Internal Affairs

SUMMARY

The article is devoted to the study of the place, of criminalistics characteristics of criminal offenses in the system of forensic science, analysis of approaches to its definition and establishing the role of such characteristics for pre-trial investigation, prevention and detection of criminal offenses. The author emphasizes that the concept of forensic characteristics of a criminal offense – still refers to the debatable and among scientists unformed a single generally accepted opinion. In particular, some scholars in general, express doubts about the existence of forensic characteristics of a criminal offense. However, the study generalizes that forensic characteristics – is an information system, consisting of forensically important and naturally interdependent features, identified in the process of generalization of the practice of investigation and trial of a certain category of criminal offenses and expressed in a certain set, selected in accordance with objectively current patterns.

Key words: criminalistics, criminalistics characteristics, information model, crime.

CARACTERISTICILE CRIMINALISTICE ALE UNEI INFRAȚIUNI: CONCEPTUL ȘI SEMNIFICAȚIA PRACTICĂ

REZUMAT

Articolul este consacrat studiului locului caracteristicilor criminologice ale infracțiunilor în sistemul științei criminologice, luării în considerare a abordărilor de definire a acestora și stabilirii rolului acestor caracteristici pentru cercetarea preliminară, prevenirea infracțiunilor și depistarea infracțiunilor. Autorul subliniază că conceptul de caracterizare criminalistică a unei infracțiuni aparține încă discutabilului, printre oamenii de știință nu s-au format o singură opinie general acceptată. În special, unii savanți, în general, pun la îndoială existența unei caracterizări criminalistice a unei infracțiuni. Totuși, studiul concluzionează că caracteristicile criminalistice reprezintă un sistem informațional format din trăsături importante din punct de vedere criminalistic și interdependente din punct de vedere logic identificate în generalizarea practicii de cercetare și judecare a anumitor categorii de infracțiuni și exprimate într-un anumit set, selectat conform unor legi obiective.

Cuvinte cheie: criminologie, caracteristici criminologice, model informațional, infracțiuni.

Постановка проблеми. Криміналістична характеристика кримінального правопорушення є одним із центральних елементів криміналістичної методики. З початку процесу формування методики розслідування певного виду кримінального правопорушення відчувається необхідність надання системи узагальнених відомостей про найбільш виразні ознаки даного виду кримінального правопорушення, що має передувати безпосередньо розробці комплексів методичних рекомендацій. На різних етапах становлення методики науковці-криміналісти вирішують це питання по-різному. На підставі аналізу й узагальнення різних методологічних підходів до визначення вихідних засад побудови системи окремої методики розслідування більшість науковців схилиються до думки, що основою побудови окремих методик є криміналістична характеристика кримінального правопорушення.

Незважаючи на більше ніж 60-тирічну історію розвитку поняття криміналістичної характеристики, питання щодо формулювання її визначення досі дискусійне, серед учених не сформована єдина загальновизнана думка щодо нього. Варто відзначити, що Р.С. Белкін узагалі висловлював сумніви щодо існування криміналістичної характеристики кримінального правопорушення. Він ще в 1988 р. формулював таке питання: «Чи не перебільшується в нашій літературі новизна та значення криміналістичної характеристики?» [1, с. 180]. Та пізніше писав, що криміналістична характеристика лише поєднала в собі кримінально-правові та кримінологічні ознаки, тим самим не виправдала свого призначення, перетворившись на ілюзію, криміналістичний фантом [2, с. 221–222].

Дослідженню поняття «криміналістична характеристика кримінального правопорушення» присвячена значна частина праць учених-криміналістів. Серед них можна виділити роботи Р.С. Белкіна, С.І. Вінокурова, В.Г. Гончаренко, А.В. Іщенко, О.Н. Колесніченко, В.О. Коновалової, М.В. Салтевського, В.Л. Синчука, А.В. Старушкевича, М.П. Яблокова. Однак, незважаючи на вагомий вклад вказаних учених, залишається чимало дискусійних питань, а саме наявність суттєвих розбіжностей у визначенні поняття «криміналістична характеристика кримінального правопорушення», відсутність єдиного усталеного терміна.

Метою статті є дослідження місця криміналістичної характеристики кримінального правопорушення в системі науки криміналістики, розгляд підходів до її визначення, встановлення ролі такої характеристики для досудового розслідування, протидії кримінальним правопорушенням.

Виклад основного матеріалу. Перше згадування про криміналістичну характеристику кримінального правопорушення належить О.Н. Колесніченку, який писав про те, що до найбільш суттєвих положень, загальних для всіх окремих методик, належить «загальна криміналістична характеристика даного виду злочину», «злочини мають й загальні ознаки криміналістичного характеру» [3, с. 25].

Перше розгорнуте уявлення про криміналістичну характеристику кримінального правопорушення надав Л.А. Сергєєв. Він включив в її зміст способи вчинення кримінального правопорушення; умови, у яких вчинюється кримінальне правопорушення, особливості обстановки; обставини, що пов'язані з безпосередніми об'єктами злочинних посягань, із суб'єктами та суб'єктивною стороною кримінального правопорушення; зв'язки кримінального правопорушення конкретного виду з іншими кримінальними правопорушеннями й окремими діями, що не визнаються кримінально карними, але мають схожість із даним кримінальним правопорушенням, виходячи з деяких об'єктивних ознак; взаємозв'язки між вказаними групами обставин [4, с. 15].

М.В. Салтевський, А.В. Старушкевич розглядають криміналістичну характеристику як інформаційну модель, яка являє собою «кількісно-якісний опис» типових ознак конкретного виду (групи) кримінальних правопорушень, «який зображає кореляційні зв'язки між ознаками, що дозволяють будувати прогностичні моделі подій, які розслідуються, будувати криміналістичні версії щодо об'єктів, які розшуковуються, конкретних осіб, причетних до кримінального правопорушення» [5, с. 90].

Звернемо увагу на те, що А.В. Старушкевич зауважував, що з метою зняття суперечок щодо існування терміна «криміналістичної характеристики» доцільно було б замінити його терміном «криміналістичний аналіз кримінального правопорушення» [6, с. 18]. Із чим ми взагалі не погоджуємося, оскільки вважаємо, що криміналістичний аналіз кримінального правопорушення – це власне криміналістичний метод пізнання, який використовується у криміналістиці для реалізації її завдань, розвитку теорії криміналістики, суть якого полягає в умовному розподілі криміналістично значущого досліджуваного об'єкта на окремі складові частини, кожна з яких вивчається у взаємодії як частина цілого [7, с. 15].

Р.С. Белкін, О.В. Дулов убачають у зазначеній характеристиці наукове абстрагування, яке має для слідчого лише орієнтаційне значення і повинно містити в собі характеристику вихідної інформації, системи даних про спосіб вчинення та приховання кримінального правопорушення, типові наслідки

його застосування, особу ймовірного злочинця та ймовірні мотив і мету злочину, особу ймовірної жертви злочину та деякі обставини вчинення кримінального правопорушення (місце, час, обстановка) [8, с. 112]. Саме із цим визначенням криміналістичної характеристики кримінального правопорушення погоджується і П.В. Берназ [9, с. 38].

В.В. Тіщенко, Л.І. Аркуша, В.М. Плахотіна надають таке визначення: це система притаманних тому або іншому виду злочинів особливостей, які мають велике значення для розслідування й зумовлюють застосування криміналістичних методів, прийомів і засобів [10, с. 118].

В.В. Пясковський, Ю.М. Чоноус, А.В. Іщенко й О.О. Алексєєв розглядають її як систему узагальнених даних про найбільш типові ознаки певного виду (групи) злочинів, що проявляються у способі та механізмі діяння, обстановці його вчинення, особі суб'єкта злочину, інших обставинах закономірним взаємозв'язком, який слугує основою наукового і практичного вирішення завдань розслідування [11, с. 430].

На нашу думку, натеper найбільш розгорнуте визначення криміналістичної характеристики належить М.П. Яблокову, «система опису криміналістично важливих ознак виду, групи та окремого кримінального правопорушення, які виявляються (помічаються) в особливостях способу, механізму й обстановці його вчинення, що надають уявлення щодо кримінального правопорушення, особи кримінального правопорушника й інших обставин, щодо певної злочинної діяльності, мають своїм призначенням забезпечення успішного вирішення завдань розкриття, розслідування та запобігання злочинності» [12, с. 36–37].

У результаті проведеного аналізу наведених визначень криміналістичної характеристики можна відмітити, що наявні три підходи до побудови інформаційної моделі. Так, одна група авторів будує визначення крізь призму «криміналістично значущих ознак» (М.П. Яблоков), друга – через ознаки складу кримінального правопорушення (В.В. Пясковський, Ю.М. Чоноус, А.В. Іщенко), третя – за ознаками предмета доказування (Р.С. Белкін, О.В. Дулов, П.В. Берназ).

Проте більшість авторів консолідовано вважають, що криміналістична характеристика кримінального правопорушення являє собою систему сприятливих для досудового розслідування даних, які відображають істотні особливості кримінального правопорушення і низку пов'язаних із ними обставин.

Тобто у вивчені криміналістичної характеристики кримінального правопорушення необхід-

но використовувати диференційований комплексно-цільовий підхід, який складається з різних рівнів (виходячи зі ступеня загальності аналізованого поняття): типового – як розроблену на підставі узагальнення слідчої та судової практики сукупність відомостей про криміналістичні ознаки (особливості) певного виду чи групи кримінальних правопорушень, які сприяють розслідуванню; індивідуального (одиночного, окремого) – як сукупність криміналістичної інформації, що відображає взаємопов'язані ознаки конкретного кримінального правопорушення [13, с. 113].

Криміналістична характеристика як єдине ціле має практичне значення лише в тих випадках, коли встановлені кореляційні зв'язки та залежності між її елементами. Дані про вказані залежності можуть служити підґрунтям для побудови типових версій у конкретних справах. У цьому полягає практичне значення криміналістичної характеристики кримінальних правопорушень.

Похідним поняттям від криміналістичної характеристики кримінального правопорушення є криміналістична характеристика конкретного кримінального правопорушення, яка також є досить дискусійним поняттям.

Однак необхідно відмітити, що якісне розслідування закінчується отриманням досить повної та детальної криміналістичної характеристики конкретного кримінального правопорушення.

Тому важливі наукове дослідження та комплексне вивчення і розв'язання проблем, які пов'язані з методикою досудового розслідування певного виду кримінального правопорушення. Наукове криміналістичне пізнання відбувається через відповідну дослідницьку діяльність, об'єктами якої є злочинна діяльність та діяльність із досудового розслідування і запобігання кримінальним правопорушенням. Результатами наукової криміналістичної діяльності є розроблення теоретичних положень, рекомендацій з окремих методичних, організаційних або тактичних аспектів практичної криміналістичної діяльності. Чи варто виділяти як самостійний елемент криміналістичної характеристики типові матеріальні сліди кримінального правопорушення та вірогідні місця їх знаходження? На думку Р.С. Белкіна, цього робити не варто, оскільки опис способів вчинення та приховування полягає не лише в описуванні діянь, за допомогою яких досягається мета злочинного посягання, але й в описуванні типових наслідків застосування того чи іншого способу.

Під час розроблення окремих криміналістичних методик ідуть саме цим шляхом: описують типові способи вчинення кримінального правопорушен-

ня, ознаки, які дозволяють судити про те, які сліди вони залишають [14, с. 225].

Криміналістична характеристика, акумулюючи значні комплекси об'єктивних даних стосовно різних аспектів злочинної діяльності певного виду, систематизує їх та видає у вигляді програмованого знання, яке є важливим елементом у структурі окремої методики досудового розслідування кримінальних правопорушень.

Загально визначено, що безпосереднє практичне значення для досудового розслідування і для теорії криміналістики має типова криміналістична характеристика кримінальних правопорушень, головними чином видова і групова, оскільки взаємозв'язок ознак, які характеризують криміналістичні особливості злочинів саме в межах виду чи групи, має закономірності. Вказана характеристика виду (групи) кримінальних правопорушень складається на основі узагальнення характеристик конкретних кримінальних правопорушень даного типу й акумулює чітку інформацію про час, місце, обставини, спосіб та інші деталі його вчинення, особу обвинуваченого й інших учасників кримінального процесу.

Тобто саме криміналістичні характеристики виду чи різновиду (групи) кримінальних правопорушень можуть і повинні стати орієнтиром для встановлення і конкретизації даних, які становлять у сукупності криміналістичну характеристику кримінального правопорушення з конкретної справи, орієнтиром у виявленні та дослідженні в ній доказів.

Названа характеристика будь-якого кримінального правопорушення, виду, групи складається з різних взаємопов'язаних один з одним структурних елементів, які в комплексі становлять єдину систему характерних криміналістичних ознак (особливостей) одного злочинного посягання, їх виду (групи). Критерієм виділення таких елементів слугуватиме здатність різних явищ, подій і фактів, пов'язаних із кримінальним правопорушенням, залишати різного роду сліди (наслідки), які можуть бути об'єктом криміналістичного дослідження і характеризувати інші сторони злочинної діяльності [15, с. 113].

Висновки. Отже, криміналістична характеристика – це інформаційна система, що складається із криміналістично важливих і закономірно взаємозалежних ознак, виявлених у процесі узагальнення практики розслідування і досудового розгляду певної категорії кримінальних правопорушень і виражених у певній їх сукупності, виділених відповідно до об'єктивних закономірностей.

До того ж криміналістична характеристика кримінального правопорушення являє собою абстрактне наукове поняття, саме в такому значенні вона використовується у криміналістиці. Її можна розглядати як вірогідну інформаційну модель і відповідно використовувати слідчим лише як орієнтуючу інформацію.

Список використаної літератури:

1. Белкин Р.С. Криминалистика. Москва : Норма, 2003. 607 с.
2. Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. *Злободневные вопросы российской криминалистики*. Москва : Норма, 2001. 320 с.
3. Колесниченко А.Н. Криминалистическая характеристика преступлений. Харьков, 1965. 125 с.
4. Сергеев Л.А. Актуальные вопросы криминалистической характеристики преступлений. Саратов, 1967. 250 с.
5. Олішевський В.В. Криміналістична характеристика викрадення людини, вчиненого з корисливих мотивів. *Право і безпека*. 2004. № 4. С. 90–96.
6. Старушкевич А.В. Криміналістична характеристика злочинів : навчальний посібник. Київ : НВТ «Правник». 1997. 41 с.
7. Оржинська Е.І. Метод криміналістичного аналізу злочину та злочинної діяльності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2015. 20 с.
8. Весельський В. Криміналістична характеристика злочинів. *Право України*. 2001. № 5. С. 112–118.
9. Берназ П.В. Поняття «криміналістична характеристика злочину». *Південноукраїнський правовий часопис*. 2017. № 2. С. 34–38.
10. Тіщенко В.В., Аркуша Л.І., Плахотіна В.М. Криміналістика : навчально-методичний посібник. Одеса : Фенікс, 2013. 338 с.
11. Криміналістика : підручник / В.В. Пяковський та ін. Київ, 2015. 544 с.
12. Криминалистика / под. ред. Н.П. Яблокова. Москва, 1999. 718 с.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

ОРЖИНСЬКА Ельвіра Ігорівна – кандидат юридичних наук, доцент кафедри професійних та спеціальних дисциплін Херсонського факультету Одеського державного університету внутрішніх справ;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

ORZHYNSKA Elvira Ihorivna – Candidate of Law, Associate Professor at Professional and Special Disciplines of Kherson Faculty of Odesa State University of Internal Affairs;
Orginska@ukr.net